

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 LXXXVI • Noviembre-Diciembre 2010 • Núm. 722

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
28013 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 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

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gállego
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 Juan Luis Iglesias Prada**
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

- «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español», por CARMEN MINGORANCE GOSÁLVEZ 2539
- «Las acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life* en el Ordenamiento Jurídico español», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA 2559
- «Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el Ordenamiento Jurídico balear», por RICARDO YÁÑEZ VELASCO 2609

DICTÁMENES Y NOTAS

- «Pactos y garantías idóneas para el aseguramiento del patrimonio del mayor/cedente que deviene en discapacitado», por CARMEN MUÑOZ GARCÍA 2687

DERECHO COMPARADO

- «Aspectos de Derecho Internacional Privado en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007): nuevos modelos de análisis», por ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ 2725
- «El uso de información privilegiada en el Derecho colombiano», por JORGE OVIEDO ALBÁN 2773

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO 2805

Comentarios a Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:	
«Inscribibilidad de los títulos de fecha anterior a una anotación prohibitiva de disponer», por GABRIEL DE REINA TARTIÈRE	2813

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— Prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual aunque el plazo prescriptivo de un año sólo se haya sobrepasado unos días, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2839
---	------

1.2. Derecho de familia:

— Aproximación a la institución de la guarda de hecho, por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT	2844
— La necesaria autorización judicial en la venta de bienes de menores, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2875

1.3. Derechos reales:

— El inscripción constitutiva de la hipoteca, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	2879
---	------

1.4. Sucesiones:

— Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria, por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ	2890
---	------

1.5. Obligaciones y contratos:

— Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo, por MATILDE CUENA CASAS	2909
— La responsabilidad extracontractual: fundamento y función del derecho de daños, por ROSANA PÉREZ GURREA	2948

1.6. Responsabilidad civil:

- Responsabilidad civil extracontractual e inmisiones medioambientales: los daños causados por inmisiones sonoras y electromagnéticas, por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 2957

2. MERCANTIL

- La unificación de la doctrina jurisprudencial sobre la prescripción de las acciones de competencia desleal derivada de actos continuados, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 2978

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

- El trámite de audiencia y la adopción del acuerdo de anotación preventiva de incoacción de expediente de disciplina urbanística, por VICENTE LASO BAEZA 2984

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 2997

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Derecho Internacional Privado», de J. L. IRIARTE ÁNGEL y otros, por JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ LAFUENTE 3021
- «El usufructo», de FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO 3022
- «El principio de rogación y el procedimiento registral», de MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, por BEGOÑA GONZÁLEZ ACEBES 3024

- REVISTA DE REVISTAS** 3029

ESTUDIOS

Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español (1)

por

CARMEN MINGORANCE GOSÁLVEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Córdoba

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.
- II. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DE ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA EN EL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO CIVIL:
 1. NATURALEZA JURÍDICA. ACIERTO EN LA ELECCIÓN DE LA FIGURA.
 2. CONSTITUCIÓN: ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES:
 - A) *Elementos personales.*
 - B) *Elementos reales.*
 - C) *Elementos formales.*
 3. CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO.
 4. EXTINCIÓN.
- III. EL NUEVO DERECHO DE HABITACIÓN LEGAL.
- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

(1) El presente estudio se enmarca en los trabajos del Proyecto de Investigación de Excelencia, «Protección jurídica de la tercera edad», SEJ 1789, convocatoria de 2006 (Orden de 5 de julio de 2005, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, núm. 138 de 18 de julio de 2005) financiado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, cuyo investigador principal es el Doctor Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

De las muchas e importantes modificaciones que ha sufrido el Código Civil español a lo largo de su más que centenaria vigencia, considero que la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que lleva por título: *Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, es una de las de mayor calado de entre las que han afectado el articulado de nuestro Código Civil. Afecta directamente a los tres pilares fundamentales del sistema de nuestro Derecho Civil, a saber, la persona, la familia y el patrimonio. Esta Ley se refiere a la persona individualmente considerada y más en concreto a la persona discapacitada; también a la familia, círculo más próximo a aquélla y, cómo no, al patrimonio, regulando la figura del patrimonio protegido, entre otras medidas (2).

La reforma tiene importantes antecedentes legales hasta llegar a lo que se conoce con el nombre del «Estatuto del discapacitado», como son la Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre la integración social de los minusválidos, posiblemente el primer gran desarrollo del artículo 49 de la Constitución, a la que han seguido otras normas posteriores como el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre grados de minusvalía; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no-discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad; la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, y el Real Decreto 177/2004, de 31 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad (modificado por RD 2270/2004, de 3 de diciembre). A todas estas normas habría que añadir la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

La Ley de 18 de noviembre de 2003 tiene algo que la diferencia de todas las precedentes: contempla la protección del discapacitado fundamentalmente desde una perspectiva jurídico-privada.

Dejando de lado muchas e importantes cuestiones que la nueva Ley de modificación del Código Civil presenta, yo me voy a centrar en uno de esos mecanismos que plantea en favor y protección de las personas discapacitadas, dentro de la reforma del Derecho Sucesorio. En concreto me voy a referir a la modificación —o mejor inclusión— del artículo 822 del Código Civil. Digo inclusión, porque en realidad lo que ha hecho el legislador ha sido trasladar el texto del antiguo artículo 822 al artículo 821 como

(2) Véase el estudio que sobre el patrimonio protegido realiza GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 113-180.

tercer párrafo del mismo (3). De esta forma el artículo 822 quedaba sin contenido, y el legislador podía regular el derecho de habitación en lugar de crear un 822 bis.

El nuevo contenido del artículo 822 viene referido a las consecuencias en el ámbito sucesorio de la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario con discapacidad, así como la creación de nuevo derecho legal de habitación que la ley atribuye al legitimario discapacitado que lo necesite y que hubiere estado conviviendo con el causante sobre la vivienda habitual de éste:

«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 estuvieren 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 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación».

El Anteproyecto de la que sería finalmente la Ley 41/2003 dice de esta figura: *«En caso de que un hijo con discapacidad conviva con su padre o madre en el momento del fallecimiento de estos últimos, se establece el derecho del hijo con discapacidad a disfrutar de la vivienda habitual de la familia sin que ello compute como parte de la herencia».*

La reforma de la Ley 41/2003 ha venido con este artículo a ofrecer una solución a la preocupación de los padres de dar un techo a los hijos discapacitados para cuando ellos falten, máxime si se estima la situación de muchas familias que tienen una sola vivienda y varios herederos forzosos. No olvidemos, por otra parte, que esta solución no es más que la aplicación de un mandato constitucional, en cuanto el artículo 47 de la Constitución española establece que: *«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada»*, y dentro de los españoles existe un colectivo, los

(3) De modo que el artículo 821 establece ahora no sólo el supuesto de que el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda partición, sino también el supuesto en que los herederos o legatarios no deseen utilizar el derecho que se les concede.

discapitados, que por estar en una situación especial de indefensión debe estar protegido particularmente por los poderes públicos (4).

Ya en la redacción del Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno se habla de «legitimarios» y no sólo de hijos (5):

a) En primer lugar, el artículo 822 se refiere a la donación o legado de un derecho de habitación que su titular haya hecho de su vivienda habitual a favor de un legitimario discapacitado.

Esta posibilidad, como es obvio, cabía con anterioridad a la Ley 41/2003, si bien podía plantear el problema de una posible inoficiosidad del mismo, en su caso. Para evitar el mismo y beneficiar al legitimario discapacitado, el nuevo artículo 822.1 señala que este derecho no se computará para el cálculo de las legítimas si al momento del fallecimiento constituyente y beneficiario estuvieren conviviendo en dicha vivienda.

Del contenido de este artículo, o mejor, de la facultad que este artículo 822 otorga, podríamos extraer una serie de interrogantes que pretendemos si no resolver, sí al menos apuntar en este trabajo. ¿Favorece este derecho a todos los legitimarios del artículo 807 que sean discapacitados? ¿Se refiere únicamente al derecho de habitación o podría incluirse también el derecho de uso? ¿Se deberá guardar el orden de prelación del citado artículo 807 del Código Civil? Y si es así, ¿se entienden preteridos los padres ancianos por una ley que parece que desea otra cosa? Además, el que quepa su constitución por vía de legado o de donación, dos cauces diferentes con puntos comunes, también plantea diversas cuestiones.

b) En segundo lugar, el legislador de 2003 crea un nuevo derecho, un derecho de habitación legal a favor de los legitimarios discapacitados que, conviviendo con el causante, con relación a la vivienda habitual, derecho que igualmente no se computará para el cálculo de las legítimas.

Son dos, por tanto, dos figuras, una de origen voluntario y otra de origen legal, que analizaremos de modo independiente, sin perjuicio de que comparen ciertos elementos y efectos.

Pero antes de analizar el artículo 822 veamos, muy brevemente, cómo se configura el derecho de habitación en nuestro ordenamiento jurídico.

El derecho de habitación es un derecho real limitativo de la propiedad, derecho de goce personalísimo e intransmisible (*ex* art. 525 del CC) que concede a su titular la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, con independencia de que ésta aumente (art. 524.2 del CC).

(4) La Constitución Española garantiza la protección de la discapacidad en el artículo 49, dentro de los Derechos y libertades fundamentales.

(5) *BOCG, Congreso de los Diputados*, Serie A, de 6 de junio de 2003, núm. 154-1.

El derecho de habitación se nos presenta asociado a los derechos de usufructo y uso, y tiene toda una historia compleja detrás, como los otros dos derechos citados. Los compiladores justinianeos incluyeron a los tres entre las servidumbres personales, pero el codificador francés, pretendiendo suprimir lo que parecían residuos de origen feudal, evitó esa expresión de servidumbres personales y encuadró a estos derechos como categorías específicas (6). Nuestro Código, pese a que admite la posibilidad de existencia de servidumbres personales en el artículo 531, desliga estos tres derechos de las servidumbres y los configura como derechos reales de goce sobre cosa ajena (7).

Su regulación en el Código Civil se hace de forma conjunta en el caso de los derechos de uso y habitación, inmediatamente detrás del derecho de usufructo en los artículos 523 a 529. Sin embargo, esta regulación conjunta no puede llevarnos a interpretar el derecho de habitación como un derecho de uso caracterizado por su especial objeto, pues el derecho real de habitación goza de plena sustantividad y autonomía respecto del derecho de uso (8).

II. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DE ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA EN EL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO CIVIL

1. NATURALEZA JURÍDICA. ACIERTO EN LA ELECCIÓN DE LA FIGURA

El artículo 1822.1 está contemplando un auténtico derecho real de habitación de constitución voluntaria.

El legislador es consciente de los beneficios que la misma puede reportar al discapacitado necesitado de techo, sino también a los demás sujetos interesados en la vivienda.

El habitacionista-discapacitado es claro que se beneficia por diversas razones: en primer lugar, por ser titular de un derecho real, con lo que ello implica de beneficioso para la defensa de su posición jurídica. En segundo lugar, porque debido a la propia filosofía inspiradora del derecho, el legislador, en el artículo 1822.1, contempla la constitución del derecho sin contraprestación —vía donación, vía testamento—, algo que no ocurriría en el caso de acudir al contrato de arrendamiento. Y por último, por la posibilidad de continuar residiendo en la que viene siendo su vivienda habitual, con la

(6) QUESADA SÁNCHEZ, A. J., «Breve reflexión acerca de la utilidad del derecho de habitación en el siglo XXI», en *Boletín Jurídico Derecho.com*, abril de 2001.

(7) Ya en la Base 12 de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, se comprueba esta intención del legislador, al señalar que: «*El usufructo, el uso y la habitación se definirán y regularán como limitaciones del dominio y formas de su división...*».

(8) Su carácter independiente del uso es obra del Derecho justinianeo; así ya el Digesto mantenía tratamiento diferenciado. V.gr. D. 33, 2, 0.

importancia que según la circunstancia generadora de su discapacidad puede tener el no verse obligado a un cambio de domicilio.

Para el disponente, las ventajas son igualmente nítidas: soluciona el problema habitacional del legitimario más débil, por así llamarlo. Pero además, el carácter personalísimo de este derecho lo hace idóneo para favorecer al discapacitado y a la vez resolver futuros problemas. La intransmisibilidad del derecho de habitación resuelve, en primer lugar, el supuesto de que el habitacionista pretenda transmitir por cualquier clase de título su propio derecho real (transmisión nula de pleno derecho) y por otro, al tener carácter vitalicio, evita los problemas que se podría generar derivados de la sucesión *mortis causa* de los bienes del discapacitado. Además, dado el carácter absorbente del dominio (principio de elasticidad del dominio), una vez extinguido el derecho de habitación las facultades que lo conforman se reintegran de modo automático en el dominio.

Por su parte, el propietario del inmueble gravado con el derecho de habitación, que bien puede ser un heredero, bien un legatario, cuenta con ventajas que, desde mi punto de vista, hacen especialmente atractivo este recurso: además de lo señalado sobre la intransmisibilidad del derecho, el derecho real de habitación, por su propia naturaleza, es un derecho que tiene por objeto satisfacer una necesidad, de modo que no puede ejercitarse de modo extenso y flexible, sino que debe tenderse a su interpretación y utilización estricta: el habitacionista-discapacitado debe ocupar las piezas necesarias para satisfacer sus necesidades de habitación y de su familia en su caso, pero no más: dichas necesidades serán mayores o menores, pero no pueden implicar abusos por parte del habitacionista, y si se extralimita, siempre están ahí las consecuencias del artículo 527 e, incluso, las más traumáticas del 529 (extinción del derecho).

Por otra parte, la configuración del derecho puede conllevar —incluso— la posible convivencia entre propietario y habitacionista, con lo que no es necesario que el propietario se vea desposeído de la vivienda para satisfacer al habitacionista. Aunque posiblemente lo frecuente en la práctica será que se constituya el derecho sobre la vivienda que no habite el propietario, no olvidemos que el propio artículo 822, párrafo 2.º *in fine*, compatibiliza este derecho en el caso de creación legal, no en el de creación voluntaria, con la convivencia de los demás legitimarios mientras lo necesiten.

2. CONSTITUCIÓN: ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES

A) *Elementos personales*

a) Constituyente

El constituyente del derecho de habitación del artículo 1822.1 será el donante o el testador propietario del inmueble que constituye su vivienda habitual y la del legitimario discapacitado.

La capacidad para su constitución se rige por las normas generales, por lo que habrá que atender al modo constitutivo, sea la donación sea el testamento.

b) Beneficiario: habitacionista

¿A quiénes va dirigido este derecho? El artículo 822.1 se refiere al legitimario persona con discapacidad. Ello no significa que una persona no pueda donar o legar un derecho de habitación a otra persona distinta del legitimario o discapacitado; el disponente podrá ceder el derecho de habitación a quien convenga. Lo que ocurre es que el mencionado artículo establece dos requisitos para que no se compute este derecho en el cálculo de las legítimas: uno, que se haga a favor de un legitimario discapacitado, y otro, que éste conviviera con el disponente al momento del fallecimiento. De igual forma lo prevé el párrafo segundo del mismo para la atribución del derecho por ministerio de la ley.

a) Legitimario

Atendiendo al artículo 822 habremos de estar ante un legitimario de los referidos en el artículo 807, a saber, hijos y descendientes, a falta de los anteriores, padres y ascendientes y, en cualquier caso, viudo o viuda.

El problema se suscita si de la interpretación conjunta de ambos artículos —822 y 807— hemos de entender una prelación, de modo que los beneficiarios sean exclusivamente quienes sean realmente legitimarios en cada concreto —los hijos y descendientes, primando la idea de que los más próximos en grado excluyen a los más remotos, fuera del caso en que deba jugar el derecho de representación—, a falta de hijos y descendientes, los padres y ascendientes —con igual primacía de proximidad de grado— y en todo caso el cónyuge sobreviviente, idea que llevaría a una preferencia los hijos sobre los padres. A mi juicio, nada sería menos deseable. El artículo 822 posibilita esta

facultad a quienes reconoce el artículo 807, pero únicamente a aquellos que reconoce como legitimarios, no en el orden en que los reconoce. Debemos entender que este último artículo establece la preferencia dentro de las legítimas a unos legitimarios frente a otros, pero sin otorgarles preferencia en otros órdenes que vayan referidos a legitimarios. De este modo el testador o donante podrá atribuir el derecho de habitación —sin que se compute para el cálculo de las legítimas, ni se le compute en su haber— a cualquier legitimario discapacitado con el que conviviere, sin que se vea obligado a preterir a un legitimario frente a otro (9).

b) Discapacitado

Nos encontramos con que para que jueguen los beneficios que contempla el artículo 1822.1, habitacionista no sólo debe estar incluido dentro de los legitimarios del causante, sino que debe ser una persona discapacitada. Atendiendo a la nueva Disposición Adicional cuarta del Código Civil, redactada por el artículo 13 de la Ley 41/2003, el sujeto tendrá que ser discapacitado beneficiario a los efectos del artículo 2.2 de la Ley (10). La ley rompe de esta forma con la anterior estructura de protección privada de las personas con discapacidad, basada únicamente en la incapacidad judicial. Ahora reciben una protección jurídica privada las personas con discapacidad, con independencia de que estén o no incapacitadas, entendiéndose por tales las referidas en el artículo 2.2.º de la Ley 41/2003, a saber: «a) *Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100*. b) *Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100*». Añade el artículo 2.3.º que: 3. «El grado de minusvalía se acreditará mediante certifi-

(9) No comparte esta postura RAGEL SÁNCHEZ, L. F., que considera que «no puede ser protegido con el derecho de habitación un ascendiente discapacitado del causante cuando éste tenga descendientes en el momento de su fallecimiento. En tal caso, el ascendiente no sería legitimario y, por lo tanto, no se cumpliría el requisito subjetivo exigido por la ley, que se refiere al “legitimario discapacitado”. Aún así, critica este autor la exclusión de los ascendientes discapacitados cuando el causante deja hijos o descendientes, por entender que “quiebra una de las finalidades pretendidas por la Ley 41/2003, la de proteger también a personas de cierta edad a las que alude en su Preámbulo”». «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta», en el *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, coordinado por J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pág. 4018.

(10) Disposición Adicional cuarta de la Ley 41/2003: «La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad».

cado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

Lo señalado puede llevarnos a un nuevo interrogante: ¿qué sucede con aquellas personas judicialmente incapacitadas y que sin embargo no han obtenido una declaración administrativa de minusvalía en los términos señalados, por no haberlo solicitado, a pesar de que objetivamente cumplen los requisitos del baremo para poder llegar a obtenerla? La ley en este punto protege a las personas discapacitadas y no a las incapacitadas judicialmente, por lo que nos encontramos entonces ante el peligro de que una descoordinación institucional pueda frustrar los beneficios y buenas intenciones de la Ley (11).

Afirma parte de la doctrina (12) que todo incapacitado va a ser una persona con discapacidad, lo que no tiene por qué ocurrir a la inversa, pues la causa de discapacidad puede o no ser causa de incapacitación, o aun siéndolo, puede que no se haya instado el procedimiento de incapacitación y no exista sentencia incapacitadora.

B) *Elementos reales*

El artículo 822.1 está contemplando un derecho real de habitación que recae sobre la vivienda habitual del titular en la que conviva el beneficio del derecho de habitación a la muerte del constituyente.

Así pues, por la propia configuración clásica de este derecho, el artículo 822.1, el legislador está contemplando un inmueble; inmueble sea habitado por el titular del derecho y el legitimario-discapacitado como hogar familiar (13).

Avanzando en el mismo debemos plantearnos si se podría incluir en el precepto un derecho de habitación sobre un bien mueble que se presentase como apto para satisfacer una necesidad de vivienda, como podría ser una caravana o un remolque. Consideramos que si bien, en principio, no se piensa

(11) Véase, en este sentido, a MONESTIER MORALES, J. L., «Legados de habitación a favor de discapacitados: efectos civiles y liquidación tributaria», en *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de Granada*, noviembre de 2007, págs. 6 y 7.

(12) RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», en *Actualidad Civil*, núm. 4, febrero de 2004, pág. 359. Esta misma interpretación hace la DGT en la Resolución de 12 de julio de 2001, conforme a la cual, con carácter general, se equiparan con los minusválidos con grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, aquellos minusválidos cuya incapacidad se declare judicialmente por el ordenamiento jurídico, aunque no llegue a alcanzarse dicho grado. *Memento fiscal* 2004. Ediciones Francis Lefebvre, pág. 1031.

(13) No parecen adecuados estancias tales como, por ejemplo, establos, caballerizas o gallineros, por no estar destinados a la vivienda humana, así como estancias destinadas al hombre pero que no cubren las necesidades susceptibles de atención, como chozas o tiendas de campaña.

en ellos, es cierto que pueden cumplir idéntico cometido que el inmueble (siempre, claro está, que dicho objeto sea capaz de satisfacer las necesidades del habitacionista y que se haya producido una convivencia anterior en ella), por lo que deben ser incardinados en el artículo 1822.1.

Matizando más, el artículo 524 del Código Civil señala que la habitación da a quien tiene ese derecho la facultad de ocupar en una casa ajena (vital esa ajenidad) las *piezas necesarias* para sí y para las personas de su familia, sin que deba probarse taxativamente esa necesidad —la necesidad es un límite, no un requisito de la habitación—, aunque sea necesidad realmente sentida, obviamente.

La necesidad debe ser, en primer lugar, actual: la intención no debe referirse a necesidades ya pasadas (pues no existe ya la necesidad que intenta satisfacer este derecho, pese a que existió en algún momento anterior) o todavía futuras (no existe necesidad en el momento actual: si en el futuro se genera y se quiere satisfacer mediante la constitución de este derecho real, será algo perfectamente posible): las necesidades futuras marcarán el ámbito objeto de extensión del derecho, como se deduce del propio artículo 524.2 del Código Civil al contemplar la posibilidad de que la familia «se aumente». En segundo lugar, la necesidad debe ser realmente sentida (y no conllevar conductas abusivas), y, en tercer lugar, con un *quantum* determinado o determinable.

C) *Elementos formales*

El artículo 1822.1 está contemplando la constitución negocial y a título gratuito del derecho de habitación, sea mediante un contrato de donación, sea a través de un legado.

Ello no quiere decir que no se pueda constituir negocialmente de otro modo este derecho, así, por ejemplo, constitución onerosa del derecho en vida del titular a favor de un hijo discapacitado, pero tal derecho no se beneficia está fuera del ámbito de juego del artículo 1822.1, que tiene sentido precisamente en las atribuciones gratuitas.

a) Donación del derecho de habitación

La donación es un contrato en virtud del cual el titular de la vivienda dispone gratuitamente, a favor del habitacionista, de un derecho de habitación sobre su vivienda habitual —que de este modo pasa a estar gravada con un derecho real limitado—, derecho que es aceptado por el beneficiario.

Si se constituye sobre un bien inmueble, como es lo normal, deben respetarse los requisitos de forma del artículo 633 del Código Civil —que im-

pone la necesidad de escritura pública— como forma *ad solemnitatem*. De admitirse sobre los bienes muebles a los que antes nos referimos, habrá que atender al artículo 632 del Código Civil.

b) Legado de derecho de habitación

El legado es una liberalidad *mortis causa*, a título singular (art. 660 del CC), que no atribuye la cualidad de heredero, y que se impone o a otro heredero o a otro legatario, es decir, el padre, cuando en testamento imponga en legado el derecho de habitación a favor del hijo con discapacidad, gravará con ese legado a otro legatario (sub legado), específicamente a un heredero, o si no, todos lo sufrirán en la misma proporción.

3. CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO

Habrà que aplicar las normas generales del derecho de habitación y además las especialidades introducidas por el artículo 1.822.

3.1. *Régimen jurídico de este derecho consagrado en el artículo 1.822*

El artículo 1.822 dicta tres normas con relación a este derecho de habitación:

- a) El derecho de habitación constituido por vía de donación o por vía de legado al fallecimiento del causante «no se computará para el cálculo de las legítimas» si en el momento del fallecimiento constituyente y beneficiario estuvieren conviviendo en ella.
La donación del derecho de habitación no se tiene en cuenta para determinar el derecho de los legitimarios, no se tiene que computar para el cálculo de la legítima global (art. 818.2 del CC) y en consecuencia entendemos que ni la donación ni el legado de derecho de habitación se imputará a la cuota legitimaria del heredero forzoso con discapacidad que lo reciba, como regla general. Y además, la donación y el legado del derecho de habitación a favor de personas con discapacidad no seguirán las reglas de reducción de legados y donaciones por inoficiosas, presentándose así como una verdadera excepción.
- b) El derecho es intransmisible (art. 1822.2). En este punto el Código Civil, de un modo totalmente innecesario, no hace sino reiterar lo ya

dispuesto con carácter general en el artículo 525 del Código Civil, en sede de los derechos de uso y habitación así lo sanciona (14).

El derecho de habitación tiene carácter personalísimo (15). Al fin y al cabo, la utilidad económica del derecho se indica por la aptitud de la cosa para satisfacer directamente las necesidades del habitacionista; lo cual viene justificado por la connotación de beneficencia privada que debe estar presente (16).

Esta prohibición deriva de razones históricas relacionadas con el fin alimentario que cumplía en su origen, y que son plenamente válidas hoy día: si se pretende satisfacer el interés del beneficiario, con la cesión dicho interés se frustra. Esta prohibición marca las diferencias con el usufructo (17) y afirma que todo lo que exceda del concreto goce del titular del derecho real corresponde al propietario. Parece correcto pensar que estamos ante un elemento esencial del derecho. Lógicamente la transmisión del derecho de habitación tiene como efecto la nulidad del contrato contrario a la norma prohibitiva contenida en los artículos 525 y 822.3.º del Código Civil, tal y como prevé el artículo 6.3 de ese mismo texto legal.

- c) Este derecho «no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación» (1822.4).

Y es que, el artículo 1.406 reconoce que en la adjudicación de los bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales, cada uno de los cónyuges tiene preferencia para que, en su haber y hasta donde éste alcance, se incluyan una serie de bienes gananciales, entre los que destaca —para el caso de fallecimiento del otro cónyuge— «la vivienda donde tuviese la residencia habitual».

Por su parte el artículo 1.407 en el primer inciso establece que, para el caso de la vivienda habitual, el cónyuge podrá pedir, a su elección, que le atribuyan la misma en propiedad o que se constituya sobre ella

(14) Artículo 525 del Código Civil: «Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título».

(15) Lo que provoca que conforme al artículo 108 de la Ley Hipotecaria, no sea derecho hipotecable: «No se podrán hipotecar: ... 3.º El derecho de uso y habitación».

(16) Sin embargo no falta quien entiende que ese carácter de intransmisible crea un grave perjuicio al discapacitado, porque no se tiene en cuenta futuras necesidades del beneficiario para adaptar este derecho a medios más adecuados. Véase, en este sentido, las conclusiones de las «Jornadas de gestión del patrimonio de personas con discapacidad y mayores», Foro Justicia y Discapacidad, Madrid, 23 y 24 de junio de 2005.

(17) Artículo 480 del Código Civil: «Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola».

a su favor un derecho de habitación; añadiendo el segundo inciso que, si realizadas estas adjudicaciones preferenciales, resulta que los bienes adjudicados superan el haber que corresponde al cónyuge adjudicatario, éste deberá abonar al otro la diferencia en dinero.

3.2. *Además de las normas del artículo 1.822 del Código Civil habrá que aplicar las normas generales del derecho de habitación*

a) *Facultades*

Debemos tener presente el texto del artículo 523 cuando dice: «*Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene el derecho de habitación, se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes*». Así pues, en primer lugar, habrá que atender a lo señalado en el contrato de donación o en el testamento —en caso de legado— y, en su defecto, a lo señalado en el Código Civil, teniendo en cuenta que, como antes hemos dicho, es de esencia de este derecho la intransmisibilidad consagrada en el artículo 822.3 y 525 del Código Civil.

En caso de que nada figure en el título de constitución, el habitacionista tendrá los derechos que le confiere el artículo 524, a saber, «*la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*».

Esta facultad de ocupar las piezas necesarias no puede ser confundida con las facultades que atribuyen el derecho de uso sobre un inmueble; o dicho de otro modo, no podemos confundir el derecho de habitación con el derecho de uso. A nuestro juicio, es claro que el derecho de uso atribuye facultades más amplias que el derecho de habitación. Entendemos el derecho de uso como uso de la cosa, pero no el disfrute, o como una especie de «usufructo de primera necesidad» en la que el goce se restringe al goce directo (18). El derecho de habitación contemplado históricamente con exclusivo carácter inmobiliario —si bien recordemos lo dicho con anterioridad con relación a la posibilidad de constitución sobre ciertos bienes muebles—, además de que, como ya señalara VENEZIAN, el usuario de una casa goza de mayores derechos que el titular de un derecho de habitación, cuyos derechos se limitan a satisfacer las necesidades de alojamiento (19).

(18) Artículo 524.1.º del Código Civil: «*El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta aumente*».

(19) VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación*, traducción de Atard R., Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pág. 840.

Entendemos con PUGLIESE, que los puntos de diferencia entre derecho de uso y habitación son básicamente dos: en primer lugar, que el derecho de habitación no comprende ningún derecho a los frutos, y en segundo lugar, que el derecho del habitacionista se limita a sus necesidades y las de su familia, mientras el uso se extiende a toda la cosa, cualquiera que sea la medida de las necesidades del usuario (20).

Sea como fuere, el derecho de habitación no es un derecho de uso caracterizado por su especialidad objetiva, sino un auténtico derecho real autónomo, aunque vinculado, por toda una trayectoria histórica común, con los derechos de usufructo y de uso, como la doctrina que se ha ocupado de la cuestión se ha encargado de poner de manifiesto. De todas formas, debemos dejar claro que, en primer lugar, el derecho de habitación es un derecho perfectamente autónomo respecto tanto del usufructo como del uso, y en segundo lugar, que pretende satisfacer una necesidad de vivienda perfectamente cambiante en el tiempo, con lo que ello conlleva.

b) Contribución a los gastos

El artículo 527 indica que si el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario. Si sólo habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá lo que falte. Todo esto, claro está, siempre que en el título constitutivo no se hubiere señalado otra cosa.

Además, debemos tener en cuenta que el artículo 528 del Código Civil nos indica que las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo. Una de esas disposiciones —además de bastantes otros preceptos— es la indicación contenida en el artículo 497 del Código Civil: el habitacionista debe cuidar la cosa sobre la que recae el derecho de habitación como un buen padre de familia.

4. EXTINCIÓN

El artículo 529 del Código Civil señala que el derecho de habitación se extingue por las mismas causas que el usufructo (21) así como, además,

(20) PUGLIESE, G., *Usufrutto, uso e abitazione*, Turín, 1972. RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987.

(21) Vid. artículos 513 a 522 del Código Civil.

por abuso grave de la habitación. Este abuso debe interpretarse restrictivamente.

Además, sería de aplicación el artículo 868 del Código cuando se trate de un derecho de habitación constituido mediante donación o que se constituya testamentariamente sobre una vivienda atribuida mediante legado a un tercero: «Si la cosa legada estuviese sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan». Este precepto impide que el legatario pueda extinguir por su voluntad el derecho de habitación, pero no obsta para que, en los casos generales que contempla, pueda el legatario legitimario cuantificar económicamente el legado descontando el valor del gravamen (22).

La falta de idoneidad sobrevenida del objeto también debe considerarse causa de extinción del derecho (incluso cuando alcance a una esfera de utilidad que trascienda el ámbito restringido de la subsistencia), incluso la pérdida parcial de la cosa si afecta a esa subsistencia del derecho.

La mejora del discapacitado que revierta en una pérdida de las condiciones subjetivas marcadas en el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, si bien no es causa de extinción de un derecho de habitación constituido mediante donación o legado, salvo que el título de constitución haya señalado otra cosa, sin embargo sí debe hacer perder los beneficios atribuidos por el artículo 1822.1 de tal modo que debe considerarse ya su valor a los efectos de cómputo de legítimas.

Por otra parte, parece perfectamente posible que en el título constitutivo se incluyan otras posibles causas de extinción.

III. EL NUEVO DERECHO DE HABITACIÓN LEGAL

Uno de los grandes méritos de la Ley 41/2003 ha sido la de crear *ex novo* un derecho legal de habitación a favor del legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviere conviviendo con el causante al tiempo de su fallecimiento.

(22) Como señala RAGEL SÁNCHEZ, L. F., cit., pág. 4023, el derecho de habitación puede ser valorado económicamente, aunque esa valoración tenga un importante componente de inseguridad, pues su duración depende de factores tales como la edad, la salud, la calidad de vida y hasta la suerte del habitacionista. El artículo 1.407 del Código Civil permite que, en la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge viudo pida, a su elección, que se le atribuya la vivienda donde tuviese la residencial habitual en propiedad o que se constituya sobre ella a su favor un derecho de habitación, lo que da por supuesto que se puede valorar económicamente este último derecho, pues sirve para pagar la parte que corresponde al cónyuge. Por lo tanto, podría sostenerse con ciertas posibilidades de éxito que el gravamen constituido por el causante a través de una donación podría ser *eliminado* posteriormente por los legitimarios del donante fallecido, si demuestran que se trataba de un acto que lesionaba cuantitativamente su legítima.

Señala el artículo 822.2 del Código Civil lo siguiente: «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». Los apartados 3 y 4 del artículo 822 del Código Civil son igualmente aplicables a este derecho real legal.

En general resultan aplicables las consideraciones que hemos hecho con relación al derecho de habitación de origen voluntario, con las siguientes matizaciones o modulaciones:

- Por lo que se refiere a la constitución del derecho el mismo se produce *ope legis*, por ley, a la muerte del propietario del inmueble, si bien el mismo ha podido excluir el juego de este derecho si otra cosa hubiese dicho en testamento (23).
- Se trata, pues, de una atribución patrimonial singular legal en la herencia de un sujeto a modo de «legado legal», que no se incluirá en el haber hereditario del beneficiario. Llama la Exposición de Motivos a esta nueva institución «legado legal de derecho de habitación sobre la vivienda habitual». En todo caso, se trata de un derecho real legal de habitación, tal como ocurre con el usufructo viudal. Ahora bien, la naturaleza de este derecho no es de derecho necesario, ya que nos dice el párrafo 2.º del artículo 822: el testador puede haber dispuesto otra cosa o haberlo excluido expresamente.
- El nuevo artículo 822 del Código Civil confiere a favor del legitimario con discapacidad un derecho de habitación sobre la vivienda habitual del causante, siempre y cuando «lo necesite y estuviera conviviendo con el fallecido». Por contraposición con otras leyes, que exigen para atribuir ciertos beneficios un periodo mínimo de convivencia como la de Arrendamientos Urbanos, no se fija un tiempo de convivencia anterior para disfrutar del derecho de habitación (24). La

(23) Adviértase como el legislador contempla el supuesto en que el testador hubiera excluido expresamente el derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado. La ley no exige que el testador justifique la privación de este derecho, a diferencia de lo que ocurre con la desheredación, que debe ser justa. Se trata de otra muestra más de la vigencia y primacía del principio de la voluntad del testador como ley de la sucesión.

(24) El artículo 16 de la LAU establece: «1. En caso de muerte del arrendatario podrán subrogarse en el contrato: f) Las personas distintas de las mencionadas en las letras anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento. 2.º Si existiesen varias de las personas mencionadas, a falta de acuerdo unánime sobre quién de ellos será el beneficiario de la subrogación, regirá el orden de prelación establecido en el apartado

- única condición es que conviva con el fallecido con anterioridad a su muerte y tenga necesidad de dicha habitación. La apreciación de la circunstancia, al ser una cláusula general, será objeto de no pocos conflictos que derivarán en una futura y amplia jurisprudencia (25).
- Como fuera que varios legitimarios pudieran concurrir, tanto en el derecho como en la necesidad, «*su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten*».
 - La ley contempla como beneficiario al legitimario discapacitado que lo necesite y que conviviese con el fallecido en la misma vivienda. Con relación a quién hemos considerar que es el legitimario beneficiario de igual forma a lo señalado con relación al artículo 822.1 del Código Civil, entendemos que tampoco debe regir aquí el orden de preferencia del artículo 807. El legislador debería haber señalado a cuál de los legitimarios discapacitados que cumplan los requisitos anteriores le compete el derecho, de modo que podemos, en algunos casos, encontrarnos con una posible pluralidad de beneficiarios-habitacionistas. Esta posibilidad de igual modo existiría si se entendiera que juega el orden de llamamiento preferentes del artículo 807 del Código Civil: así por ejemplo, pensemos en el caso de un padre que fallece con tres hijos —legitimarios— de los cuales dos de ellos son

anterior, salvo en que los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes. Entre los descendientes y entre los ascendientes, tendrá preferencia el más próximo en grado, y entre los hermanos, el de doble vínculo sobre el medio hermano. Los casos de igualdad se resolverán en favor de quien tuviera una minusvalía igual o superior al 65 por 100; en defecto de esta situación, de quien tuviera mayores cargas familiares y, en última instancia, en favor del descendiente de menor edad, el ascendiente de mayor edad o el hermano más joven». En la DT 2.^a 4. A partir de la entrada en vigor de esta ley, la subrogación a que se refiere el artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, sólo podrá tener lugar a favor del cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho, o en su defecto, de los hijos que conviviesen con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento; en defecto de los anteriores, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario que estuviesen a su cargo y conviviesen con él con tres años, como mínimo, de antelación a la fecha de su fallecimiento. El contrato se extinguirá al fallecimiento del subrogado, salvo que lo fuera un hijo del arrendatario no afectado por una minusvalía igual o superior al 65 por 100, en cuyo caso se extinguirá a los dos años o en la fecha en que el subrogado cumpla veinticinco años, si ésta fuese posterior. No obstante, si el subrogado fuese el cónyuge y al tiempo de su fallecimiento hubiese hijos del arrendatario que conviviesen con aquél, podrá haber una ulterior subrogación. En este caso, el contrato quedará extinguido a los dos años o cuando el hijo alcance la edad de veinticinco años si esta fecha es posterior, o por su fallecimiento si está afectado por la minusvalía mencionada en el párrafo anterior.

(25) Tal necesidad no debe ir dirigida a la comprobación de la imposibilidad o grave dificultad que tenga el discapacitado para poder comprar o alquilar otra vivienda sin poner en riesgo su patrimonio o rentas. Sino más bien englobando varias circunstancias: no tener a su disposición otra vivienda o lugar de residencia en la población, capacidad económica del discapacitado, proximidad o no de los servicios de atención, etc.

discapacitados y conviven con el padre en la vivienda familiar, sin que tengan otra que pueda atender sus necesidades.

- La mejora del discapacitado que lleve a una pérdida de las condiciones subjetivas marcadas en el artículo 2.2 de la Ley 41/2003 es causa de extinción del derecho legal de habitación (art. 822.2).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es obvio que se ha producido un cambio en la familia española y este cambio hace necesarias modificaciones del sistema familiar y sucesorio.

Si valoramos este artículo dentro de la filosofía que impregna esta Ley de propiciar medios suficientes a la persona con discapacidad, la valoración del mismo es positiva, ya que con ella se da solución a diversas preocupaciones que se dan en padres con hijos con discapacidad. Se procura al hijo o descendiente con estas circunstancias un techo de por vida; al ser intransmisible este derecho los padres se aseguran plenamente que dicho derecho sólo va a servir al fin para el que se constituyó; se soluciona con este derecho, al tener carácter vitalicio, la sucesión *mortis causa* de los bienes del discapacitado cuando no tuviera capacidad para hacer testamento, y por línea indirecta, se puede favorecer al discapacitado atribuyendo la propiedad de la vivienda habitual, caso de tener más bienes con que pagar la legítima a los otros legitimarios, a otro hijo con la condición de cuidar al discapacitado que además tendrá el derecho de habitación sobre las piezas que le sean necesarias de dicha vivienda. Y todo ello sin costes respecto de la parte de herencia que le pueda corresponder y sin costes fiscales de transmisión por impuestos de sucesiones y donaciones ni plusvalía.

RESUMEN

DERECHO DE HABITACIÓN PROTECCIÓN PATRIMONIAL DEL DISCAPACITADO

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, introduce una importante novedad al reformar el artículo 822 del Código Civil, al que da nuevo contenido, regulando el derecho de habitación del legitimario discapacitado.

ABSTRACT

RIGHT OF HABITATION PROTECTION OF THE PROPERTY OF THE DISABLED

Act 41/2003 of 18 November (on protection for the assets of persons with disabilities and amending the Civil Code, the Act on Civil Procedure and tax legislation for this purpose) introduces an important new feature in its reform of article 822 of the Civil Code: It adds fresh content, regulating the right of habitation of a disabled recipient of a legitime.

Este precepto otorga una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, sin computárselo en su haber, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible.

Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación.

This rule directly protects the assets of persons with disabilities by dealing favourably with gifts or legacies of rights of habitation for legitimate recipients with disabilities living with the giver or testator in the regular home at issue in the right of habitation. This favourable treatment consists in not calculating the right as part of the recipient's assets, although with the precaution that the right of habitation cannot be transferred.

In addition, this same rule grants any legitimate recipient with disabilities who needs it a legal legacy of the right of habitation in the regular home in which the recipient used to live with the decedent, provided that the decedent has not made any other testamentary dispositions with regard to the right of habitation.

(Trabajo recibido el 9-6-2009 y aceptado para su publicación el 20-9-2010)

Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada

Doctora en Derecho

SUMARIO

INTRODUCCIÓN AL TEMA.

RECLAMACIÓN DEL HIJO Y DE LA MADRE CONTRA EL MÉDICO: PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SUPUESTOS PRÁCTICOS:

INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO.

ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

LA VIDA COMO DAÑO: ANÁLISIS Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA:

EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH*.

EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*.

EL RECHAZO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*.

EL DAÑO AL MARGEN DE LA VIDA DEL NIÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*.

LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL NIÑO PARA RECLAMAR POR CUALQUIER DAÑO: PROBLEMÁTICA JURÍDICA.

LA PROBLEMÁTICA DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*.

LA NO ABSOLUTIZACIÓN DEL BIEN VIDA.

EL DAÑO EN EL MARCO DE LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL O ASISTIDA:

ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD.

EL NEXO DE CAUSALIDAD EN LAS ACCIONES DE *wrongful birth* Y *WRONGFUL LIFE*.

LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL: EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.

LA CULPA DE LA VÍCTIMA COMO INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL:

LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL EN LAS ACCIONES DE *wrongful birth*.

LA INTERVENCIÓN DE TERCERO COMO HECHO INTERRUPTOR DEL NEXO CAUSAL.

SENTENCIAS EN RELACIÓN CON LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*:

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 10 DE OCTUBRE DE 2001.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 5 DE MAYO DE 1998.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, DE 31 DE MARZO DE 2000.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ, DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN, DE 8 DE MARZO DE 2001.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 5 DE ABRIL DE 2001.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1998.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, DE 11 DE JULIO DE 2002.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES, DE 6 DE JUNIO DE 2001.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, DE 18 DE ENERO DE 1999.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE FEBRERO DE 1999.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 8 DE MAYO DE 2000.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

Uno de los temas más complejos que tiene, en la actualidad, planteados el Derecho de Familia (y, en general, el Derecho de la persona), es el relativo a las demandas, de carácter civil, presentadas en relación con el nacimiento de un hijo con deformidades, taras físicas y/o psíquicas o deficiencias en general.

Estas demandas se interponen, generalmente, contra el Hospital y/o el facultativo que atendió a la paciente, siempre que éste no cumpla correctamente, u omite, el deber de información a la madre sobre la existencia en el feto de deficiencias graves, que, de haber sido conocidas, la habrían facultado para interrumpir el embarazo, siempre, naturalmente, dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, tal como nuestra Ley penal prevé (art. 417 bis del Código punitivo de 1973).

Existen dos posibilidades dentro del marco que estoy contemplando:

1.^a Posibilidad de que el hijo nacido con deficiencias pueda ejercitar contra el facultativo que atendió a su madre y no detectó las taras, una acción de resarcimiento por negligencia en el ejercicio de la profesión, reclamando la reparación del daño consistente en haber nacido. Es decir, se reclama por el hijo la «reparación» de la vida, algo que, a primera vista, pudiera parecer extraño y hasta contradictorio; y

2.^a Posibilidad de que sea la madre la que se dirija contra el facultativo que la atendió durante la gestación, al no haber cumplido correctamente

su deber de informar, privándola, en consecuencia, de la facultad legal de abortar.

RECLAMACIÓN DEL HIJO Y DE LA MADRE CONTRA EL MÉDICO: PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SUPUESTOS PRÁCTICOS

Voy a detenerme, en primer lugar, en las reclamaciones que los hijos y los progenitores pueden interponer contra el facultativo que atendió a la madre durante el embarazo y que no cumplió con su deber de información.

Estimo oportuno hacer unas breves consideraciones sobre el deber de informar del facultativo.

INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO

La obligación legal del médico implica suministrar información al paciente sobre su enfermedad. Generalmente suele emplearse el término «consentimiento informado», que es de origen norteamericano. Sin embargo, en nuestro país, el deber médico de información, clave en la responsabilidad civil del facultativo, es un deber autónomo y previo al consentimiento, ya que el incumplimiento de la obligación se produce antes de la emisión del consentimiento. Para consentir, primero hay que conocer lo que se está consintiendo. Si no se conoce, mal se podrá consentir, o se consiente en el vacío.

Como ha expresado a este respecto Víctor AMAYA RICO (1), el paciente lo espera todo del médico y la persona afectada por la enfermedad se empequeñece necesariamente y queda desvalida. De ahí que el Ordenamiento Jurídico proteja al paciente, y el médico que tenga una actuación incompatible con la buena fe y la confianza en él depositada incurre en responsabilidad civil.

En este sentido, es imprescindible delimitar la extensión y los límites del deber de información, que consiste en facilitar al paciente el efectivo conocimiento del pronóstico, riesgos y alternativas del tratamiento, así como de las posibilidades de éxito y precauciones necesarias.

Para que exista un consentimiento libre del paciente, este último tiene derecho a la libre elección entre las opciones que el facultativo le presente. La información que el médico ha de dar ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible, teniendo, a su vez, en cuenta múltiples factores, como lo son la capacidad de comprensión y decisión del paciente, evitando la inoportunidad.

(1) AMAYA RICO, Víctor, «El deber médico de información: un derecho fundamental», en *La Ley*, Tomo I, 2002.

A mi juicio, es muy importante que la información que se suministra al paciente sea clara y concisa —que no quiere decir que sea incompleta—, evitando los tecnicismos médicos que pueden inducir a confusión al paciente, cuando éste es lego en cuestiones de medicina.

Una vez examinado el deber de información del médico, paso a estudiar seguidamente el tema de las reclamaciones efectuadas por los hijos nacidos con deficiencias físicas y/o psíquicas en el marco de la responsabilidad civil.

ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Para entrar en la cuestión que estoy tratando, es imprescindible examinar, en primer lugar, un antecedente jurídico importante que, aunque fuera de nuestro país, conmocionó a la opinión pública. Me estoy refiriendo al caso «Perruche», resuelto por la sentencia de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación Civil, en fecha 17 de noviembre de 2000.

Se trata de un fallo jurisprudencial interesantísimo y que tuvo su origen en una demanda de responsabilidad civil presentada por los padres de una niña que había nacido con rubéola, enfermedad que no había sido detectada por el médico que había atendido, en su día, a la madre, ni tampoco por el laboratorio de biología médica que le había realizado las pruebas pertinentes.

La madre había contraído la enfermedad estando embarazada y mantenía que, de haber sabido que su hija iba a nacer con rubéola, habría interrumpido su embarazo.

La Corte de Casación estimó la demanda, razonando que, desde el momento en que las faltas médicas, cometidas por el facultativo y por el laboratorio, habían privado a la madre de la opción de interrumpir el embarazo, con cuyo ejercicio podría haber evitado el nacimiento del niño, dicho niño podría demandar la reparación del perjuicio resultante de tal «handicap», el cual fue causado, a juicio de la Corte de Casación, por la negligencia de los profesionales sanitarios.

El fallo admitió, en definitiva, la indemnización del daño consistente en haber nacido el niño con deficiencias que, de haber sido previamente conocidas por la madre, le hubieran permitido abortar. Afirmó, asimismo, la Corte de Casación, que existía un nexo de causalidad entre la actuación culpable del médico y del laboratorio y la enfermedad con la que el niño nació.

Esta última tesis se ha visto contradicha por las apreciaciones que ha realizado acerca de este fallo José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (2), que, al estudiar este complejo supuesto, expresaba que la causa por la que la niña

(2) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano», en *Daños en el Derecho de Familia*, Editorial Thomson Aranzadi, 2006.

nació enferma no fue la negligencia de los profesionales de la Medicina, ni nació con rubéola porque el diagnóstico prenatal no hubiera detectado dicha enfermedad, sino porque le fue contagiada en el útero de su madre y por ésta misma. A juicio de este jurista, fue una desgracia de la que no se puede culpabilizar ni al médico, ni al laboratorio, ya que, aunque éstos hubieran detectado la enfermedad, ésta no se podría haber evitado.

Esta tesis es correcta, desde luego, aunque tiene el inconveniente de ser incompleta, porque, en los supuestos de omisión, como éste, hay que imputar el resultado lesivo y se trata de hacer una imputación objetiva, no de hablar de nexos de causalidad que, en este caso, son altamente problemáticos y no conducen a ningún resultado práctico ni a ninguna solución jurídica. Lo que está en juego, desde mi punto de vista, es determinar si, efectivamente, hay vidas que no merece la pena que sean vividas, o, en otras palabras, si es mejor no nacer que vivir con taras y/o deficiencias físicas y psíquicas de por vida, sin que en el estado actual de la Ciencia Médica quepa ninguna solución o, al menos, un cierto remedio.

La omisión del facultativo —y del laboratorio biológico—, al no informar a la gestante de la enfermedad que el feto presentaba, sí fue causante de la producción de un daño, pero ese daño consiste, exclusivamente, en el nacimiento de la niña, que fue, precisamente, el resultado dañoso finalmente producido. La evitabilidad de este resultado es el factor determinante a la hora de encauzar estas pretensiones indemnizatorias en el marco de las relaciones familiares.

Voy a referirme ahora a un Dictamen del Consejo de Estado, de 21 de diciembre de 2000, recaído en un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración General del Estado (Ministerio de Sanidad y Consumo) por deficiente asistencia sanitaria.

El supuesto se recondujo a lo siguiente: una mujer, cuyos tres hermanos varones habían nacido deficientes mentales a causa de una etiología no bien conocida por aquel entonces, fue objeto de estudios y análisis clínicos en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid y, por encargo de éste, en el South Western Regional Cytogenetics Center de Bristol, a consecuencia de los cuales, ya en 1980, se llegó a la conclusión de que la paciente tenía un 50 por 100 de probabilidades de ser portadora de una enfermedad hereditaria identificada con el nombre del x-frágil —referida al cromosoma x— y sus futuros hijos un 25 por 100 de nacer enfermos.

A sabiendas de ello, la paciente contrajo matrimonio en 1981 y, para evitar riesgos, optó por someterse a una intervención de ligadura de trompas, rechazando la alternativa que el Hospital Ramón y Cajal le ofrecía de abortar, en su caso, para poder analizar el feto. A pesar de la intervención quirúrgica, quedó embarazada, pero un aborto natural frustró el nacimiento del hijo varón concebido.

En 1990, esta mujer contrajo nuevo matrimonio, fruto del cual tuvo una hija en 1991, que nació normal, y al año siguiente volvió a quedarse embarazada y se le practicaron nuevos análisis que no dieron resultado positivo, en el sentido de que el feto estuviera afectado por dicho síndrome. En 1993 dio a luz a un hijo varón aparentemente normal, pero, poco a poco, se fueron manifestando en él signos de la enfermedad hereditaria, confirmados como síndrome de x-frágil por análisis efectuados en octubre de 1996.

El 2 de julio de 1997, la mujer y su esposo presentaron ante el Ministerio de Sanidad y Consumo, del que depende el Hospital Ramón y Cajal, una reclamación de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, reclamando una importante indemnización por los daños físicos, las secuelas y los daños morales de su hijo; por las limitaciones para la procreación que iba a soportar su hija, y por los daños morales padecidos por los padres. Todos estos daños se imputaban a la Administración Sanitaria por la deficiente atención prestada y, en particular, porque en uno de los análisis practicados a la mujer se padeció en el laboratorio del hospital una equivocación en el etiquetado de las muestras, lo que condujo a un error de diagnóstico a causa del cual la reclamante perdió la oportunidad de abortar.

El Dictamen del Consejo de Estado abordó directamente la cuestión de fondo, llegando a la conclusión de que los daños invocados no eran imputables a la Administración Sanitaria, al no estar acreditada la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, que, en todo momento, actuó con arreglo, según el Dictamen, a la *lex artis ad hoc* y a los medios disponibles.

El planteamiento del Dictamen, por lo que respecta a la omisión del servicio sanitario no está bien enfocado, ya que no cabe hablar, en las omisiones, de relación de causalidad, sino de imputación objetiva.

Por otra parte, el Dictamen hace referencia a los errores que se produjeron en el etiquetado de las muestras a analizar, calificándolos de mera hipótesis, ¿hubo error o no lo hubo? Ésta es la pregunta que queda en el aire sin responder, pero, al parecer, es evidente que sí lo hubo.

En cuanto a la decisión de abortar, o no, de la gestante, también es calificada de mera hipótesis que no autoriza a hacer responsable a nadie de daños que no le son imputables.

LA VIDA COMO DAÑO: ANÁLISIS Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA

No cabe duda que, en el estudio de esta problemática tan compleja y delicada, cobra un especial relieve el factor daño, o perjuicio, a efectos de entender el por qué de las acciones denominadas de *wrongful birth* y de *wrongful life*.

El daño es un factor esencial del que no se puede prescindir en sede de responsabilidad civil. Pero, en estas acciones citadas, el daño va a ser, precisamente, uno de los temas más polémicos, porque entran en juego determinados derechos y valores, como el derecho a la vida o el derecho a la integridad física y/o psíquica, que contribuyen a tornar más complejo este tema.

El daño va a ser un factor que voy a estudiar seguidamente distinguiendo, según se trate, de las acciones de *wrongful birth* o de las denominadas de *wrongful life*.

EL DAÑO DE LAS ACCIONES DE *wrongful birth*

Las acciones de *wrongful birth* son aquéllas por las que se reclama responsabilidad a un profesional sanitario —o a varios—, cuya conducta ha permitido, en determinadas circunstancias, que se haya producido el nacimiento o la concepción de un hijo con deficiencias o taras físicas y/o psíquicas.

Efectivamente, el nacimiento de un hijo en estas penosas circunstancias, causa a los progenitores unos gastos importantes, unos desembolsos económicos ciertamente grandes. Todo ello se podría haber evitado si el hijo no hubiera nacido. Aunque es duro decirlo, el nacimiento del hijo conlleva unos importantes perjuicios patrimoniales, pero también morales, que se concretan en el sufrimiento experimentado por los padres al conocer que tienen un hijo discapacitado. Este sufrimiento se prolonga en el tiempo, con carácter de permanencia.

El Tribunal Supremo, en nuestro país, ha partido de la consideración, en algunas sentencias que más tarde analizaré, del derecho de la madre a ser indemnizada en aquellos supuestos en los que no haya sido informada correctamente acerca de los problemas de salud con que nace su hijo; problemas que, de haberlos sabido con la debida antelación, la habrían facultado para abortar, o, en otras palabras, la habrían posibilitado ejercitar su derecho al aborto. Se entiende, en estos supuestos, que el nacimiento de un ser humano que padece, por ejemplo, mongolismo —síndrome de Down— es un perjuicio o daño, consistente en el impacto psíquico que supone para los progenitores el haber creado a una persona discapacitada que, previsiblemente, no podrá valerse por sí misma a lo largo de su trayectoria vital. Recordemos que las personas con síndrome de Down pueden llegar a alcanzar edades medianas, lo que supone que, en algún momento de su vida, es más que probable que hayan de ser atendidas por personal asalariado, con los consiguientes gastos que ello implica.

El daño resulta no sólo del hecho de haber privado, de modo negligente, a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su nueva situación personal y familiar y de consentir dar la vida a un nuevo ser, sino de los efectos que

esa privación conlleva. Son daños susceptibles de ser valorados económicamente y, en consecuencia, de ser reparados, y ello con un doble contenido o aspecto: moral y patrimonial.

Si nos centramos, brevemente, en una teoría del daño, en nuestro Ordenamiento Jurídico, cabe entender que daño es todo menoscabo que, a consecuencia de un determinado evento, sufre una persona en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o en su patrimonio, definición que procede de la doctrina alemana (3).

Junto a esta teoría, hay que sostener que sólo son relevantes los daños que se producen contraviniendo una norma jurídica, tal como exponía, con brillantez, Jaime SANTOS BRIZ (4), o los que frustran expectativas aseguradas por el Derecho (5), o, según una tesis intermedia, que define el daño relevante conforme a intereses dignos de tutela jurídica protegidos o valorados por el legislador (6).

Cuando se interpone una acción —o demanda— por *wrongful birth*, se suele centrar la atención en las consecuencias directas que derivan del falso negativo imputable subjetivamente al facultativo y, en concreto, en relación a la actuación que podrían haber tenido los progenitores. En este sentido, se parte de que la actuación negligente del profesional sanitario, procedente de su ámbito de control, se traduce en un falso negativo, produciendo un defecto —o ausencia, a veces— en la información que reciben los progenitores respecto de los riesgos que amenazan a la futura descendencia —diagnóstico preconceptivo—, o concretado —el daño— en la descendencia ya concebida. A mi juicio, de lo que se trata, dicho en otras palabras más sencillas, es de un error de diagnóstico, o de un defecto en sede de consentimiento informado. Hay que tener en cuenta que se consiente, por lo general, sobre un tema que se conoce, o sobre los datos sobre los que se ha informado previamente, pero, si no hay información, o esta información está viciada, evidentemente hay posibilidad de accionar procesalmente en función de estos parámetros.

En las acciones de *wrongful birth* —que es la acción objeto de estudio ahora y que traducida literalmente significaría «erróneo nacimiento» o «nacimiento inapropiado»—, la privación a los progenitores de la facultad de decidir pasa a ser caracterizada como daño, asegurándose, de este modo, la posibilidad de accionar procesalmente exigiendo responsabilidad al profesional sanitario, y estableciendo, como daño, un evento *a priori*.

(3) OSTHEIDE, S., *Die schadensersatzrechtliche problematik des unerwünschten des deutschen zivilrecht*, peter lang, Frankfurt am main, 2000.

(4) SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*. Temas Actuales, Editorial Monte-corvo, Madrid, 2001.

(5) BUSTO LAGO, J. M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

(6) DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

Tengamos en cuenta que la facultad de decidir —en este caso, decidir la madre si da a luz al hijo, o no, es decir, si continúa, o no, con la gestación, siempre, naturalmente, dentro de los plazos legalmente permitidos para abortar —se configura— como no podía ser menos —como una faceta, o un aspecto—, de la libertad de la persona, libertad que está expresamente reconocida en nuestra Constitución, y que se ve obstaculizada, o impedida, por la actuación negligente del facultativo.

PANTALEÓN PRIETO distinguía la «contracepción impedida», en la que el argumento contra el facultativo residía en que, de haber sido adecuadamente informados de los riesgos existentes, los progenitores no hubieran tenido relaciones sexuales o hubiesen utilizado unos medios eficaces de contracepción. Y, de otro lado, distinguía claramente lo que llamaba «aborto impedido», señalando que, de no haber sido por la negligencia del médico, la madre hubiera abortado (7), porque parte de la base del deber que el facultativo tiene frente a los progenitores, asumido, por lo general, contractualmente, de realizar los adecuados diagnósticos y pruebas genéticas para que, advertidos de los posibles riesgos de taras o malformaciones del nuevo ser humano, puedan tomar una decisión informada —consentimiento informado— sobre si llevar, o no, a término el embarazo, por lo que los progenitores podrán reclamar al médico responsabilidad civil por los daños patrimoniales —gastos y cuidados necesarios para el mantenimiento del hijo nacido en estas circunstancias— y por lo no patrimoniales —dolor, sufrimiento, depresión, angustia—, es decir, por los daños morales.

No comparte esta tesis DE ÁNGEL YAGÜEZ (8), al afirmar que el nacimiento de una criatura nunca puede ser considerado como un daño, si bien advirtiendo que su afirmación no se basa en argumentos —tradicionales y convencionales— tales como la santidad de la vida, o el de la compensación de las cargas de un hijo incapaz con la grandeza de la paternidad, sino que sostiene —aunque sea tímidamente— que algún daño o quebranto económico sí se produce por el nacimiento del hijo enfermo, daño que debe ser objeto de resarcimiento, según él mismo reconoce, si bien esta conclusión contradice, en cierta medida, lo que había sostenido doctrinalmente con anterioridad.

En otras ocasiones se ha alegado que los progenitores sufren un daño moral por la sorpresa que supone conocer el estado enfermo del hijo que creían sano o, en otras palabras, por no haber podido prepararse psicológicamente, o económicamente —o ambas cosas a un tiempo— frente al nacimiento del niño discapacitado. Efectivamente, cuando los progenitores se enteran del verdadero estado de salud de su progeñie futura experimentan una

(7) PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

(8) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado», en *Revista Española de Seguros*, núm. 57, 1989.

serie de sentimientos de sorpresa, frustración, rechazo y malestar, incrementados por la conciencia de que el conocimiento de esta información en un momento anterior podría haberles permitido optar por no concebir o por interrumpir el embarazo. Estos sentimientos frustrantes se tratan de identificar con el daño moral.

La última vía a la que se ha acudido —tras intensa polémica y debate sobre el tema— para identificar un daño en las acciones de *wrongful birth* parte del impacto moral y económico que produce sobre los progenitores la condición discapacitada de su hijo. Es la teoría del daño moral y patrimonial *par ricochet*, o de rebote, derivado de la condición enferma del hijo. La propia enfermedad, o discapacidad, del hijo produce un daño en los padres, que vendrían a ser como las víctimas indirectas, ya que la víctima directa es el propio hijo. Nuestro Tribunal Supremo acogió, en cierta medida, esta teoría en su sentencia de 6 de junio de 1997, reconociendo, como daño moral el impacto psíquico de crear a un ser discapacitado que, previsiblemente nunca podrá valerse por sí mismo, y, como daño patrimonial, los gastos de cuidado y asistencia derivados del nacimiento.

DE ÁNGEL YAGÜEZ ha señalado que el daño se constituye por dos factores: daño moral de los padres por la diaria contemplación de un ser doliente, y daño patrimonial por la crianza, atención, educación y mantenimiento de una criatura no sana (9).

Esta teoría del daño en las acciones de *wrongful birth* es, desde mi punto de vista, muy acertada, porque enlaza el daño sufrido por el perjudicado —el hijo—, con el experimentado por sus progenitores, en cuanto a éstos se les va a considerar como perjudicados indirectos o mediatos. El hijo es el perjudicado directo o inmediato.

No obstante, hay que resaltar que no fue pacífica la doctrina en este extremo y por lo que respecta a esta teoría. Algunos autores han calificado de dudosa la obligación de reparación de los daños morales indirectos (10), si bien, en la actualidad, esta tesis es prácticamente unánime.

Por último, en relación con este tema, surge un problema que debe ser analizado: cabe plantearse si los parientes cercanos —del hijo discapacitado— pueden plantear una reclamación por un daño indirecto o reflejo. Ya en Francia, el país vecino, la Jurisprudencia exigía, en una primera aproximación, una relación jurídica, o interés legítimo, que uniese a la víctima inicial con la víctima refleja (11). Pero este criterio, que fue duramente criticado en las décadas de los años cincuenta y sesenta del siglo XX, ha quedado defi-

(9) *Idem*, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

(10) ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1966.

(11) CARBONNIER, J., *Droit Civil*, Tomo 4, Puf, París, 2000.

nitivamente abandonado a partir de la sentencia de la Cour de Cassation de 27 de febrero de 1970.

Por lo que respecta a España, hay que realizar algunas consideraciones previas.

Algunas limitaciones se encuentran, por ejemplo, en determinadas disposiciones legales, como en materia de indemnización por muerte de la víctima producida en la circulación de vehículos a motor.

Sin embargo, nuestra Jurisprudencia ha querido matizar este factor, estableciendo un orden lógico de afinidad con el causante, a fin de delimitar la indemnización a los parientes más próximos, lo cual ha sido criticado por cierto sector doctrinal y con bastante dureza (12).

En definitiva, se trata de determinar si los parientes cercanos del hijo, como, por ejemplo, los abuelos y los hermanos, pueden interponer la reclamación por *wrongful birth*. Lógicamente, para responder a esta problemática cuestión, habrá que determinar, previamente, si estas personas, estos parientes, han sufrido, en realidad, un daño en su esfera personal o patrimonial debido a la situación en la que el niño se encuentra. Se trata de un tema probatorio, al igual que sucedía con los progenitores.

La reclamación del daño de rebote de uno, o de ambos progenitores, goza a su favor de la presunción *iuris tantum*, a partir de la cual queda acreditado el dolor, el sufrimiento experimentado ante la situación de discapacidad y/o enfermedad del hijo. Pero esta presunción quedará desvirtuada en la medida en que se demuestre que no se produce repercusión sobre la esfera anímica del progenitor. Pensemos en el supuesto en que el padre no ostente la guarda y custodia del hijo discapacitado, algo, por otra parte, muy frecuente en nuestro país en la actualidad, pues suele ser la madre —salvo excepciones— la persona que ostenta dicha guarda y custodia sobre los hijos menores de edad.

El daño de rebote no va a surgir, por tanto, del hecho del parentesco, sino de la incidencia que tenga la enfermedad y/o discapacidad del hijo sobre el pariente afectado. Por eso, la prueba del daño moral de rebote será bastante difícil, bastante complicada, al no poderse aplicar, en todos los casos, la presunción derivada de la convivencia y del parentesco. La sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2002, no llegó a resolver la cuestión de la reclamación de los hermanos, al ser desestimada la pretensión en apelación y no ser recurrida en casación.

Habría que plantear qué sucede cuando los progenitores del niño discapacitado mueren prematuramente y son los abuelos, por ejemplo, los que quedan al cargo del nieto, o, en el supuesto de haber fallecido los abuelos, queda a cargo de sus tíos carnales. ¿Cabría la indemnización por daños patrimoniales y

(12) GÓMEZ CALLE, E., «Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 1998», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1998 (marginal 1310).

por daños morales? Hay que resaltar que nuestra Jurisprudencia aún no ha incidido en este tema, que, sin duda, es apasionante en el marco del Derecho de Familia. En cualquier caso, planteado este último supuesto, ya no cabría hablar de un daño de rebote para los abuelos, o para los tíos carnales, sino de un daño directo, al asumir la custodia del niño. Sí, en cambio, habría que diferenciar entre la indemnización propiamente dicha, de un lado, y los alimentos, por otro.

EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*

En estas acciones —problemáticas—, se plantea una reclamación de responsabilidad por el mismo hecho del nacimiento. Es decir, en una primera aproximación al tema, observamos cómo el daño reclamado —o el perjuicio sufrido— es la propia vida, tal como su denominación de *wrongful life* implica.

No se reclama, por consiguiente, por el hecho de no haber nacido sano, sino precisamente por haber nacido. Es como una comparación entre dos opciones o alternativas: la vida, de un lado, y, del otro, la no existencia, la no vida, el no ser. Cabe preguntarse, en este sentido, si la vida puede ser considerada como un daño. Pero, ante los argumentos en contra a este respecto —argumentos que serán analizados más adelante—, cabe realizar la teoría de la separación, es decir, intentar alejar, lo más posible, el daño reclamado del concepto de la vida, algo similar a lo que se hace en las acciones, ya vistas, de *wrongful birth*.

Lo más acertado, desde mi punto de vista, es identificar el daño no en función de la vida —la vida del niño enfermo en cuanto perjuicio—, sino identificar el daño en los defectos, taras o enfermedades del niño. Se trataría, en definitiva, de equiparar daño con vida enferma. Es un daño, por tanto, semejante al que se reclama en los supuestos de lesiones prenatales. Es el mismo hecho de la lesión, el daño corporal, el que se reclama.

Pero, para sostener que el daño es la enfermedad o defecto que el niño sufre, hay que partir de la consideración de daño objetivo en sí mismo, haciendo constatar que es peor vivir con defectos, o taras, que no vivir.

Esta tesis tiene el inconveniente de que parte del concepto de «no vivir», de la «no existencia», algo que el niño no puede percibir, por la elemental razón de que nadie puede, en realidad, percibir su no existencia.

Actualmente, las acciones por *wrongful life*, por lo general, se desestiman por una gran mayoría de los Tribunales estadounidenses, al considerar que no ha existido un daño indemnizable. En similar sentido se han pronunciado una serie de leyes estatales que se han dictado en relación con este controvertido tema.

Los argumentos con los que se ha justificado la negativa pueden ser de dos clases: lógicos, de un lado, y, de otro, de políticas públicas.

A juicio de Íñigo DE LA MAZA GAZMURRI (13), el argumento lógico se relaciona con la paradoja de la inexistencia y descansa sobre la siguiente asunción: es imposible comparar la situación de una persona que vive con severas limitaciones con aquélla en que se encontraría si no hubiera llegado a existir, por lo que no resulta posible mensurar los daños indemnizables.

En cuanto al argumento de políticas públicas, está relacionado con la santidad de la vida: si se afirma que la vida es siempre preferible a la falta de vida, no se puede alegar como un daño el hecho de estar vivo.

A mi juicio, este argumento esconde, en realidad, un engaño, una falacia: se establecen dos términos comparativos: la vida y la falta de vida, o sea, la no existencia. Ya hemos dicho que nadie ha experimentado, ni puede experimentar, su propia no existencia, su no vida, porque esto es algo que no se puede percibir, al menos con los sentidos. Entonces, ¿cómo establecer la comparación entre la vida y la no vida? ¿Cómo se puede afirmar que la vida sea mejor que la no vida? Decae claramente uno de los términos comparativos, al no poder ser percibido. Por lo tanto, el argumento, como consecuencia lógica, ha de decaer también.

El argumento de políticas públicas está referido al decaimiento de los costos de ejercer la profesión médica, pues disminuirían las indemnizaciones que los facultativos se ven obligados a pagar, aligerando los seguros que los médicos deben suscribir y cuyos costos traspasan a precios que son, finalmente, soportados por los pacientes.

Otro argumento, diferente al anteriormente expuesto, pero, en parte, con él relacionado, está referido a que la denegación de estas acciones constituye una barrera en contra de prácticas eugenésicas, contribuyendo a reforzar un cierto modelo de incapacidad que estigmatiza a las personas que las sufren, según STOLKER (14).

Un tercer argumento está basado en el temor de que, de aceptar este tipo de acciones de *wrongful life*, los progenitores se vean demandados por su hijo, en la medida en que la madre, pudiendo abortar —si fue oportunamente informada—, no lo hizo, dando a luz a un niño con graves anomalías.

Por lo general, las acciones de *wrongful life* son rechazadas, tanto a nivel estadounidense como europeo. Sin embargo, el problema es, en realidad, que el niño existe, y sufre con su existencia, y ello ha sido debido a la negligencia de otras personas que son las responsables y no se ve —al menos, yo no lo veo— por qué dichas personas no van a responder civilmente, en aras de otros argumentos, como la santidad de la vida, que no son relevantes a la hora de la determinación y delimitación de la responsabilidad.

(13) DE LA MAZA GAZMURRI, Íñigo, «Plegarias atendidas: procreación asistida y *wrongful life actions*», en *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson Aranzadi, 2006.

(14) STOLKER, C., «Wrongful life: the limits of liability and beyond», en *International Comparative Law Quarterly*, vol. 43, julio, 1994.

Examinemos detenidamente los argumentos en contra de las acciones de *wrongful life*, al objeto de poder, más tarde, exponer una teoría.

EL RECHAZO A LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*

a) *La vida como beneficio y no como daño*

La procreación es entendida como un valor social, e incluso ostenta un carácter de bendición o acontecimiento feliz. Estos principios se encuentran tras la mayoría de los argumentos que rechazan las acciones de *wrongful life*. Y, junto a estos argumentos, no se puede soslayar que el Derecho Positivo reconoce, de forma expresa, el bien —derecho— vida, otorgándole protección jurídica, lo que parece, en principio, apoyar la tesis de que la vida no puede ser considerada como un daño, sino como un beneficio. El artículo 15 de nuestra Constitución reconoce que la vida es un derecho fundamental de la persona, cuya protección se articula principalmente a través del ámbito penal —arts. 138 a 146 del Código Punitivo—. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 11 de abril de 1985, declaró que la vida era un valor superior del Ordenamiento Jurídico constitucional, un valor fundamental, o un valor central, criterios éstos que, sin embargo, fueron criticados, en su día, por TOMÁS Y VALIENTE, al puntualizar que los valores que la Constitución señalaba como superiores eran tan sólo los recogidos en el artículo 1.1 de la misma.

Estoy de acuerdo con TOMÁS Y VALIENTE, aunque quizá se podría matizar aún más: así, ¿cómo puede calificarse la vida de «bien supremo» si en nuestro país se admite el aborto en determinados plazos y condiciones?

Incluso se puede avanzar un paso más: desde el año 1978, los anticonceptivos están permitidos y su finalidad no es otra que impedir la concepción, o sea, evitar que surja la vida en el seno materno. En consecuencia, no puede hablarse del bien, o derecho a la vida como supremo, porque ese bien, ese derecho, es evitado en determinadas condiciones o situaciones. Luego, no es un bien absoluto.

Estimo que la vida no puede ser protegida contra la voluntad de su titular, especialmente cuando esa vida significa padecer un sufrimiento continuo y extremadamente severo. Razones de humanidad y solidaridad me mueven a sostener esta teoría.

b) *La contradicción de la idea de la vida como daño con los valores del Ordenamiento Jurídico*

La caracterización de la vida como daño, aunque es difícil, es posible, y ello aunque contradiga valores que están fuertemente arraigados en nuestra sociedad.

Desde mi punto de vista, hay que criticar el valor vida como valor absoluto. El reconocimiento del valor vida ha de depender, en buena medida, de valoraciones que nunca han de ser olvidadas o postergadas en pro de otras consideraciones, o en aras de una absolutización de la vida como derecho. Baste decir que los derechos tienen también sus límites. Pensemos en el derecho a la libertad de expresión (o de información). Es un derecho, pero tiene sus limitaciones, las cuales están más o menos definidas por la Jurisprudencia. Nadie podría pensar que la libertad de expresión sea un derecho absoluto. La vida tampoco lo es. Lo que sucede es que es más complejo establecer unos límites, unas matizaciones que sean válidas para todos y en todo momento.

c) *La teoría de la diferencia*

Según esta teoría, la noción de daño se extrae de una comparación entre el estado hipotético en que se encontraría la víctima, de no haberse producido el evento generador del daño, y el estado actual, constituyendo el daño la diferencia. Esta tesis fue elaborada por MOMMSEN y citada por PANTALEÓN PRIETO (15).

En realidad, la dificultad de definir el daño, y traducirlo a términos económicos, se configura como el principal rechazo de las acciones de *wrongful life*, porque uno de los términos de la comparación, que es la no existencia, la no vida, no es cuantificable, ni es cognoscible, por lo que no puede emplearse como parámetro de valoración. Como ya expresé anteriormente, la no existencia no puede ser percibida, como tal, por los sentidos, con lo que la lógica consecuencia es que decae uno de los términos de la comparación. Sin embargo, ello puede ser soslayado si se admitiera que los términos de la comparación fueran los siguientes: la vida, de un lado —vida entendida como beneficio, como bien y como derecho fundamental de la persona—, y, del otro, la vida con anomalías, taras graves o enfermedades físicas y/o psíquicas penosas. En este supuesto habría que considerar que una vida en estas condiciones ya no es un beneficio. En igual sentido, cabría referirse a los daños morales del hijo nacido con estas deficiencias, y no centrar tanto la atención, ni la disputa doctrinal, en relación con los daños patrimoniales. Pensemos que los daños morales no son evaluables económicamente, pero sí pueden ser relativamente compensados. El problema, en realidad, se plantea desde el punto de vista de que hay que establecer una valoración respecto de la vida humana, pero ésta tiene un indudable valor económico en sí misma —pensemos en las indemnizaciones que se otorgan, en el marco de la responsabilidad civil, por muerte

(15) PANTALEÓN PRIETO, *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, tesis inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1981.

de la víctima—, y puede, y debe, ser indemnizada como daño moral. En este sentido, se calcularían los daños que conlleva vivir con defectos, con anomalías y/o taras, y vivir normalmente, sin esos defectos. A partir de esa comparación, se puede valorar el daño, o asignarle una cuantificación.

La Jurisprudencia española no se ha opuesto abiertamente, pero tampoco ha corroborado la inclusión de estos daños dentro del marco del concepto de daño moral. Pero, como ha puesto de relieve Andrea MACÍA MORILLO (16), la posición del Tribunal Supremo, en relación con este tema, será, con toda probabilidad, contraria a la existencia de un daño moral por el sufrimiento derivado del hecho de vivir, pero ese rechazo no se produciría a partir de la negación de que este daño reclamado pudiera entrar en el concepto de daño moral, que el propio Tribunal Supremo afirma de una manera amplia, sino más bien por el obstáculo que supone el origen del cual surge este daño, que es el hecho de la vida. Con ello, ciertamente se excluye el daño, más no por una objeción al daño en sí, sino por otorgarle mayor importancia al origen del daño que al daño mismo.

Sin embargo, como afirma esta autora citada, el niño discapacitado no reclama realmente por vivir, sino por vivir en unas determinadas condiciones que son especialmente penosas para él. Por tanto, el daño no es la vida, sino el hecho de vivir en las condiciones en que se encuentra. El origen del dolor por el que reclama se encuentra en las malformaciones, defectos, taras o enfermedades a las que se ve sometido, y que son incurables hoy en día. Lo que el niño no desea, o rechaza, por decirlo de un modo más fuerte, es la vida en esas dolorosas condiciones, una vida que le ha correspondido vivir como enfermo y discapacitado. En este punto es, por tanto, donde se plantea la cuestión de que la inexistencia sería mejor que la existencia. Pero sólo en esas condiciones, y no, desde luego, en otras. El propio conocimiento del niño sobre su enfermedad, el saberse diferente a los otros, es obvio que ha de dejar una profunda huella en su patrimonial psíquico, espiritual. Aquí cabría enumerar conceptos tales como pérdida de las alegrías de la vida, daño a la vida de relación, pérdida de la juventud o perjuicio juvenil (17), daño estético —si la discapacidad conlleva deformidades visibles y permanentes—, etc. Yo añadiría, asimismo, a este enunciado meramente ejemplificativo —y no exhaustivo—, el dolor y el sufrimiento que lleva aparejado la pérdida de la calidad de vida o, en términos más precisos, la ausencia de calidad de vida, ya que dicha pérdida no ha tenido nunca lugar, pues el niño viene al mundo ya con la discapacidad.

(16) MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos pre-conceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

(17) VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.

EL DAÑO AL MARGEN DE LA VIDA DEL NIÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*

Es interesante destacar cómo la doctrina ha intentado depurar los obstáculos y dificultades que planteaban las acciones de *wrongful life* y, en concreto, el tema, problemático, relativo al daño, entendiendo que éste se produce con independencia, o al margen, de la vida del niño discapacitado.

Hay que tener en cuenta que en las acciones de *wrongful life*, el presupuesto de las mismas —también en las de *wrongful birth*— es que el niño nace aquejado de un defecto, anomalía o tara grave e incurable. En este sentido, lo que se reclama es la reparación de ese daño que supone nacer en estas condiciones, en cuanto presupuesto de la responsabilidad del profesional sanitario que omitió la debida información sobre el estado de salud del niño, o al que le es imputable el falso negativo.

El daño corporal puede ser definido como aquella lesión que afecta a la integridad física y psíquica de la persona, disminuyendo el bien salud.

Tengamos en cuenta, a este respecto, que la salud es, asimismo, un derecho, *ex* artículo 43 de nuestra Constitución.

Esta tesis parte de que la vida, por sí sola, no puede ser considerada como un daño, pero sí se puede admitir que se configure como daño en determinadas situaciones especiales, situaciones particularmente difíciles.

Desde este punto de vista, a la hora de configurar el daño, se puede entender que éste lo constituye la privación a la madre gestante de la facultad de abortar. Pero más interesante aún es la tesis que mantiene que el daño se produce por lesión del «derecho a no nacer». Aquí, se parte de la idea —no exenta de polémica— de que todo ser humano tiene un derecho a no nacer, derecho que surgiría en aquellas situaciones en las que el futuro ser sufriera de defectos o de enfermedades que fueran a convertir su vida futura en insoportable. La actuación —negligente— del profesional sanitario impide a los progenitores optar por la interrupción del embarazo, lesionando directamente los derechos del niño, y esta lesión, así entendida, ha de ser indemnizada.

Esta tesis contradice, sin embargo, el reconocimiento constitucional del bien «vida» y la protección dispensada a los *nascituri*. A este respecto hay que recordar la previsión contenida en el artículo 29 del Código Civil, cuando afirma que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, surgiendo la duda en torno al concepto de «efecto favorable», aplicado a un derecho que consiste precisamente en no nacer. Pero el pretendido «derecho a no nacer» se encuentra en oposición con la proclamación del artículo 15 de la Constitución —derecho a la vida—, que, según el Tribunal Constitucional, y parte de la doctrina, no implica también el derecho a la propia muerte.

Pero la negación del derecho a la propia muerte arrastra consigo una negación de un derecho a no nacer. Sin embargo, para evitar las connotaciones negativas que el propio enunciado contiene, como negación de la vida, se ha tratado también de enunciarlo en positivo, como derecho a nacer sano, pretendiendo, de este modo, el encaje dentro del artículo 15 de la Constitución, aunque, desde luego, con ciertos matices eugenésicos: existe un derecho a la vida, pero sólo a la vida sana y en condiciones de salud. Pero la interrogante siguiente es: ¿protege el artículo 15 de la Constitución solamente el derecho a nacer sano o, en otras palabras, el derecho a una vida sana?

No parece que a esta interrogante pudiera responderse afirmativamente, porque el artículo 15 no distingue, sino que proclama la protección de la vida sin ningún tipo de condicionamiento o distinción entre distintos tipos de vida. El contenido exclusivo de dicho precepto constitucional no está constituido por el derecho a una vida sana, ya que lo contrario supondría una relativización y jerarquización de distintos tipos de vidas que no se admite en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Una de las teorías que también pueden ser analizadas, a la hora de plantearse la posibilidad de aplicar la teoría de la pérdida de oportunidades —*perte de la chance*— al supuesto de las acciones de *wrongful life*, es que se priva al niño de vivir una vida sana. Efectivamente, de no haber concurrido el comportamiento —negligente— del profesional sanitario, la producción, o no, del nacimiento habría dependido de la voluntad de la madre gestante, o de ambos progenitores, al adoptar una decisión sobre el aborto. Pero, lógicamente, esta decisión es completamente ajena a la voluntad del niño en cuyo nombre se reclama y, aunque no dependa del azar, sino de la voluntad de un sujeto, es indeterminada respecto del niño, por lo que, a juicio de MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ (18), sí ha de considerarse como verdadera oportunidad.

LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL NIÑO PARA RECLAMAR POR CUALQUIER DAÑO: PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Uno de los problemas más arduos en este tema tan complejo y delicado, se centra en el hecho de que, en cualquier caso, el niño no ostenta legitimación activa para reclamar por ningún daño cuyo origen se encuentre en un evento anterior al nacimiento. Pensemos que, en el momento en que se produce la negligencia del profesional sanitario, el demandante carecía de personalidad, por lo que no es posible, jurídicamente, que pueda reclamar por el daño que deriva del falso negativo. Es decir: el niño no pudo experimentar daño alguno como consecuencia de la actuación negligente, o del evento

(18) MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ, «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», en *www.indret.com*, 03/2001.

imputable al profesional. De otro lado, el niño tampoco era titular de ningún derecho que pudiera verse lesionado por el diagnóstico erróneo.

En la doctrina española, en concreto, PANTALEÓN PRIETO ha criticado esta teoría (19), calificando el argumento de puramente conceptual y únicamente si se parte de que el daño requiere, como presupuesto, la lesión de un derecho subjetivo, se puede afirmar que, en estos casos, no hay daño o damnificado. Si la actuación del sujeto provoca materialmente un daño en el no nacido, o lesiona sus intereses protegidos, surgirá la responsabilidad. A juicio de PANTALEÓN PRIETO son, sin duda, daños las consecuencias negativas, patrimoniales y no patrimoniales, que van a derivarse para el niño de las taras con que nació por culpa del profesional sanitario. Las consecuencias se producirán cuando quien las sufre, o sufrirá, tiene ya personalidad jurídica y puede ser titular de pretensiones indemnizatorias.

La actuación del profesional sanitario en el momento en el que el niño aún no ha nacido sienta las bases para un daño que se manifestaría, en realidad, una vez nacido éste. Es decir: es el nacimiento el presupuesto de la acción de *wrongful life*, sin perjuicio de que el daño se manifieste posteriormente.

LA PROBLEMÁTICA DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*

Por lo general, al rechazarse el concepto de daño por el hecho de vivir, la doctrina ni siquiera llega a plantearse las posibles consecuencias económicas que surgen para el niño discapacitado, derivadas, precisamente, de la discapacidad con la que nació.

De todas formas, cuando el niño discapacitado reclama un daño patrimonial por el hecho de la vida discapacitada —que se ve «obligado» a vivir—, en cierto modo, se produce una separación respecto del daño por la propia vida, porque, en este supuesto, no alega que sería mejor no haber nacido —algo que genera tantos y tan arduos problemas jurídicos— que vivir discapacitado, sino que su alegación se limita a constatar que el hecho de padecer una grave enfermedad o anomalía, una tara o un defecto, le genera unos gastos cuantiosos, por los que solicita una indemnización al profesional sanitario al cual, subjetivamente, le es imputable el falso negativo.

En este supuesto, el daño ya no va a consistir en la propia vida, sino en el gasto patrimonial derivado de la condición enferma del niño.

Como puede observarse, en este supuesto, se dejan de lado los problemas que suscitaba la alegación de daños morales, obviando, con ello, gran parte

(19) PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

de las dificultades que, desde el punto de vista jurídico, se presentaban, y se hace referencia, con carácter exclusivo, al daño patrimonial.

No obstante, tampoco está exento de problemas este supuesto, ya que la doctrina se ha mostrado en contra de la duplicidad de indemnizaciones, en cuanto que los progenitores recibirían una indemnización, de un lado, y el niño, de otro, otra indemnización. ¿Cómo compatibilizar dos indemnizaciones por un solo daño?

En la doctrina extranjera, GALLAGHER afirmaba que, cuando se concede a los progenitores la indemnización por los gastos especiales que el niño discapacitado requiere, no se ha de permitir la indemnización por tales gastos al niño (20). Este criterio es seguido por otros autores extranjeros (21).

Pero, frente a este tesis, FABRE-MAGNAN estimó que no se produce en realidad, duplicidad entre ambos daños, porque al niño se le deben indemnizar las consecuencias de su discapacidad, y a la madre, por su parte, el daño correspondiente al gasto de educación más elevado (22), criterio éste de separación un tanto forzado y que no convence a la doctrina española de forma unánime (23). Para Andrea MACÍA MORILLO, efectivamente, hay que considerar que son los progenitores los que asumen los gastos —de acuerdo con el art. 154 del Código Civil—, con lo que ya no serían daños patrimoniales para el niño, o bien se considera que son asumidos por el propio patrimonio del niño y, que, por tanto, no son daños que hayan de ser indemnizados a los progenitores. Esta autora no ve duplicidad en ninguna de las dos hipótesis contempladas, ya que el daño sólo se va a concretar en el patrimonio de uno, u otro, damnificado. Y, si, por cualquier motivo, los gastos fueran compartidos, cada parte podría reclamar la cuantía de los gastos que efectivamente quedaren a su cargo.

Lógicamente, la reclamación de un daño patrimonial por parte del niño discapacitado requiere que éste experimente un detrimento patrimonial como consecuencia de su condición enferma. Pero, si tenemos en cuenta la existencia de un deber de alimentos a cargo de los progenitores respecto del niño, conforme al cual éstos han de proveer a sus necesidades, parece que el detrimento patrimonial no se produciría sobre el patrimonio del niño, sino sobre el de los padres, y, como lógica consecuencia, serían los progenitores los que deberían ser indemnizados por daño patrimonial.

(20) GALLAGHER, K., «Wrongful life: should the action be allowed?», en *L.A.L. Review*, 1987.

(21) DEWITT ROGERS, «*Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing*», en *S.C.L. Review*, 1982.

(22) FABRE-MAGNAN, M., «Error de diagnóstico y minusvalía psíquica del hijo: ¿cómo respetar el principio de la dignidad de la persona?» (traducción de Marzal), en *Minusválidos psíquicos y derechos del hombre*, Editorial Bosch, Barcelona, 2003.

(23) MACÍA MORILLO, Andrea, «Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2004.

Sin embargo, aunque en teoría esta tesis es bastante razonable, tiene también sus puntos débiles. ¿Qué sucede, por ejemplo, cuando el niño discapacitado es huérfano, y tampoco tiene parientes —abuelos— que deban prestarle alimentos, *ex* artículo 143 del Código Civil? En este supuesto, será, evidentemente, el patrimonio del niño el que hará frente a tales gastos, siempre, naturalmente, que exista dicho patrimonio. En este supuesto, el daño patrimonial es del niño, porque es su propio patrimonio el que afronta esos gastos.

¿Qué sucede cuando el niño posee su propio patrimonio, pero viven sus progenitores y, conforme a la regulación legal, tienen un deber de alimentos?

La primera respuesta que puede ofrecerse a esta interrogante conlleva considerar que la obligación del artículo 154 del Código Civil —citado anteriormente— impone el que los progenitores se hagan cargo de todos los gastos del niño discapacitado, al menos hasta que éste cumpla la mayoría de edad. Hasta esta edad —dieciocho años—, el daño patrimonial corre a cargo de los progenitores, que deberán ser indemnizados, aunque con arreglo a los criterios propios de las acciones de *wrongful birth* —nacimiento inapropiado o nacimiento erróneo—, acciones que no son objeto de estudio en este trabajo.

La segunda respuesta supone elaborar una interpretación acerca de la obligación de los progenitores frente al hijo menor de edad, pero en el sentido de una obligación de alimentos que se hace depender de la necesidad del alimentista. En este sentido, los progenitores no sufragarían, con su patrimonio, tales gastos, sino que, con arreglo a los preceptos ya citados del Código Civil, administrarían el patrimonio del niño, cuando ese patrimonio existiera, y a través de lo dispuesto en la Ley 41/2003.

Esta segunda opción, a mi juicio, es la más acertada, si bien su acogida no es unánime en la doctrina española. Algunos autores, como UREÑA MARTÍNEZ (24) sostienen que la indemnización del hijo no puede quedar a la libre disposición de los progenitores, sino que tan sólo la pueden administrar.

LA NO ABSOLUTIZACIÓN DEL BIEN VIDA

El derecho a la vida, no cabe duda, es uno de los más preciados que existen en nuestro Ordenamiento Jurídico. El artículo 15 de nuestra Constitución proclama que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...».

Puede ser calificada la vida como el bien supremo de nuestro Ordenamiento Jurídico. Es el derecho esencial entre los esenciales. Es innato, en cuanto pertenece a la persona por el mero hecho de nacer y, como consecuen-

(24) UREÑA MARTÍNEZ, M., «Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1997», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1997.

cia, por el hecho de adquirir personalidad tras el nacimiento. Es un bien básico, fundamento y asiento de todos los demás. Tengamos en cuenta que la vida no posee sólo un valor individual, sino familiar y social, como algunos autores han puesto de relieve (25). Díez-PICAZO expresaba que el Ordenamiento Jurídico debería negar a la persona el poder de quitarse la vida (26), basándose en que nadie tiene un poder sobre su propia vida total y absoluto, que, en su formulación consiguiente, legitimaría el suicidio. Sobre esta teoría, debo resaltar que discrepo, ya que toda persona posee un bien, un derecho, no superior al de la propia vida, pero, sin duda alguna, equiparable, cual es el derecho a la libertad, entendido éste como un derecho a decidir sobre la propia existencia y ello por encima de cualesquiera consideraciones éticas y morales.

Sin embargo, y pese al valor supremo que se le suele otorgar a la vida en los distintos Ordenamientos Jurídicos, hay que admitir —y es forzoso hacerlo— que la regulación de este bien —derecho— puede encontrar excepciones en determinados casos puntuales en que los intereses en conflicto aconsejan su relativización. Ya GÓMEZ PAVÓN señalaba que el derecho a la vida, al igual que otros derechos, tiene sus límites (27). Veamos cuáles son estos límites, aunque sea brevemente:

- La pena de muerte en determinados países: en algunos Estados de Norteamérica aún subsiste la pena de muerte y no por ello cabe hablar de una menor valoración del bien vida, si nos basamos, meramente, en el hecho de que, en ciertos supuestos, se admita poner fin a la vida de una persona.
- En nuestro Ordenamiento Jurídico y, en concreto, en el Código Penal, a través de la eximente de legítima defensa, o del estado de necesidad, pueden quedar impunes determinadas conductas que atentan contra el derecho a la vida de una persona, siempre, lógicamente, bajo determinadas circunstancias, tal como se infiere directamente del artículo 20.4.º y 20.5.º del Código Penal.
- La despenalización, parcial, del aborto, en nuestro país, allá por el año 1985, es una buena muestra de cómo el bien vida se relativiza, siempre que se den, como presupuesto previo, una concurrencia de intereses, otorgándose un mayor valor —de ello no cabe duda alguna hoy en día— a otros derechos y/o bienes igualmente fundamentales para la persona, como lo son la integridad física y/o psíquica, la salud

(25) ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La medicina ante los derechos del paciente*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2002.

(26) Díez-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

(27) GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

o el libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante frente al hijo que aún no ha nacido. Todo ello sujeto, por supuesto, a unos plazos determinados, fuera de los cuales no cabe ni tan siquiera, hasta el día de hoy, plantearse este conflicto de intereses.

- Otro supuesto que claramente se enfrenta con el derecho y el bien vida como valor supremo de nuestro Ordenamiento Jurídico lo encontramos en el hecho del suicidio. En nuestro país, la despenalización del suicidio —y, por tanto, del suicida— muestra cómo este derecho se protege tan sólo frente al ataque de otras personas, pero no, desde luego, frente a ataques propios. No existe, sin embargo, un derecho a la muerte, pero sí cabe justificar una cierta disponibilidad sobre la propia vida; este argumento ha sido empleado por los autores que han analizado detenidamente las acciones de *wrongful life*.
- En Norteamérica, a propósito de este tema, se ha añadido, como ejemplo, el análisis jurídico y social de las decisiones relativas a los tratamientos prolongadores de la vida —eutanasia pasiva—. Se le otorga, en estos supuestos, un valor, incuestionable hoy en día, a la voluntad del paciente de no prolongar su vida, por lo que, con toda evidencia, se observa que el bien vida, en estos casos, está relativizado en función de determinadas circunstancias y bajo ciertas consideraciones, cediendo ese derecho en pro de la humanidad y solidaridad con las dolencias y padecimientos físicos y/o psíquicos que hacen insoportable la existencia del paciente. Como ha expresado Andrea MACÍA MORILLO (28), un tratamiento coherente de las acciones de *wrongful life* debería permitir demostrar, en el caso concreto, lo insoportable de la existencia, que llega incluso a hacer preferible la inexistencia. A mi juicio, el obstáculo a esta teoría es que los términos de la comparación no están adecuadamente planteados. No se puede establecer una comparación entre la existencia —la vida—, con algo que se desconoce totalmente, la inexistencia, la no vida. Si no conocemos, porque no la podemos percibir, la inexistencia, ¿cómo establecer la comparación? Lo adecuado sería no comparar. De este modo, se desvanecerían algunos de los obstáculos que se han opuesto a esta tesis.

La doctrina anglosajona ha aventurado la hipótesis de que la reclamación de un daño por el hecho de vivir no es contraria a la protección del bien vida que el Ordenamiento Jurídico contiene, porque tal protección se dirige a la preservación física o material de la vida, pero no a mantener un determinado concepto de la misma como absoluta. Así entendido, la relativización que, en

(28) MACÍA MORILLO, Andrea, «La responsabilidad médica...», *ob. cit.* en nota 16.

su caso, conlleva la identificación de la vida como daño se produce en torno a la idea o creencia de la vida como bien absoluto, pero no en torno a la protección del bien vida, por lo que no existiría una auténtica contradicción con los valores supremos del Ordenamiento Jurídico, al no incidir directamente sobre el contenido principal de estos valores. En este sentido, la identificación de la vida como daño resarcible no pone en peligro directo el bien vida, porque no se trata de acabar con la vida del niño, ni de negar tampoco su derecho a la vida.

Las acciones de *wrongful life*, en cualquier caso, pueden producir una cierta desvalorización del valor vida, si bien, en nuestro país, son muy pocas las demandas que se han planteado, hasta el momento actual, por esta causa. Simplemente, desde mi punto de vista, el bien vida va a ceder su posición suprema ante otros bienes o valores o, meramente, ante determinadas circunstancias. Se puede afirmar, en este sentido, que el bien vida no es inalterable. Y, en todo caso, lo que se relativiza es la idea de la vida como bien absoluto —o derecho supremo—.

EL DAÑO EN EL MARCO DE LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL O ASISTIDA

De cara al ámbito de la reproducción artificial —o reproducción asistida—, las acciones de *wrongful birth* plantean algunos problemas dignos de mención, sobre todo en lo que respecta, o se relaciona, con la libre decisión de procrear, o derecho a la procreación.

Más en concreto ya hay que resaltar que el problema puede surgir en relación a los preembriones ya fecundados. De la lectura de la Ley 35/1988 parece desprenderse un rechazo por la concepción de una descendencia enferma a través de estas técnicas, lo que impediría el ejercicio de los usuarios de su libre decisión en sentido positivo. El artículo 2.1.b) de la citada Ley alude a la limitación del uso de las técnicas a los casos en que haya posibilidades razonables de éxito y no suponga un grave riesgo para la salud de la mujer o la posible descendencia. También el artículo 5.6 está referido a los posibles donantes de material genético, complementado, a su vez, por el artículo 6.1 del Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, que excluye la donación por personas afectadas de enfermedades infecciosas transmisibles, hereditarias o genéticas.

El artículo 12.1 de la mencionada Ley 35/1988 se refiere, asimismo, a la posibilidad de desaconsejar la transferencia al útero materno de los preembriones, una vez constatada su afección a través del diagnóstico preimplan-

tatorio. Esta previsión fue declarada constitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio, y no ha sido modificada por la Ley 45/2003.

Sí prevé la Ley citada la calificación, como infracción grave, de la conducta del profesional sanitario que transfiera al útero material genético sin garantías biológicas o de viabilidad, todo ello en su artículo 20.B.i., si bien este precepto ha sido criticado y revisado por la doctrina y, en concreto, por Emaldi CIRÓN (29), expresando que esto sólo impide la transferencia al seno materno de los preembriones inviábiles, no de los que resultan viables, aunque anómalos, concluyendo esta autora en el sentido de que, de *lege ferenda*, tal transmisión debería prohibirse.

En consecuencia, parece evidente que se ofrece a los progenitores la oportunidad de decidir libremente si llevar a cabo, o no, la concepción, pese al defecto constatado, porque mantener lo contrario y prohibir una decisión positiva de los progenitores en tal caso sería, en cierta medida, equiparable a obligar a la práctica del aborto de los embriones o fetos que adoleciesen de defectos o enfermedades, lo que, no cabe duda, iría abiertamente en contra del artículo 10.1 de nuestra Constitución, tal como ha afirmado, con contundencia, Andrea MACÍA MORILLO (30).

Habría que preguntarse, por lo que respecta a este tema, qué grado de responsabilidad se le va a exigir al facultativo, en qué términos y hasta qué punto llega su responsabilidad y la exigencia de ésta por parte de los progenitores. ¿Es justo exigir al facultativo poner en conocimiento de los progenitores todas las incidencias posibles, sean graves o leves, sobre el *concepturus*? El defecto en la información ofrecida no siempre va a poder ser considerado suficiente como para entender que se les haya privado a los progenitores de su libertad de decisión.

En las acciones de responsabilidad por *wrongful conception*, en ocasiones, se afirma que existe un daño moral por la frustración o angustia que el comportamiento negligente del profesional sanitario ocasiona a los progenitores, bien por la preocupación suscitada por el embarazo, o bien por el deterioro de la relación matrimonial, ante las dudas sobre la paternidad del hijo, tal como reseñaron las sentencias de las Audiencias Provinciales de Badajoz, de 22 de abril de 1991, y de Baleares, de 21 de enero de 1997. En cambio, el daño moral fue rechazado por las sentencias del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1994 y de 5 de junio de 1998.

(29) EMALDI CIRÓN, A., «La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos», en *La Ley*, 2001, documento 142.

(30) MACÍA MORILLO, Andrea, *ob. cit.* en notas 16 y 28.

ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD

En primer lugar, hay que detenerse en la Jurisprudencia dictada en nuestro país con motivo de nacimiento de hijos con malformaciones o taras hereditarias o genéticas.

A este respecto, hay que citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1997, porque fue el primer fallo que se ocupó de esta compleja materia y que, indudablemente, sentó una doctrina en relación con tan polémica cuestión.

El supuesto de hecho se recondujo a lo siguiente: la gestante, ante una situación derivada de diagnóstico de alto nivel, tanto para la madre como para el feto, acudió al Hospital Clínico Universitario de Valencia, dependiente del Servicio Valenciano de Salud, en el que se le prescribieron unas determinadas pruebas médicas, entre las cuales se encontraba la amniocentesis. Dicha prueba, por una serie de causas, fracasó, conociéndose tal resultado el 7 de julio de 1989, sin que a la paciente le fuera notificado tal evento hasta el mes de septiembre siguiente, a pesar de que el 14 de julio la gestante demostró su interés en conocer el resultado, inquiriendo para este fin a la doctora que en ese momento tenía asignada, y que se encontraba sustituyendo al médico titular. Cuando la gestante conoció el resultado de las pruebas, ya no era posible proceder a interrumpir el embarazo de forma voluntaria, pues había transcurrido el plazo legal permitido.

Ante el nacimiento del hijo con síndrome de Down, la madre interpuso una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, que desestimó la misma, absolviendo a los demandados. Contra esta sentencia fue interpuesto recurso de apelación, que fue desestimado. Por fin, el recurso de casación correspondiente fue parcialmente estimado.

Me interesa destacar algunos de los Fundamentos de Derecho de esta sentencia, que parte de lo establecido, a su vez, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, que dejó abierta la posibilidad de una tutela no penal: se produce un daño o un perjuicio, como es el nacimiento de un ser humano con síndrome de Down (mongolismo), lo cual se hubiera podido evitar dada la predisposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros legales. Si la gestante hubiera tomado conocimiento, con suficiente antelación, del fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del límite del tiempo legalmente permitido, hubiera actuado en consecuencia y dentro del marco de amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo. Y, si ello no fue así, se debió a la actuación negligente de la doctora R. P. T., que no le comunicó a su debido tiempo el fracaso de las pruebas, fracaso que hubiera podido remediarse con la repetición de las mismas, o con otras pruebas de

similar garantía o fiabilidad, ya que aún existía plazo suficiente para interrumpir el embarazo.

La sentencia hace alusión a una conocida resolución dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo, el 6 de julio de 1995 (caso Odi-gitria AAE), en la que se tomó, como base argumentativa, la violación del principio de protección de la confianza legítima, que se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de reclamar la defensa de sus intereses.

También se hace eco la sentencia analizada de la figura conocida en el Derecho americano con el nombre de *wrongful life* —el niño nace con taras, pero la única alternativa posible era que no hubiera nacido, o sea, la opción única que quedaba era la de la no vida—. En este sentido, hay varios aspectos referidos al daño sufrido que pueden analizarse. La sentencia afirma que no estamos ante un daño de carácter patrimonial, pero difiere en este extremo, porque esos daños patrimoniales existen y no hay más que pensar en los cuidados y atenciones constantes que requiere un ser humano nacido con estas características. A mi juicio, hay daño patrimonial. Pero también hay, por supuesto, un daño moral evidente: el impacto psíquico —doloroso— que supone dar a luz a un ser discapacitado, que, previsiblemente, no podrá nunca valerse por sí mismo, requiriendo la atención y el cuidado permanente de diversas personas. Vemos cómo el daño patrimonial se engarza en el daño moral y éste en aquél, aunque ello no ha sido admitido por algún sector doctrinal (31), que afirma que no puede ser considerado un daño moral resarcible el hecho de que, como consecuencia de no haber podido abortar, ha dado a luz a un niño con taras, porque ello atentaría contra la dignidad de ese niño y de los deficientes mentales en general. Esta tesis es solidaria con respecto a los hijos nacidos en estas circunstancias, pero, a un tiempo, es incompleta, ya que el daño moral existe y ha sido probado, sin que ello suponga atentar contra la dignidad de este niño y de otros como él.

En cuanto a la responsabilidad de la doctora que atendió a la gestante, es evidente que existe, pero, como solamente pretendo referirme a los daños en el seno de la familia, no me detengo en esta consideración.

Es esta la primera sentencia, en nuestro país, que trató ampliamente el tema objeto de estudio, condenando directamente por el nacimiento de un ser humano con síndrome de Down, con ocasión de la actuación negligente del facultativo al no comunicar a la gestante a tiempo el fracaso de las pruebas realizadas.

La sentencia tiene de novedoso que, por primera vez en España, se acepta la posibilidad de que el nacimiento de un hijo con taras físicas y/o psíquicas graves pueda, por sí mismo, originar la reparación extracontractual de unos daños que han quedado probados.

Hay que matizar diciendo que las acciones de *wrongful life* se utilizan, con frecuencia, para referirse a las pretensiones resarcitorias del niño nacido

(31) Díez-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

con taras, mientras que se habla de *wrongful birth* para aludir a las pretensiones indemnizatorias de los progenitores, tanto en aquellos supuestos en los que el hijo nace con taras, como en los casos de esterilización fallida o aborto fallidos, que provocan el nacimiento de un hijo sano, pero, en principio, no deseado, tal como ha apuntado Vicente DOMINGO (32), así como los supuestos de daños corporales producidos al recién nacido y que pueden surgir por causas diversas. Es oportuno resaltar que el daño se puede producir en el momento de la concepción, si ésta se llevó a cabo mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida, o durante el embarazo, como consecuencia de una lesión corporal que la madre sufriera, o por no advertir a tiempo las anomalías del feto, o en el momento del parto y por culpa o negligencia del facultativo que atendió al mismo.

Magdalena UREÑA MARTÍNEZ se planteaba una cuestión interesante, al preguntarse si en nuestro Derecho se admitiría la pretensión indemnizatoria del hijo nacido con taras o, en su nombre, de sus representantes legales, lo cual constituiría jurídicamente una acción de *wrongful life*, contra el médico por los daños patrimoniales que no hayan sido cubiertos ya, en su caso, por la indemnización otorgada a la madre, así como por los daños morales que se deriven de las taras o anomalías con las que nació (33). Esta autora expresa que la línea jurisprudencial, en nuestro país, es contraria y reacia a admitir estas pretensiones indemnizatorias del hijo o de sus representantes legales contra el facultativo. Sin embargo, la sentencia, carismática, de la Audiencia Provincial de Granada, de 21 de junio de 1994, se mostró partidaria de condenar a los demandados (médico y Servicio Andaluz de Salud) a satisfacer a los progenitores una indemnización por *wrongful birth*, y al hijo menor otra indemnización en compensación del daño físico y moral producido a consecuencia de las secuelas irreversibles padecidas por el recién nacido por causa de un «disps umbilical», debido a la actuación culposa del médico. En el Fundamento Jurídico Primero se señaló que el daño era propio del menor y, por tanto, es a él a quien hay que resarcir, dada, además, la trascendencia de las lesiones, que le han dejado inválido de por vida, con presencia necesaria de otras personas para su asistencia y nunca podrá valerse por sí mismo.

Se ha valorado el daño moral que produjo a los progenitores el nacimiento del hijo con unas secuelas irreversibles, que se debieron a la actuación culposa del facultativo. Y, de otro lado, se valoró el daño corporal producido en la integridad psíquica del hijo, que quedó en situación prácticamente vegetativa.

Hay que resaltar que una de las peticiones de los progenitores fue que la suma concedida al menor se dejara a su libre control. La Audiencia Pro-

(32) VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.

(33) UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, *Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1997*, artículo citado en nota 24.

vincial, a este respecto, fue rotunda: «tratándose de una indemnización a favor del menor, como se ha argumentado, nunca se puede poner a la libre disposición de los padres; éstos, ahí está el artículo 154 del Código Civil y preceptos concordantes, y en cumplimiento de los deberes que la patria potestad les impone, entre ellos el de actuar siempre en beneficio e interés de los hijos, lo que deben y tienen que hacer es administrar los bienes del hijo para cuidarlo, alimentarlo, formarlo..., etc.; por eso, no pueden pretender extralimitar sus facultades y, por tanto, como ya se indica en la sentencia recurrida, la indemnización que se otorgue al hijo se ingresará a su nombre en una Entidad Bancaria, y los padres dispondrán de los intereses, que se destinarán a los cuidados y atenciones de aquél y, en defecto de los padres, llevará a cabo tal misión la persona que desempeñe las funciones tuitivas en atención del menor».

En la sentencia de 6 de junio de 1997 se constata que los representantes legales del menor no ejercitaron pretensión alguna resarcitoria a favor del mismo. Por este motivo, el Tribunal Supremo únicamente concedió a la madre la indemnización solicitada. El hecho de que la madre haya obtenido una indemnización por el nacimiento de su hijo, indemnización que pasaría a engrosar su patrimonio personal, no parece, a juicio de UREÑA (34), una solución plenamente satisfactoria, ya que podría ocurrir que en un futuro esta persona quedase desamparada, por ejemplo, en el supuesto de fallecimiento de sus padres, o, a lo sumo, al amparo de los fondos públicos. Por ello, esta autora considera, acertadamente, que habría sido más conveniente que la madre solicitara cumulativamente una indemnización como víctima indirecta del daño y, además, como representante legal de su hijo, víctima principal del daño. De este modo, la indemnización concedida al menor iría a formar parte de su patrimonio personal, perdiendo los padres la posibilidad de disposición sobre el mismo, facultándoles únicamente a administrar los bienes del hijo, *ex* artículo 154 del Código Civil, tal como declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada.

Una cuestión, problemática, es la referida a si el hijo podría ejercitar una pretensión indemnizatoria frente a sus padres por una posible imputación a los mismos de los daños con que nació el menor. En el supuesto objeto de análisis, no tendría gran sentido plantearlo, ya que quedó acreditado que la madre se sometió a una amniocentesis, con el solo fin de interrumpir voluntariamente el embarazo en el caso de que el niño naciera con taras.

Diferente es, como es lógico, el supuesto en que los progenitores, a sabiendas del riesgo de transmisión por su parte de una enfermedad infecciosa o hereditaria, conciben un hijo que viene al mundo con deficiencias o graves alteraciones.

(34) *Idem, ibídem.*

En el Derecho italiano, la sentencia del Tribunal de Piacenza, de 31 de julio de 1950, se mostró partidaria de otorgar una indemnización al hijo en caso de transmisión de enfermedad infecciosa (35).

En el marco de la reproducción artificial, entendía PANTALEÓN que el legislador debía, y podía, prohibir a quienes quieren ser padres el acceso a la realización de las técnicas de reproducción asistida, cuando exista un riesgo significativo de que los futuros hijos nazcan con taras físicas y/o psíquicas.

Pero, en el marco de la reproducción natural, cabe plantearse qué sucede en nuestro Ordenamiento Jurídico. ¿Cabría indemnizar?

Veamos, a este respecto, otra sentencia del Tribunal Supremo, esta vez de 4 de febrero de 1999. El supuesto de hecho se recondujo a lo siguiente: en junio de 1991 nació una niña, hija de los actores, con múltiples anomalías congénitas. El seguimiento sanitario del embarazo fue llevado a cabo por la doctora demandada en el Hospital de la Seguridad Social de Béjar. Durante ese seguimiento se hicieron varias ecografías correspondientes al Nivel I, que es el adecuado para embarazos de bajo riesgo. En ningún momento se detectaron anomalías en el feto. Los progenitores de la niña reclamaron solidariamente a la doctora, al Insalud y al Ministerio de Sanidad y Consumo, por culpa extracontractual, una indemnización. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al Insalud al pago de una indemnización. La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca estimó el recurso de apelación del Insalud, absolviendo a la doctora y al Insalud.

Es importante señalar que los padres habían vivido cerca de la Central Nuclear de Almaraz, al haber desempeñado el actor trabajos en empresas de Naval Moral y Suacedilla, pueblos cercanos a Almaraz. El actor trabajaba en la Empresa Nacional de Uranio, S. A. Estos hechos no fueron mencionados por los actores en el curso del embarazo y, de haberse conocido, se hubieran adoptado las medidas necesarias y otro tipo de control, por el posible riesgo de incidencia en la pequeña de la radioactividad.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ha comentado esta sentencia (36), afirmando que llama la atención, habida cuenta de la reclamación efectuada, de la causa de esa reclamación y de los sentimientos de solidaridad que la misma promueve, la desestimación del recurso de casación y la consiguiente denegación de indemnización a los progenitores de esa niña que nació con profundas malformaciones. Pero no sólo llama esto la atención, sino la condena en costas, a juicio de este jurista, porque la condena en costas supone que los progenitores de esta niña tendrán que afrontar gastos complementarios de los correspondientes a sus propias costas, de una cierta entidad, debido a lo abultado de la indemnización solicitada.

(35) FERRANDO, G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999.

(36) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999 (marginal 1373).

Aparte de esta cuestión, hay que referirse a la aplicabilidad, al caso, de una responsabilidad objetiva derivada de los daños producidos por una hipotética prestación de servicios sanitarios defectuosa y con la naturaleza y características de ese daño.

La Sala rechazó la posibilidad de apreciar una responsabilidad objetiva del Insalud, haciendo suyo el argumento de la sentencia de instancia.

La Audiencia consideró que no cabía apreciar dicha responsabilidad objetiva, porque los progenitores demandantes se basaron únicamente en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil. En consecuencia, se renuncia a una aplicación de las normas que configuran objetivamente la responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como a una aplicación del artículo 28.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En este caso, en concreto, parece que no cabía atribuir responsabilidad por culpa a la doctora que se había ocupado del seguimiento del embarazo. La prueba pericial practicada puso de relieve que actuó con la diligencia debida, según las exigencias de la *lex artis ad hoc*. Pero, en realidad, lo importante es saber si la imprevisión sobre las malformaciones del feto entran dentro de los límites actuales de la praxis médica en nuestro país.

Lo que sí es evidente es que los progenitores no informaron al Centro Hospitalario que vivían cerca de una central nuclear, con los consiguientes riesgos que ello supone para la salud del feto. Por tanto, lo que sí se produjo fue un uso incorrecto del servicio sanitario en cuestión, como consecuencia de esa falta de información. Tengamos en cuenta que el médico está obligado a informar al paciente —y de esta obligación, sin duda, se ha escrito mucho—, pero también es cierto que el paciente está obligado a comunicar al médico toda la información posible y, desde luego, el hecho de tener su residencia en un lugar próximo a una central nuclear es un dato que, evidentemente, hay que suministrar al médico, al objeto de que éste tome las debidas precauciones y efectúe, en su caso, las pruebas correspondientes y oportunas.

Pero lo que más me interesa destacar de esta sentencia —por lo que al tema analizado se refiere—, es el relativo a pronunciarse sobre la existencia, o inexistencia, de un derecho al aborto, *ex* artículo 417 bis del Código Penal.

En nuestro país, parece evidente que un derecho al aborto no existía hasta la nueva ley de interrupción del embarazo de 2010, y todo lo más que cabía hablar es de una facultad de abortar o para abortar, con el fundamento de que todo aquello que no está prohibido por la Ley está permitido y queda comprendido dentro del ámbito de la libertad personal reconocida por nuestra Constitución, *ex* artículo 1.º y 17.1.º

Ello no quiere decir que la privación del ejercicio de esa facultad no constituya un daño indemnizable, si concurren los requisitos de responsabilidad subjetiva u objetiva exigibles. Nuestro sistema jurídico reconoce la existencia de daño, siempre y cuando el mismo tenga alguna entidad material

o psicológica —daño moral— en el bienestar de la persona, sin necesidad de que el mismo implique la lesión de un derecho específico de la víctima.

La niña nació con múltiples anomalías congénitas, consistentes, entre otras, en las siguientes: ausencia de antebrazo y mano izquierda; el brazo derecho con la mano y los dedos fusionados; el miembro inferior izquierdo presenta ausencia de la pierna y el pie; en el lado izquierdo y derecho sólo existe medio muslo; hioplasia lingual con anquiloglosia; imperforación anal.

La descripción de estas malformaciones es realmente dolorosa. El daño de los progenitores es evidente a todas luces, sobre todo el padecido por la madre, al esperar una hija normal y habérsela privado de la posibilidad de decidir en su momento si querían tener semejante hija o preferían renunciar a ella procediendo a realizar un aborto en el tiempo legalmente permitido entonces por nuestra legislación penal.

Hay que pensar en la cuantía —exorbitante, sin duda— de los gastos extraordinarios que el cuidado de la niña ha de producir, así como el inmenso sufrimiento y la amargura que la vida de la niña ha de causar, con carácter permanente, a sus progenitores. Se trata de una «pena viva».

Tal como ha expuesto, con agudeza, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (37), la procedencia de la indemnización no quiere decir que no existan dudas sobre la decisión que habrían adoptado los padres de la niña de haber conocido a tiempo su malformación. Es evidente que, por diversas razones, por ejemplo, las basadas en las creencias religiosas, podrían haber optado por seguir adelante con el embarazo y dar a luz a la niña. Pero lo relevante —éste es, a mi juicio, el factor principal— es que, en tal supuesto, habrían asumido consciente y libremente esa carga material y moral derivada del nacimiento de una hija en semejantes condiciones. Dicha carga moral y material se transforma en daño indemnizable cuando la misma se produce indebidamente de forma inesperada, sin haber podido decidir al respecto.

Es, por tanto, la imposibilidad o, por mejor decir, la no opción de decidir lo que constituye el daño que va a ser indemnizable.

El sufrimiento y la desolación lo padecen no sólo los progenitores, sino también, por supuesto, la niña nacida en estas lamentables condiciones. Por lo tanto, los progenitores y la niña deberían tener derecho a una indemnización. Lo que sucede es que las cosas no son tan sencillas en Derecho y hay que tener en cuenta unos factores: en primer lugar, si la niña está legitimada para solicitar indemnización. Si contestamos a esta interrogante que sí, que, efectivamente, lo está, entonces habría que concluir que la legitimación le viene porque ha nacido, porque está viva, y no ha habido oportunidad, u opción, de no nacer, la no vida. Es decir; se propone la concesión de una

(37) *Idem*, «Capítulo VIII, artículos 25-30 de la Ley General de Consumidores y Usuarios», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

indemnización por el hecho de haber dejado existir a la persona que reclama. Esto es muy fuerte, porque, de prosperar esta tesis, habría que pensar en aquellos progenitores que, aún conscientes de que el feto presenta malformaciones o taras genéticas, deciden continuar adelante con el embarazo y dar la vida a un hijo. En este supuesto, podrían ser demandados por el propio hijo, basándose en que sus progenitores le han dado la vida, una vida que era mejor no vivir. En otras palabras, el hijo les reclamaría los daños sufridos por haberle permitido nacer.

El Tribunal Supremo afirma, en esta sentencia objeto de estudio, que «los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener, de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento».

Algunos autores estiman que esto es absurdo: pensar que el daño lo constituye el nacimiento, la vida. Pero no lo es, desde mi punto de vista. Una vida debe merecer la pena ser vivida. El derecho a la salud, a la integridad física y/o psíquica, son derechos que, hoy en día, están reconocidos en la Constitución. Cuando una vida se convierte en un tormento, en un sufrimiento inagotable, ¿estamos, en realidad, hablando de una vida que merezca la pena ser vivida? ¿No es más cierto que defender por encima de toda otra consideración a la vida desemboca en actitudes absolutistas y de intolerancia? La vida es un derecho y es un bien, pero no a cualquier precio.

Un ser humano nacido con malformaciones para toda la vida va a necesitar de ayuda material y moral indiscutibles. Por lo tanto, los daños, materiales y morales serán cuantiosos y el sufrimiento, no sólo de ese ser humano, sino de los padres, incalculable.

La sentencia condenó al Insalud al pago de setenta y cinco millones de las antiguas pesetas por todos los conceptos, incluido el daño moral, precisando que «de ellos —se refiere a la cantidad económica otorgada—, los padres, como representantes legales, sólo podrán disponer libremente de veinticinco millones, quedando los cincuenta millones restantes depositados en una cuenta corriente o similar, con su rendimiento correspondiente hasta que la propia Alicia alcance su mayoría de edad y pueda disponer libremente de los mismos en su beneficio o interés, y salvo que los padres, justificándolo adecuadamente, y previa autorización judicial, a tal efecto, necesiten disponer de dicha cantidad, en la parte correspondiente, siempre en interés de su hija Alicia».

Veamos ahora otra sentencia dictada en nuestro país sobre tan controvertido tema. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2002, que entró a conocer de una pretensión de resarcimiento, presentada por la madre, que, habiendo quedado embarazada a una edad algo tardía —cuarenta años—, acudió al médico, planteándole el temor de que el feto pudiera presentar malformaciones o deficiencias. El facultativo desechó estos temores, asegurándole que «no debía preocuparse», y que todo iba «normal». El niño nació con síndrome de Down.

El Tribunal Supremo no estimó la pretensión resarcitoria de la madre, entendiendo que, en el caso litigioso, no concurría el nexo de causalidad entre el defecto de información del médico y el daño, cuya reparación se solicitaba. La sentencia argumentó afirmando que «aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante».

Este argumento es incorrecto, porque el daño cuya reparación se solicitaba en la demanda no era la malformación o deficiencia del hijo, sino el nacimiento de éste con síndrome de Down.

El Tribunal Supremo declaró que «el establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas».

«El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo».

«Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo».

Según José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (38), que ha estudiado esta sentencia, en este razonamiento del Alto Tribunal aparecen mezcladas dos cuestiones distintas: por un lado, el daño, cierto, que experimentó la madre al privársele de la facultad de abortar, y, de otro lado, el daño que, según los demandantes, sufrió aquélla, por haber dado a luz a un niño deficiente.

En el proceso, no se logró demostrar que la madre hubiera abortado, en el caso de que hubiera sabido que el hijo nacería con el síndrome de Down. Y, en este sentido, es verdad que no se pudo probar la existencia de un nexo de causalidad entre el defecto de información, imputable al médico, y el nacimiento del niño, «daño» cuyo resarcimiento se pedía en la demanda, aunque, a juicio de este jurista, no estamos aquí ante un daño resarcible. Fue la falta de información del facultativo el factor que privó a la madre de la facultad de interrumpir su embarazo y la privación de esta opción es, en sí misma, un daño moral, que se produce, con independencia de que su titular tuviera, o no, la voluntad de ejercerla. Respecto de este daño, consistente en la pérdida de la opción de abortar, que la Ley concede a toda madre, cuyos hijos vayan a nacer con graves

(38) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano», en *Daños en el Derecho de Familia*, *ob. cit.*

deficiencias, es evidente que sí se puede afirmar la existencia de un nexo de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a la madre de la facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada en meras conjeturas.

Esta sentencia últimamente citada resuelve, en realidad, un supuesto, complejo, de *wrongful birth*, aunque la demanda planteaba, además, un supuesto de *wrongful life*, que fue estimado por la sentencia de primera instancia, pero que tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo rechazaron.

Una gran mayoría de casos de *wrongful conception*, resueltos por nuestra Jurisprudencia, están referidos a supuestos que tienen su origen en una operación de esterilización fallida, bien sea la vasectomía o la ligadura de trompas, practicada de forma negligente, o bien practicada correctamente, pero con omisión por parte del médico de la información relativa a las precauciones que deben adoptarse o a los riesgos de que no produzca el efecto perseguido.

En alguna otra sentencia, la anticoncepción fallida se refiere también a la colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino defectuoso que, al ser ineficaz, no ha impedido el embarazo.

Miguel MARTÍN CASALS y Joseph SOLÉ FELIÚ afirmaban que es de naturaleza distinta el supuesto en que se produce el nacimiento de un hijo con una malformación o enfermedad genética no causada por la negligencia del médico. En estos supuestos, la omisión por parte del médico de la información relativa a la anomalía impide a la madre optar por interrumpir el embarazo dentro de los plazos previstos en nuestra legislación penal. Cuando la madre ejercita la acción en nombre propio, se habla de acción de *wrongful birth*. Se habla de *wrongful life* cuando la ejercita el hijo, o los progenitores en nombre de éste (39).

La nota común a todos estos supuestos es que, sin la negligencia del facultativo, el hijo no habría sido engendrado o, en otro caso, la madre no habría dado a luz, porque habría optado por la alternativa que se le planteaba, que no es otra que la interrupción voluntaria del embarazo, de la gestación.

El problema más arduo que se plantea, a la hora de enfrentarse a estas cuestiones delicadas y complejas, es el relativo a la identificación jurídica del daño. ¿Cómo se puede calificar a un hijo de daño? O, en otras palabras, ¿cómo se puede considerar que el nacimiento de un hijo con malformaciones o taras constituya un daño, un perjuicio?

Quizá el problema radica en que resulta muy duro responder afirmativamente a esa pregunta. Pero, si nos detenemos a reconsiderar el tema, se

(39) MARTÍN CASALS, Miguel, y SOLÉ FELIÚ, Joseph, «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). A propósito de la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003», en *www.indret.com*, 2/2004.

observa que, aunque la vida sea un bien precioso, maravilloso, y un derecho, sin embargo, como ya indiqué anteriormente, ese bien no debe serlo a cualquier precio. El nacimiento de un hijo con graves taras implica un coste económico cuantioso, lo que, sin duda, representa un perjuicio para los progenitores. Pensemos en el cuidado y asistencia de estos hijos y en las elevadas sumas que ello comporta. En este sentido, es interesante destacar que una sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1994, reconoció, en *obiter dicta*, la posibilidad de conceder una indemnización como «ayuda a la alimentación y crianza» de los hijos.

Cabe, también, citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 9 de julio de 1999, relativa a un embarazo producido tras una operación de vasectomía, en la que se indemnizó a los progenitores por los daños sufridos «en concepto de ayuda o contribución a los gastos de crianza de la hija».

DE ÁNGEL YAGÜEZ ha puesto de relieve, con agudeza, que nos encontramos, en realidad, ante un planteamiento meramente hipotético, ya que el problema principal radica en saber si la madre, efectivamente, habría abortado, o no, en el supuesto de que hubiera podido ejercitar esa facultad (40), o sea, en el caso de haber tenido la opción o elección. Resulta imprescindible que la madre declare que, de haber podido, hubiera optado por interrumpir el embarazo, aunque este jurista estima suficiente la simple declaración, *a posteriori*, hecha en el momento de interponer la demanda, sin que, por ejemplo, pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas convicciones morales que hacen inverosímil que hubiera abortado. Sin embargo, otros autores, como Díez-PICAZO (41), considera que la hipotética voluntad de la madre es irrelevante, porque el daño consiste en la mera privación de la posibilidad de optar en torno a la interrupción voluntaria del embarazo.

No obstante, Miguel MARTÍN CASALS y Joseph SOLÉ FELIÚ han apuntado que el único caso en que resulta dudoso indemnizar a la madre que no ha podido decidir en torno a la interrupción legal del embarazo es aquel en que demuestra que, de haber podido hacerlo, no habría abortado (42), tesis ésta que se basa en meras conjeturas y no, desde luego, en datos reales y que pudieran ser debidamente contrastados, porque supone, ni más ni menos, que establecer un juicio hipotético que, en cierto modo, coincide con la doctrina alemana de «la conducta alternativa conforme a derecho».

José Ramón DE VERDA Y BELMONTE expresaba que la falta de información del médico sí priva a la madre de la facultad de interrumpir su embarazo, lo

(40) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

(41) Díez-PICAZO, GIMÉNEZ, Luis, «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», en *La Ley*, 1998, documento 168.

(42) MARTÍN CASALS, Miguel, y SOLÉ FELIÚ, Joseph, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar*, artículo citado en nota 39.

que, a juicio de este jurista, es, en sí misma, un daño moral, que se produce con independencia de que su titular tuviera, o no, la voluntad de ejercerla (43). En consecuencia, respecto de este daño, consistente en la pérdida de la opción de abortar, que la Ley concede a toda madre cuyos hijos vayan a nacer con graves deficiencias o taras físicas y/o psíquicas, sí se puede afirmar la existencia de un nexo de causalidad, algo que, sin embargo, el Tribunal Supremo no estima que sea evidente: «el establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla —la madre— de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas».

La sentencia, más reciente, del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2005, reiteró esta tesis citada anteriormente, afirmando que el nacimiento del niño con síndrome de Down produce un daño, resarcible, no sólo de carácter moral, sino también patrimonial, extremo éste que, al menos de forma expresa, no había declarado la sentencia que sirve de apoyo a ésta.

El supuesto se recondujo, como a una mujer de cuarenta años, embarazada, que se sometió a un diagnóstico prenatal (biopsia Coral transabdominal bajo control ecográfico), para detectar si el feto estaba afectado por el síndrome de Down, con el fin de poder abortar, en el supuesto de que efectivamente lo estuviera. Tras la práctica de la prueba, se le comunicó que el feto era citogenéticamente normal, por lo que siguió adelante con el embarazo. Sin embargo, dio a luz un varón con el síndrome de Down. La madre y su marido ejercitaron una demanda de responsabilidad civil, que fue desestimada en las dos instancias, pero acogida favorablemente por el Tribunal Supremo, que condenó a las instituciones sanitarias demandadas al pago de una indemnización de veintisiete millones de las antiguas pesetas a cada uno de los progenitores, al considerar acreditada la negligencia de los profesionales sanitarios, así como el hecho de que la madre hubiera abortado, de haber sabido que el niño nacería con el síndrome de Down. Este último factor no es más que un juicio hipotético, como ya ha quedado reseñado anteriormente.

El Tribunal Supremo razonó afirmando que «el daño, por tanto, resulta no solo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial. El moral, derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y posterior crecimiento de un hijo discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo —es éste el mismo razonamiento que la sen-

(43) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano*, artículo citado en nota 38.

tencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1997, realizó en su día—. Por lo que respecta al daño patrimonial, afirma lo siguiente: «Éste, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación social, familiar, económica y de atención especial surgida de un hecho previsto y extraordinario para ellos, como es el nacimiento de un hijo afectado por síndrome de Down».

Según José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (44), la tesis sustentada por el Tribunal Supremo le produce rechazo, añadiendo que la Jurisprudencia española ha sido mucho más clara que la francesa, porque la Corte de Casación gala no se atrevió a decir que el nacimiento de un niño enfermo constituyera un daño resarcible. En el caso *Perruche*, se afirmó que el daño que debía ser indemnizado, era la enfermedad con que la niña había nacido —rubéola—. Dicha información no era correcta, desde el momento en que, a juicio de este jurista, faltaba el nexo de causalidad entre la enfermedad —fruto del contagio accidental— padecida por el recién nacido y la negligencia del personal sanitario, que no detectó dicha enfermedad en el diagnóstico prenatal. No obstante, la sensibilidad jurídica de los jueces franceses les impedía reconocer expresamente que el nacimiento de un niño deficiente fuera un daño resarcible, por lo que sacrificaron el rigor técnico en la valoración de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual —y, concretamente, el tema concerniente al nexo de causalidad— en aras al respeto, al menos, formal, del principio constitucional de dignidad de toda persona humana.

A continuación, voy a referirme al nexo de causalidad y a su problemática.

EL NEXO DE CAUSALIDAD EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

Para referirnos al nexo de causalidad, hay que hacer, en primer lugar, una consideración, aunque sea sucinta, acerca de la identificación del daño o perjuicio. ¿Cuál es el daño? Cabría responder que el daño sufrido por la madre consiste en la pérdida de la oportunidad de decidir libremente abortar, o no, doctrina que se acerca o equipara, en determinadas ocasiones, a la tesis francesa de la «perte d'un chance». En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 15 de septiembre de 1998, aludió al daño como la «pérdida de una oportunidad», consistente en «la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con malformaciones o abortar».

En la doctrina francesa, la producción del «suceso favorable» para la víctima ha de ser aleatoria, casual, producto del azar, sin que la materialización del evento pueda depender en ningún caso de la voluntad de la misma.

(44) *Idem, ibídem.*

En este sentido, hay que descartar la aplicabilidad de esta doctrina en los supuestos de *wrongful birth*, porque éstos se basan, de manera exclusiva, en una facultad, que es la de interrumpir el embarazo, cuyo ejercicio depende exclusivamente de la voluntad de la madre, la misma persona, en definitiva, que, como perjudicada, ejercerá la demanda.

No parece que pueda alegarse, como elemento ajeno a la esfera de la víctima, el dictamen médico de los dos especialistas, porque éstos únicamente se limitan a constatar la presencia de los requisitos legales para proceder a un aborto no punible —en los plazos legalmente permitidos—, dejando, desde luego, la decisión final en manos de la madre y de su voluntad. Otra cosa será la aplicación de esta doctrina en una eventual acción de *wrongful life*, como han puesto de relieve Miguel MARTÍN CASALS y Joseph SOLÉ FELIÚ (45), ejercitada por el hijo, para quien la decisión de la madre es claramente un suceso ajeno y, desde su punto de vista, aleatoria.

El daño moral a la madre se produce siempre que no es informada de las deficiencias del feto, con independencia, por tanto, de cuál hubiera sido su decisión final: si abortar o no abortar, en el supuesto de haberlas conocido. De admitir lo contrario, se llegaría a un absurdo que no puede acogerse, cual es el sin sentido de que sólo las madres que estuvieran dispuestas a abortar podrían recibir una indemnización de daños y perjuicios destinada a satisfacer las necesidades económicas del hijo enfermo, al paso que quedarían excluidas de esa indemnización aquellas madres que hubieran estado dispuestas a continuar con el embarazo, a pesar de estar informadas y saber que darían a luz a un hijo con taras o deficiencias físicas y/o psíquicas.

Si nos centramos en el tema que plantea la causalidad natural y su problemática, observamos que el facultativo no es el que causa la malformación al feto, ni siquiera hubiera podido evitarla. Por otra parte, cuando se trata de un supuesto de omisión, hay que suponer una causalidad hipotética, con los consiguientes problemas probatorios.

Hay que añadir a todo ello que la decisión sobre si interrumpir, o no, el embarazo, depende únicamente de la madre y de su voluntad y, por tanto, es difícil probar que, en el caso de que el facultativo hubiera cumplido su deber, no hubiera nacido el hijo con malformaciones. Sin embargo, la ausencia de relación causal —o nexo de causalidad— no debe impedir la imputación de responsabilidad al facultativo, con fundamento en el incumplimiento del deber de informar adecuadamente, teniendo en cuenta el alto riesgo o, en otras palabras, la alta probabilidad de que el daño se realizara. Por ello, cabe sostener que, si el facultativo actúa diligentemente, es probable que el daño no se produzca.

(45) MARTÍN CASALS, Miguel, y SOLÉ FELIÚ, Joseph, «Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2002», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002 (marginal 1627).

Hay que resaltar que las sentencias que han concedido indemnizaciones contienen todas ellas la valoración, como negligente, de la actuación del médico, ya sea en la determinación de las técnicas de diagnóstico adecuadas al caso, como en su realización o en la falta de información sobre el fracaso de las pruebas. Siempre que se concede indemnización es porque se ha demostrado un nexo causal o una relación de causalidad entre la actuación del médico —u omisión, en cuyo supuesto se trata de un tema de imputación— y el daño o perjuicio efectivamente producido.

Desde luego, el gran obstáculo con que se encuentran las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* viene constituido, precisamente, por la problemática jurídica que plantea la relación de causalidad.

Para que el facultativo responda por el daño experimentado por los progenitores y por el hijo nacido con taras o deficiencias, es necesario, como requisito *sine qua non*, que el comportamiento del médico se pueda considerar como la causa de tal daño. Ello, en muchas ocasiones, deviene imposible de afirmar, con lo que los Tribunales se limitan a rechazar la pretensión indemnizatoria ejercitada por los progenitores y/o por el hijo.

A este respecto, Andrea MACÍA MORILLO ha afirmado que esta dificultad parece, en efecto, difícil de evitar, pues se encuentra inserta en la propia esencia de estas acciones, pero sí es posible paliarla a través de un estudio coherente de este elemento y que tenga en cuenta las peculiaridades en él presentes. Para ello, esta autora comienza realizando una primera puntualización, al estimar que, aunque la función de la relación de causalidad de puesta en conexión entre el daño y el evento dañoso debería introducir una necesaria diferenciación entre las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* —al ser el daño en ellas reclamado diferente—, si contemplamos los supuestos planteados, se podría constatar que, desde un punto de vista causal, la principal diferencia no radica tanto en la esencia del daño en sí, como en el momento en que se sitúa el evento que se identifica como daño dentro de la cadena de acontecimientos sucesivos. De este modo, y según este razonamiento, lo relevante, en estos casos, en el momento temporal en que se produce el daño, que obliga a establecer el enlace causal hasta un punto u otro. Así, el comportamiento del profesional sanitario pone en marcha un curso causal que desemboca en el falso negativo del que tienen conocimiento los progenitores. Y, a partir de ahí, se suceden una serie de acontecimientos —decisión de los progenitores en el diagnóstico preconceptivo, o falta de decisión en el diagnóstico prenatal—, el nacimiento y la concreción en el hijo de los defectos o enfermedades de las que el profesional sanitario debería haber advertido a los padres. Hasta aquí el curso temporal de los hechos a lo largo de los cuales se van produciendo los daños que se reclaman: la privación de la decisión de la libertad de procreación o de la facultad de abortar, el daño moral por la falta de preparación psicológica para tal evento —si se acepta que el nacimiento y la vida del hijo constituye un daño,

algo, a mi juicio, duro en sí mismo—, el daño por vivir y los daños patrimoniales y morales de rebote (46).

LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL: EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

En los supuestos de las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* —como en otros supuestos—, cabe que concurran determinados eventos que interrumpan la relación de causalidad establecida entre el comportamiento del agente y el daño.

La ruptura del nexo causal exonera de responsabilidad al agente del cual se reclamaba ésta. En estos casos, se considera que el daño es producido por el evento interruptor y no por el sujeto en sí, motivo por el cual éste no debe asumir la carga del daño.

Como ha expresado Andrea MACÍA MORILLO (47), en la medida en que estos eventos pueden incidir en el curso causal desplegado en estas acciones de responsabilidad, es necesario estudiar cómo pueden intervenir en el supuesto de hecho de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* y cuándo han de exonerar de responsabilidad al profesional sanitario.

Tanto la fuerza mayor como el caso fortuito son estudiados en el marco de la relación de causalidad como eventos que producen, en todos los sistemas, una interrupción del nexo causal entre el comportamiento del responsable y el daño, eventos que son sinónimos en tanto que no se asignen diversos efectos a uno y a otro.

El caso fortuito y la fuerza mayor se han convertido, tradicionalmente, en los sistemas de responsabilidad subjetiva como el reverso de la culpa, según DE ÁNGEL YAGÜEZ (48). En presencia de un evento imprevisible o inevitable, se ha de estimar que el profesional sanitario no pudo adecuar su conducta a los parámetros de la *lex artis*, por lo que actuó con diligencia o, en otros términos, el daño se ha producido sin su culpa. La propia idea de imprevisibilidad e inevitabilidad hace referencia a lo que era exigible del responsable, idea que entronca con la existencia de un parámetro de comportamiento adecuado.

El caso fortuito puede ser definido como «el que se deba, con relación causa-efecto, a un evento ocurrido sin intervención de la voluntad del deudor, imprevisible, o, aun previsto, inevitable» (49).

(46) MACÍA MORILLO, Andrea, *ob. cit.* en notas 16, 28 y 30.

(47) *Idem, ibídem.*

(48) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Responsabilidad civil por actos médicos», *ob. cit.* en nota 40.

(49) ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La medicina ante los derechos del paciente*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2002.

Si se interpretan, en cambio, estos eventos en el ámbito de un sistema de responsabilidad objetiva u objetivada, su extensión se ha de remitir a un criterio de riesgo de la actividad o ámbito de control puesto a cargo del responsable, no de previsibilidad.

Respecto a los casos de fuerza mayor, hay que resaltar que solamente se producirán en la fase de comunicación del diagnóstico, una vez elaborado éste, ya que, en las fases anteriores, es difícil que los eventos que inciden en la elaboración del resultado se planteen como externos al ámbito de control o al ámbito de la actividad médica desarrollada. Cuando la reclamación de responsabilidad se realice a través de un sistema de responsabilidad objetiva u objetivada, generalmente no se producirá la exoneración de la responsabilidad, sino la imputación de la misma. Y sólo se exonerará el profesional de tal responsabilidad si realmente el daño se produce por fuerza mayor.

Será en el ámbito de la responsabilidad extracontractual subjetiva y en el ámbito de la responsabilidad contractual en que la prestación pactada sea una obligación de medios —no habiéndose acordado entre las partes una distinta imputación del riesgo derivado de la actividad— cuando quedará exonerado el profesional sanitario por un supuesto cuya previsión y evitación no resultaban exigibles de acuerdo con los criterios de la *lex artis ad hoc* y la diligencia profesional.

Hay que plantearse también si la exoneración debe admitirse igualmente cuando, junto al evento extraño a la actuación del profesional sanitario, éste realiza un comportamiento que conduce asimismo al falso negativo.

En este último supuesto, estimo, tal como ha apuntado, de forma mayoritaria, la doctrina española (50), que habrá que proceder a un reparto o minoración del resarcimiento, no siendo justo exonerarle del todo, pero tampoco ponerlo todo a su cargo, por lo que habrá que establecer una regla proporcional, algo que, sin embargo, a mi juicio, no es nada fácil.

LA CULPA DE LA VÍCTIMA COMO INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL

Cuando, en la causación del daño, interviene el comportamiento de la propia víctima, del perjudicado, el nexo causal, lógicamente, se va a ver interrumpido respecto del comportamiento del profesional sanitario.

En el supuesto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, se trata de aquellos casos en los que la víctima del daño contribuye a provocar el defecto de información acerca del estado de salud del embrión o feto, o acerca de los riesgos que amenazan al no concebido.

(50) DÍEZ-PICAZO, Luis, «Derecho de daños», *ob. cit.* en nota 31; PANTALEÓN PRIETO, F., «Del concepto de daño», *ob. cit.* en nota 15.

El defecto de información es debido a la víctima cuando, a la hora de proporcionar la información necesaria para elaborar los antecedentes clínicos sobre los cuales calificar el embarazo de riesgo o detectar, en general, los indicios de riesgo, omite voluntaria y deliberadamente datos sobre los cuales le pregunta, o falsea las respuestas, tal como expuso JUNKER (51).

También, el defecto de información, en relación con las pruebas necesarias, es debido a su comportamiento cuando no se somete a las pruebas indicadas, o se somete fuera del plazo que se le ha marcado por el profesional sanitario. En este sentido, ALONSO PÉREZ establecía, como ejemplo de culpa de la víctima, el retraso de una intervención quirúrgica por parte del paciente (52). También cabe hablar de culpa de la víctima cuando el paciente, de forma voluntaria, no sigue las indicaciones médicas (53).

Naturalmente, otros supuestos se reconducen a los casos en que la gestante opta por no interrumpir el embarazo, una vez conocida la existencia de las taras o defectos que aquejan al feto. En este sentido, hay que entender que la mujer asume, con ello, la carga de los daños posteriores al nacimiento e interrumpe, asimismo, el curso causal iniciado en la fase preconceptiva por el profesional sanitario.

Hay que resaltar que la interrupción del nexo causal debido al comportamiento de la propia víctima sólo es posible en las acciones de *wrongful birth*, pero no en las de *wrongful life*, donde, por definición, los hechos se producen con anterioridad al nacimiento del hijo, motivo por el cual difícilmente puede éste intervenir en la causación de su propio daño (54), tal como ha expresado, con agudeza, DE ÁNGEL YAGÜEZ (55).

LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH*

En primer lugar, hay que hacer notar que la interrupción del nexo causal en las acciones de *wrongful birth* —y, por ende, la exoneración del personal sanitario— se va a producir sólo en los casos en los que la causación del falso negativo del que derivan los daños reclamados sea imputable exclusivamente

(51) JUNKER, C., *Wrongful life, wrongful birth, wrongful pregnancy, wrognful adoption and parenthood*, Duncker and Humblot, Berlín, 2002.

(52) ALONSO PÉREZ, M., «La relación médico-enfermo, presupuesto de la responsabilidad civil (en torno a la *lex artis*)», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Ediciones Dykinson, Madrid, 2000.

(53) ROMERO COLOMA, Aurelia María, «La medicina ante los derechos del paciente», *ob. cit.* en nota 49.

(54) MACIA MORILLO, Andrea, «La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales», *ob. cit.*

(55) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

al comportamiento de la víctima. Son esos supuestos en los que existe una evidente desproporción entre la actuación de la víctima y la del responsable, según REGLERO CAMPOS (56). No son admisibles, por tanto, los supuestos en los que concurre, igualmente, un comportamiento del profesional sanitario que contribuya a la causación del falso negativo.

En los casos de concurrencia de culpas, o concurrencia de comportamientos causalmente relevantes, se debe considerar que el daño es causado por ambos intervinientes, a menos que la intervención de la víctima venga provocada por la negligencia del profesional sanitario, en cuyo caso, como es lógico, sólo va a responder éste. Pero no se deberá exonerar de responsabilidad al facultativo, aunque tampoco se le deberá atribuir toda la responsabilidad por el daño causado, aunque esta tesis no es compartida unánimemente por la doctrina española, ya que, tradicionalmente, el principio ha sido el de la exoneración del agente ante cualquier intervención de la víctima del daño.

Cuando, efectivamente, se produce un supuesto de concurrencia de culpas, hay que reducir o minorar la cuantía de la indemnización en proporción a la intervención que haya tenido la víctima en la causación del daño, propiciando, de este modo, que se impute responsabilidad al facultativo únicamente en la medida en que contribuyó a producir los daños. Es el tema de la compensación de culpas que actúa en sede de indemnización.

LA INTERVENCIÓN DE TERCERO COMO HECHO INTERRUPTOR DEL NEXO CAUSAL

Hay que destacar que el nexo causal también es susceptible de interrumpirse cuando, en la cadena de acontecimientos puesta en marcha por el responsable, un tercer sujeto, ajeno al ámbito de control del primero, interviene, y cuya acción, u omisión, genera un curso causal independiente, que es el que origina el daño.

El resultado de la intervención del tercero, en primer lugar, implica que el profesional sanitario queda exonerado del daño. Y, en segundo lugar, que la responsabilidad se puede atribuir al tercero, en cuanto causante del daño, siempre y cuando se reúnan los requisitos imprescindibles para ello, es decir, que el comportamiento del tercero sea negligente —con la excepción de que la responsabilidad sea objetiva—.

PANTALEÓN PRIETO definía esta interrupción del nexo causal como la intervención dolosa, o gravemente imprudente, de un tercero en el nexo causal

(56) REGLERO CAMPOS, L. F., «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.

puesto en marcha por el demandado (57). En estos casos, se niega la imputación del daño al responsable, salvo que esta intervención del tercero fuera conforme a Derecho, salvo que se hubiera visto significativamente favorecida por la actuación del agente, o salvo que se trate, precisamente, de una de las conductas que trataba de prevenir la norma de conducta (58).

En el ámbito analizado, es decir, en sede de acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*, hay que resaltar que serán escasos, evidentemente, los supuestos en que se produzca una exoneración de responsabilidad por esta causa, porque, para que el falso negativo se produzca por la intervención del tercero dentro del proceso de diagnóstico desarrollado, generalmente se tratará de un caso en que esta conducta se haya visto favorecida por la del primer profesional sanitario interviniente, que era el que, precisamente, llevaba a cabo el procedimiento, y hay que señalar que el favorecimiento permite afirmar la imputación objetiva.

De todas formas, pueden surgir, en la práctica, supuestos en que la exoneración sea posible. Pensemos, por ejemplo, en el diagnóstico erróneo que provenga de datos y de pruebas llevadas a cabo por facultativos distintos del profesional sanitario que emitió el diagnóstico. Este caso se plantea, bastante frecuentemente, cuando, en el marco de la sanidad privada, el paciente acude a un laboratorio o a un especialista para practicarse las pruebas prescritas por el profesional sanitario que lleva a cabo el diagnóstico. Si el laboratorio profesional sanitario encargado de realizar las pruebas emite un resultado erróneo, con negligencia grave, o incluso con dolo, el profesional sanitario que emita el diagnóstico sobre tales resultados proporcionará un diagnóstico erróneo a los progenitores; pero, lógicamente, la responsabilidad no será suya o, en términos jurídicos, no le será imputable. Será algo natural, incluso, que el profesional sanitario confíe en la actuación de otros profesionales, siempre que no resultaren manifiestamente negligentes o incompetentes. Cuando, por el contrario, el facultativo que trata a la paciente, tenga noticias, fundadas, de la incompetencia profesional de determinados laboratorios, deberá abstenerse de enviar a su paciente a la realización de pruebas o análisis, porque, de hacerlo, estaría contribuyendo, con su conducta, a sabiendas, al favorecimiento del daño y, en definitiva, a la producción de un resultado perjudicial para la paciente.

(57) PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

(58) MACIA MORILLO, Andrea, *ob. cit.*

SENTENCIAS EN RELACIÓN CON LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 10 DE OCTUBRE DE 2001

El supuesto se recondujo a una mujer, de treinta años, sin antecedentes de riesgo, a la que no se le informó adecuadamente durante el embarazo y no se le practicó el triple *screening*, como es habitual, aunque no preceptivo. Posteriormente, el hijo nace con síndrome de Down.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 5 DE MAYO DE 1998

Una mujer se medica durante el embarazo debido a problemas de asma y no se le informa del riesgo que la medicación suponía para el feto, ni se le hicieron pruebas diagnósticas indicadas en estos casos, por lo que tuvo un hijo con diversas malformaciones, entre ellas hidrocefalia.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, DE 31 DE MARZO DE 2000

Una mujer de cuarenta y un años fue sometida a la amniocentesis, siendo el resultado de la prueba totalmente erróneo, ya que el hijo nació con el síndrome de Down. La sentencia condenó al facultativo que hizo la extracción y al genetista que analizó el líquido amniótico, fundamentando su decisión en la desproporción del daño en relación a lo que es habitual según las reglas de la experiencia, invirtiendo, en este caso, la carga de la prueba. En relación con este tema de la desproporción del daño, o daño desproporcionado en Medicina, es oportuno hacer algunas consideraciones.

Ha sido nuestra Jurisprudencia la que ha elaborado la tesis o doctrina del resultado desproporcionado en Medicina, como elemento que, como en la anterior sentencia analizada, justifica una inversión de la carga de la prueba, desplazando sobre el facultativo demandado la demostración de la propia diligencia, como una técnica correctora que exige al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa del médico cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la actuación enjuiciada. Es decir, se desplaza sobre el médico la carga de probar que obró con la debida diligencia, con una buena praxis y no es el perjudicado —el paciente— el que tiene que probar, como ocurre generalmente, que se produjo una mala praxis.

En los Fundamentos de Derecho de esta interesante sentencia, se observa que el médico genetista incurrió en varios errores, por lo que los progenitores

le demandaron al amparo de lo establecido en los artículos 1.902, 1.101 y 1.104 del Código Civil, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios morales y económicos sufridos, al considerar estos daños consecuencia de la actuación negligente tanto del genetista como del médico, en base a: 1.º) la ausencia de información en la forma correcta y legalmente exigible de los riesgos de la prueba de la amniocentesis, así como de los posibles errores en el diagnóstico de dicha prueba; 2.º) realización incorrecta de la amniocentesis; 3.º) la no indicación de nuevas pruebas cuando surgieron dudas respecto del sexo del feto, con diagnóstico contrario al de la amniocentesis y la ratificación del anterior diagnóstico sin informar a los demandantes de que pudiera darse una variación en el resultado de la prueba en cuanto a la normalidad cromosómica del feto.

La sentencia dictada en primera instancia estimó íntegramente la pretensión actora, iniciando su fundamentación en la afirmación de que la demanda se ejercita al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, ante el hecho de haber nacido hembra y con síndrome de Down la hija de los actores, cuando de los resultados de la amniocentesis practicada y analizada por los codemandados dio como resultado que el feto era varón y sano, lo que se atribuye a la culpa extracontractual o aquiliana en que incurrieron los codemandados.

Es importante resaltar, de nuevo, la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria.

Asimismo, queda demostrado el nexo de causalidad entre la actuación de los demandados y la producción del daño.

La sentencia realiza unas puntualizaciones en el sentido de estimar que no se ajusta a la realidad que en la demanda se exija la reparación de los daños morales por el hecho de haber nacido la hija de los actores hembra y con síndrome de Down. En este sentido, la sentencia matiza afirmando que el daño causado es haber privado a los demandantes de la posibilidad de haber interrumpido el embarazo en los plazos previstos legalmente y de la debida y suficiente información sobre dicho estado y sobre el futuro hijo.

La sentencia declara, explícitamente, que, aunque se hubiera acreditado un error en el diagnóstico prenatal por una defectuosa u omisiva praxis en la extracción, análisis o lectura de las pruebas, al faltar el elemento o requisito de la existencia de un daño, no se podría, lógicamente, exigir resarcimiento por ello, resultando inadmisibles considerar que tal daño lo pueda constituir el nacimiento de una hembra y no de un varón, sea cual sea el diagnóstico prenatal dado científicamente. Y, siguiendo esta línea argumentativa, la sentencia afirma que no puede admitirse ni acogerse que el daño sea el nacimiento del hijo/a.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ, DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999

Una mujer de veintinueve años, sin antecedentes de riesgo, a quien no se le practicó la amniocentesis, tuvo un hijo con el síndrome de Down.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN, DE 8 DE MARZO DE 2001

Mujer de veintidós años, sin riesgos, tuvo un hijo afectado por malformaciones muy infrecuentes (1,03 de cada 100.000), a la que se le aplicaron los medios de diagnóstico adecuados.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 5 DE ABRIL DE 2001

Después de una gestación normal durante la que se practicaron las pruebas indicadas para embarazos sin riesgo, nació una niña con síndrome de Cornelio Lange, muy difícil de detectar durante el embarazo.

Hay que resaltar que, en algunos casos, es el propio facultativo el que recomienda que no se realice la prueba, ya sea por el riesgo específico que su práctica supone para una determinada persona, bien por considerar que no es necesaria.

En otras ocasiones, sucede que es la propia madre la que, informada de las técnicas de diagnóstico existentes, decide no someterse a las mismas.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1998

Se practicó el triple *screening* con resultado normal a una mujer de cuarenta y un años, y el facultativo recomendó que no se sometiera a la amniocentesis, debido a la presencia de miomas uterinos y otros problemas clínicos. Posteriormente, nació un niño con síndrome de Down.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, DE 11 DE JULIO DE 2002

La madre decidió no someterse a las pruebas de diagnóstico y tuvo un hijo con síndrome de Down. No consta la edad de la mujer.

Hay ocasiones en las que el error en los resultados es consecuencia de sucesos inevitables e imprevisibles.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES, DE 6 DE JUNIO DE 2001

Se practicó una amniocentesis con resultado negativo a una mujer de treinta y siete años. Pero dicho resultado fue erróneo debido a causas imprevisibles e inevitables por la posición de la placenta.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, DE 18 DE ENERO DE 1999

En los resultados de la amniocentesis apareció un dato anormal que fue menospreciado, ya que era técnicamente irrelevante y el diagnóstico de normalidad se consideró correcto. Posteriormente, nació un niño con síndrome de Down. No consta tampoco la edad de la madre.

Algunas sentencias que he podido consultar añaden, asimismo, determinados problemas de causalidad, unido a la ausencia de una conducta negligente.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE FEBRERO DE 1999

Esta sentencia ya ha sido citada con anterioridad. Se trataba de un embarazo calificado de bajo riesgo, durante el cual la mujer, cuya edad no consta, fue sometida a las exploraciones indicadas a sus circunstancias. Nació una niña con malformaciones graves. El padre de la niña había trabajado en una central nuclear, circunstancia ésta que no llegó a conocimiento de los facultativos que atendieron a la madre.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 8 DE MAYO DE 2000

Una mujer de treinta y un años no fue sometida al triple *screening* y tuvo un hijo afectado por el síndrome de Down.

RESUMEN

*RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL
DISCAPACIDAD*

Uno de los temas que enlaza el Derecho de Familia, propiamente dicho, con la responsabilidad civil viene constituido

ABSTRACT

*EXTRA-CONTRACTUAL LIABILITY
DISABILITY*

One of the topics that forms a link between family law in the strict sense and civil liability is the topic of actions of wrongful birth and wrongful life,

precisamente por el relativo a las acciones de wrongful birth y de wrongful life (que han de ser traducidas al castellano como «acciones de nacimiento inapropiado» y «acciones de vida inapropiada»), que son aquéllas en virtud de las cuales los progenitores de un hijo nacido con taras ejercitan una acción civil de reclamación contra el médico que no informó adecuadamente, en su día, de la existencia de esas deficiencias en el feto, cuando se trata de las acciones de wrongful birth. En el mismo sentido, y cuando se trata de las acciones de wrongful life, es el hijo nacido con graves deficiencias el que interpone judicialmente la reclamación, aunque pueden entablar esta acción sus progenitores en nombre del hijo.

El tema, con su consiguiente problemática, no ha sido suficientemente estudiado en nuestro país, quizá porque nuestra Jurisprudencia se mostraba muy cauta ante estas acciones, muy tímida a la hora de establecer una indemnización, debido a la dificultad que conllevaba la valoración de estos complejos supuestos, y a los intereses en juego, como, por ejemplo, la dignidad del niño así nacido y la valoración del bien «vida».

which is, in the case of wrongful birth action, civil action taken by the parents of a child with birth defects against the doctor who failed, at the appropriate time, to inform the parents properly that the foetus had such deficiencies, wrongful life action is similar, but it is the child born with serious defects who files the court action, although the action can be lodged by the parents in the child's name.

The topic, with its attached issues, has not been sufficiently studied in our country, perhaps because Spanish jurisprudence has always been very cautious about such action, very timid to establish damages, due to the difficulties entailed in the assessment of these complex cases and the interests at stake, such as the dignity of the child thus born and the assessment of «life» as one's property.

(Trabajo recibido el 25-8-2009 y aceptado para su publicación el 20-9-2010)

Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el Ordenamiento Jurídico balear

por

DR. RICARDO YÁÑEZ VELASCO
Profesor de Derecho Procesal. Juez

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES INDISPENSABLES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD:
 - 1.1. IGUALDAD EN LA LEY E IGUALDAD ANTE LA LEY.
 - 1.2. LA PERSPECTIVA FORMAL.
 - 1.3. LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA.
 - 1.4. LA IGUALDAD PROCESAL Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.
 - 1.5. LA INCIDENCIA DE LA IGUALDAD EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
2. NORMATIVA EN PRESENCIA Y COMPETENCIA LEGISLATIVA:
 - 2.1. EL ÁMBITO SUSTANTIVO DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA BALEAR SOBRE PAREJAS DE HECHO.
 - 2.2. LA COMPETENCIA PARA LEGISLAR EN SEDE PROCESAL.
 - 2.3. EL CONTEXTO JURÍDICO EN EL ESPACIO ESTATAL Y EN EL RESTO DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS.
3. DERECHO SUSTANTIVO:
 - 3.1. SOBRE LAS RELACIONES JURÍDICO-CIVILES PRIVADAS Y LA CONSTITUCIÓN: PLANTEAMIENTOS PRELIMINARES.
 - 3.2. SOBRE LAS DIFERENCIAS DE CONTENIDOS Y DERECHOS ENTRE LEGISLACIÓN ESTATAL Y LEGISLACIONES AUTONÓMICAS Y DE ÉSTAS ENTRE SÍ.
 - 3.3. ESTÁNDAR MÍNIMO EXIGIBLE Y PROTECCIONISMO ESTATAL O AUTONÓMICO.
 - 3.4. LAS DESIGUALDADES DE TRATAMIENTO ANTE SUPUESTOS DE HECHO DESIGUALES ENTRE SÍ.

4. DERECHO PROCESAL:
 - 4.1. UNIFICACIÓN Y DIFERENCIACIÓN DE PROCESOS CIVILES DE FAMILIA.
 - 4.2. LOS EFECTOS DE LEGISLACIONES SUSTANTIVAS DISCORDANTES SOMETIDAS A UN ÚNICO SISTEMA PROCESAL NACIONAL.
 - 4.3. LAS HIPÓTESIS DE NORMATIVAS PROCESALES DIVERGENTES FRENTE A LA INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL O FORAL SOBRE EL PROCESO PRÁCTICO.
 - 4.4. CONCLUSIONES SOBRE IGUALDAD ANTE LA LEY.
5. REFLEXIONES FINALES.

1. CONSIDERACIONES INDISPENSABLES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1.1. IGUALDAD EN LA LEY E IGUALDAD ANTE LA LEY

En primer lugar conviene apuntar que la concepción de igualdad desprendida del artículo 14 CE conecta sin remedio con la noción de valor fundamental referida en el artículo 1.1 CE, así como con la promoción hacia su sentido real y efectivo postulado en el artículo 9.2 CE. No basta, por tanto, la igualdad formal (art. 14 CE), sino que se requiere la sustancial (art.9.2 CE) para desarrollar el valor superior. La noción es relativa y relacional, pero en absoluto mengua su importancia por la vinculación de la igualdad procesal con el artículo 24 CE. El origen sigue encontrándose más allá del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva —en el art. 14 CE—, aunque recabe en aquélla al imbuirse en un proceso judicial (1).

La posición diferente entre los litigantes de un proceso civil no es el elemento desigual que permite un trato desigual, ya que la «condición» o «situación» enunciada por el artículo 14 no refiere actos puntuales de diferenciación (2). Cabe que estos repercutan globalmente en la posición que el individuo ocupa en la sociedad, pero no pueden entenderse como el *status* apuntado en el artículo 14 CE, al ejemplificar una serie de motivos inaptos para discriminar (3). A veces resulta inevitable considerar como exigencia fundamental la

(1) Cfr., sobre el particular, María Victoria BERZOSA FRANCO, «Los principios del proceso», en *Justicia*, 1992-III, pág. 570.

(2) En ese sentido es esclarecedor observar que «el principio de igualdad jurídica no puede fundarse en el plano de los hechos empíricos sino en el de la ética» y, consecuentemente, «...deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea sustancialmente afectado por las diferencias que naturalmente median entre los hombres»; Javier GÁLVEZ MONTES, «Artículo 14», en *Comentarios a la Constitución Española* (con otros autores), Civitas, Madrid, 1985, pág. 180 y sigs. En relación, vid. la cita número 3 de su pág. 181: no se excluye la justicia de diferencias en cuanto a derechos concretos, basadas en la diversidad de conductas imputables al individuo (v.gr., legalidad, delincuencia, diligencia, descuido...).

(3) Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 239.

igualdad del «acudir» y del «estar» en el proceso y que se haga, por supuesto, a partir de una igualdad nunca absoluta sino relativa. Son casos que pueden ser evaluados como desigualdad de trato, e incluso podrían prohibirse, pero no entrañan la discriminación que el precepto en cuestión impide. Ésta, pues, asciende a la posición diferenciada que es realmente capaz de provocar discriminación. El trato desigual es claro, el problema es analizar si tal desigualdad es razonable, porque entonces no habría discriminación.

La cuestión fundamental gira alrededor del análisis de las diferencias que tengan carácter normativo, respondiendo a la pregunta de si son legítimos los factores que justifican la desigualdad. Debe subrayarse de qué modo no se ofrece criterio alguno, pues aunque el principio y el derecho existen, no se indica lo que es igual sino que únicamente se determina que lo igual sea tratado igual. Además, aunque debe perseguirse igualar cualquier situación desigual, ello no ha de ocurrir en los hechos, sino en el trato ético de los mismos: un mínimo de desigualdad formal sirve para progresar hacia la igualdad sustancial (4). Todo depende del punto de vista de la comparación. La perspectiva que nos interesa es aquella en la que presenciamos a dos justiciables que como sujetos forman parte de un mismo proceso y donde ambos persiguen tutela judicial efectiva. En abstracto y teóricamente las posiciones deben considerarse iguales, pero cuando tratemos cada una de ellas independientemente apreciaremos que la igualdad a considerar no será la misma: la posición social y económica de cada una manifestará la necesidad de examen. En el tema que ahora ocupa el Texto constitucional no ofrece una habilitación expresa para la diferenciación. Hemos de acudir entonces a un punto de vista pasivo, debiendo observar la finalidad y el factor diferencial que aparezca.

El operador jurídico ha de estar en condiciones de valorar *cuándo* se producen diferencias en los supuestos de hecho, que permitan un trato desigual no discriminatorio por razonable. En conclusión, cabría aceptar que el

(4) Tal diferenciación puede provenir del Estado Social y Democrático de Derecho para la efectividad de los valores que consagra nuestra Constitución; cfr., entre otros, Gregorio PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 59. La premisa básica reside en que las posiciones iguales deben ser igualmente tratadas, y si existe una causa justa y razonable puede darse el paso hacia la diferenciación sin que ello limite la libertad, sino que más bien la fortalecería; vid. Gustavo SUÁREZ PERTIERRA, «Artículo 14», en *Constitución Española de 1978*, vol. II (arts. 10 a 23), *Revista de Derecho Público (Comentario a las Leyes Políticas)*, Madrid, 1984, pág. 287. Nos referimos a un juicio de razonabilidad que destaque en atribuciones objetivas, aunque sea recomendable tener en cuenta que la justificación objetiva no es regulación objetivizada, hasta el punto que no tenga en cuenta los propios elementos discriminadores; así Ángel CARRASCO PEREIRA, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, pág. 59 y sigs. Partiendo de que exista desigualdad hará falta la práctica de un test de relevancia (= que haya motivos para pretender la igualdad) y un test de razonabilidad (= que susodicha desigualdad no ostente justificación); véase, al respecto, Enrique ALONSO GARCÍA, «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I, 1983, págs. 31 a 55.

legislador opta por beneficiar a una parte que considera débil en las relaciones jurídicas, otorgándole la facultad procesal de solicitar el derecho material en un tipo de procedimiento de manera más favorable que otra parte con igual derecho material, que por tanto deberá articular en otro tipo de procedimiento o bajo determinadas formas procesales más complejas y económicamente también más perjudiciales.

El conflicto puede radicar en un estadio anterior, situado entonces en la igualdad *en la Ley*, y la introducción de un interés general público permite obviar relaciones entre litigantes *ex ante* proceso. Fuera de ello, el estudio aislado de las posiciones de las partes residiría en la igualdad *ante la ley* y la resolución discrecional del juzgador, apoyándose en un status y fundamento legitimador diferenciado en cada una de las mencionadas posiciones (5). En ambos casos se produce una discriminación, alejada del Estado Social de Derecho inspirado en los principios de Igualdad y Justicia. Todo conviviente posible no se ve en las mismas condiciones básicas ante la Ley para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Pero el conflicto con la igualdad expuesto hasta el momento podría solucionarse ahondando en el siguiente argumento. Entre las partes este principio no significa igualdad esencial de las mismas, pues son papeles distintos en el proceso. La igualdad procesal es igualdad dentro de la desigualdad de funciones, manifestación principal de la preocupación pública por impartir, mediante la jurisdicción, la justicia del caso concreto. Pero esa igualdad, aunque también se fundamente en la Constitución, no es la que interesa aquí.

1.2. LA PERSPECTIVA FORMAL

A continuación se plantea la justificación de que el formalismo de la igualdad, a través de la dicción literal del artículo 14 CE, puede respetarse por medio de la contradicción. En ese sentido, la igualdad formal de armas constituiría la posibilidad de contradecir. Sin embargo, lo que permitirá desigualar a las partes en el ejercicio de la pretensión, entendida ésta como arma procesal, será la igualdad material, ajena a la contradicción (o igualdad de armas formal). El problema puede residir en que no se utilice esta segunda

(5) En el artículo 14 no se incluye la «riqueza» como elemento no discriminatorio, mientras sí lo hacía la Constitución Española de 1931. Pese a que su importancia es evidente, al no indicarse expresamente en el precepto constitucional, se englobará dentro de la cláusula general del mismo. Como es sabido, la carga de la prueba ante el Alto Tribunal pesa sobre quien pretenda sostener la legitimidad de la diferenciación (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2.º), pero ello sólo ocurre en las cláusulas específicas, no en la general. En ésta, donde en su caso incluiríamos la riqueza o la posición económica, se invierte la carga de la prueba, debiendo el propio afectado demostrar sus alegaciones al respecto. Acaso hubiera convenido indicación expresa, como así expone la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 2: «posición económica».

perspectiva y sólo se obedezca la primera, de modo que se excluyan los supuestos que interesan por cuanto dentro de un mismo proceso —y entre las partes litigantes— siempre se dispondrá de la audiencia y de la contradicción y así de ese tipo de igualdad formalizada.

La igualdad procesal formal existe cuando las dos partes pueden actuar en el proceso «al mismo tiempo». En eso no tiene nada que ver la diferenciación entre justiciables para demandar o no demandar, porque se basa en una situación ubicada dentro de un mismo proceso en curso, donde se trata de que la tutela sea garantizada, por ejemplo, a través de audiencia y defensa, para ambas partes litigantes y nunca para una sola. El necesario entendimiento (procesal) del artículo 14 CE sólo exprime su verdadero significado a través de su homónimo material (art. 9.2 CE). Es decir, no podemos admitir que a causa de la definición formal de las partes procesales —cosa que ocurre, de hecho, en cualquier tipo de proceso—, se aplique un principio de igualdad a medias. El artículo 14 CE establece un derecho a la igualdad formal, a tener en cuenta como punto de partida. Pero el principio de igualdad como valor del artículo 1.1 CE, informador de todo el Ordenamiento jurídico junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político, lo es también de la norma procesal. Es correcto que el Tribunal Constitucional enlace los artículos 14 y 24 CE. Para ser teoría completa, sin embargo, requiere la conjugación con el derecho a la igualdad material. De no ser así el artículo 14 CE no respondería, por sí sólo, a las exigencias de Justicia en todo proceso. Parecería un mero instrumento de tránsito hacia el derecho de defensa, desconectado de su propio sentido autónomo. La formalidad del proceso no puede permitir la formalidad de la igualdad, ni del sentido sustantivo del propio juicio jurisdiccional, porque convertiría esa idea de igualdad adjetiva en valor vacío de práctica inútil. Se atrae el verdadero núcleo sustantivo con el artículo 9.2 CE, gracias a que con él se llega a una igualdad real y efectiva. Esto ocurre en otros procesos, como por ejemplo el laboral, o en sede general de justicia gratuita.

1.3. LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA

Para obedecer el principio de igualdad deben superarse tres controles o verificaciones. Se trata de comprobar la constitucionalidad del objeto de estudio, en nuestro caso la misma ley. De ahí que la ubicación resida en la igualdad *en* la ley, no *ante* la ley. La segunda óptica, en su caso, vendría diferida a un momento posterior, donde interviene el juez como operador que aplica la norma (6). El primer test versa sobre la existencia de la desigualdad

(6) Es sabido que debe aceptarse, sin embargo, que a veces el intérprete judicial no dispone de opciones que le permitan respetar el principio. Se provoca entonces una desigualdad no razonable y por ende discriminatoria, porque quien aplica la ley se encuentra obligado bajo sus márgenes.

misma, el segundo sobre la relevancia de esa desigualdad, y el tercero sobre la razonabilidad de la desigualdad relevante (7). La cuestión sería observar si existe una falta de razonabilidad en la ley, que en su caso la haría discriminatoria y, por consiguiente, inconstitucional (8) (9). Para ello cobra relevancia el contrapeso de valores constitucionales, así como el balance entre éstos y los bienes constitucionalmente protegidos. La noción de *balancing* ha sido expuesta por la doctrina científica y la jurisprudencia constitucional al tratar las propias contradicciones que podría generar el artículo 24 CE, a través de la tutela judicial efectiva como derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Ante el objeto de nuestro análisis, esa formulación del test de razonabilidad se invierte, porque se advierte la falta de igualdad en la actuación del poder público (Legislativo), que introduce una norma formalmente desigual. Y debe analizarse si lo razonable es, precisamente, lo contrario, esto es, imponer la igualdad. Al no hacerlo la desigualdad de la práctica no sería razonable, porque no estaría justificada por los valores constitucionales. Por el contrario, si estos la acogieran, la irrazonabilidad estaría en alterar la desigualdad existente. En cualquier caso, se persigue el equilibrio entre el sistema de valores constitucionales y la diferencia del régimen jurídico aplicable. Debe saberse si el trato jurídico dispensado por una ley respeta la teoría de los valores a partir de la

(7) Cfr. Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Ediciones del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 206. Como sea que es un análisis consecutivo, resulta lógico exigir la conjunción de los tres test. Estamos hablando de un juicio de razonabilidad que destaque en atribuciones objetivas, aunque es recomendable tener en cuenta que la justificación objetiva no es regulación objetivada, hasta el punto en el que no sea capaz de considerar los propios elementos discriminadores. (Sic) Ángel CARRASCO PEREIRA, «El “juicio de razonabilidad” en la Justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, pág. 59 y sigs. Vid. también, Enrique ALONSO GARCÍA, *El principio de igualdad...*, cit., págs. 31 a 55, donde se destaca que, partiendo de la existencia de la desigualdad, hará falta la práctica de un test de relevancia (= que haya motivos para pretender la igualdad) y un test de razonabilidad (= que aquella desigualdad no ostente justificación).

(8) (Sic) Gregorio PECES-BARBA, *Los valores...*, cit., pág. 59.

El principio de igualdad no implica, en todos los casos, un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Pero ese tratamiento legal desigual tiene un límite, consistente en la no discriminación. Es decir, la desigualdad no debe estar desprovista de una justificación objetiva y razonable (vid. STC 19/1982, de 5 de mayo, reiterada desde entonces). La igualdad no se limita con ello, sino que se fortalece (Gustavo SUÁREZ PERTIERRA, «Artículo 14», en *Comentarios...*, cit., pág. 284). Y recuérdese que la no discriminación es directamente ejecutable como derecho fundamental (Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad...*, cit., pág. 254).

(9) No es lo mismo lo razonable que lo racional, pues «esto último se aproxima y en cierto sentido se identifica con lo silogístico y guarda relación con el viejo brocardo: *dura lex, sed lex*. Lo razonable es, por el contrario, la sensatez y la flexibilidad frente a nuevas situaciones, tratando de superar el problema sin afectar el entramado normativo». Domingo GARCÍA BELAUNDE, «La interpretación constitucional como problema», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, octubre-diciembre de 1994, pág. 31.

voluntad del texto legal, no de la voluntad del legislador ordinario (10). Asimismo, interesa el desarrollo del propio valor o conjunto de valores, pues son los que deben tenerse en cuenta para una interpretación correcta e integrada. Con todo, la regulación legal que se ofrezca no puede ampararse, sin más, en el artículo 14 CE cuando no resista la racionalidad. Ésta opera a partir de una abstracción de la norma, que observe su sentido general y pueda determinar si los fines que la Constitución impone al Poder Legislativo —el valor constitucional—, se respetan a través de los medios que este último Poder del Estado emplea para ello.

La raíz del problema no reside tanto en que existan valores constitucionales enfrentados en cada caso concreto, porque el valor igualdad actúa para todos, si bien aquellos encuentren igualmente puntos de unión (la convivencia como elemento definidor, actual, del matrimonio y de las uniones paramatrimoniales) o compartan identidad (la concepción, y protección, de la familia). La cuestión estriba en negar, por ejemplo, la posibilidad de las uniones de hecho en el proceso especial de familia, y en definitiva para derivar protección hacia la familia desde la concepción de un matrimonio o una pareja de hecho del mismo sexo, quizá para justificar la afirmación de otros valores como bienes constitucionales protegidos (particularmente una determinada noción de matrimonio). Hemos de ver si la hipótesis no resiste el equilibrio, en función de la falta de respeto a la jurisprudencia o contrapeso de valores, como interpretación constitucional universal (11), a través de su jerarquización; o por el contrario si no sólo lo hace sino que el planteamiento existente es el único constitucionalmente legítimo.

Esa estructura piramidal de valores nunca puede ser incoherente, pero tampoco abierta a plena discreción del Tribunal Constitucional. La Constitución establece una serie de guías para evitarlo. Naturalmente, podría ser más complicado distinguir entre las partes del proceso y éste en su conjunto, como proceso justo. Y ello porque la reconducción del problema opera a través de valores como el de la Justicia, aglutinador finalista del fundamento efectivo de la teoría de la acción o el acceso a la jurisdicción y, a su vez, claramente objetivo. Sin embargo, el desarrollo de la igualdad como efectiva y real volvería a solucionar la constitucionalidad de una desigualdad en la ley, que además utilizaría la lógica y la ponderación. Lógica jurídica en la medida que no puede desnaturalizar una garantía de alcance constitucional. Ponderación referida al equilibrio, a través de la idoneidad del medio, así como la proporcionalidad de éste —limitar a un tipo de sujetos respecto de otros— con el fin —justicia final del proceso bajo igualdad real—. El sentido último de la diferencia de partes se encuentra en la base material subyacente:

(10) Sobre el tópico de la voluntad a tener en cuenta, y la poca importancia del legislador histórico, cfr. Domingo GARCÍA BELAUNDE, *La interpretación...*, cit., págs. 26 y 27.

(11) STC 64/1982, de 4 de noviembre.

el bien jurídico que defienden las esferas jurídico-privadas en el proceso, y que trasciende a éste desde el mundo material. En el proceso civil existen, de hecho, objetivos superiores a los que defienden las partes que litigan. A través de la figura del Ministerio Fiscal, precisamente, estos últimos pueden potenciarse más, como ocurre cuando entran en juego sujetos menores de edad o incapaces (12).

1.4. LA IGUALDAD PROCESAL Y EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Puede ser útil establecer como premisa fundamental la consideración de la igualdad procesal como asentada en el artículo 14 CE y no en el 24 de ese mismo texto, aunque aquél tenga en éste repercusiones ineludibles (13). La importancia de ubicación en el primero de ellos supone imponer, necesariamente, su relación con el contenido real y efectivo del artículo 9.2 CE. Este precepto es fundamental para resolver correctamente los resultados que debe ofrecer la legislación procesal. Los argumentos contemplados bien pueden ser igualmente utilizados, sin embargo, para establecer las diferencias, partiendo de la igualdad misma. Aquella finalidad última en la justicia de carácter objetivo no alberga distinciones entre partes hasta el punto de eliminar una. Por lo tanto, la consecuencia debe ser analizada en sede de resultados. Ahora bien, en ningún caso el método empleado impedirá que, de constatar el desequilibrio en el ejercicio del derecho fundamental, ceda éste ante un interés superior al individual.

Vincular la igualdad de armas formal a la regla de la contradicción impone la disposición de medios para poder contradecir. La demanda no deja de ser, a fin de cuentas, un instrumento o arma de la propia defensa, pero ello se circunscribe al contenido de la tutela judicial y a la prefiguración constitucional de la acción procesal como derecho fundamental. El mismo se sujeta, como es lógico, al principio de igualdad real y efectiva, pero ha de separarse de la igualdad de armas relacionada con la contradicción (14), pues muestran

(12) En realidad se padece, no obstante, la inacción del Ministerio público, en muchos partidos judiciales materialmente ausente en los procesos no dispositivos, lo que genera especiales problemas en los supuestos de guarda y custodia compartida, que requiere informe *favorable* del fiscal (art. 92.8 CC). Al margen que ello, dicho sea, atente directamente contra el ejercicio de la potestad judicial, pues nótese que no es un trámite previo e imprescindible a la decisión, sino un límite a la decisión judicial misma; al respecto se ha planteado cuestión de constitucionalidad. Parece que el origen del problema estuvo en un error de votación en trámite parlamentario, no subsanado en todos estos años, tampoco con la última reforma procesal.

(13) Cfr. María Victoria BERZOSA FRANCO, *Principios...*, cit., pág. 570.

(14) Véase aquí otra interesante relación entre el artículo 24.1 CE, donde estaría la contradicción, y el artículo 24.2 CE, donde se encontraría la igualdad de armas.

perspectivas dogmáticas diversas (15). Aun considerando que fuesen la misma cosa, no por ello se esquivaría el posible (y debido) tratamiento jurídico diferente, cuando sea razonable. No hacerlo desemboca, a menudo, en el desequilibrio final, contrario a un derecho constitucional que convierte la simetría en desigualdad material, algo de todo punto rechazable (16). Alcanzamos la necesidad de afirmar que «desigualar lo desigual es igualar» (17).

El principio de contradicción se vulnera si, por ejemplo, un litigante alega y la otra parte no puede hacerlo, a una parte se le ofrece audiencia y a la otra no, etc. En cambio, la existencia objetiva del derecho a la acción o de acceso al proceso, como algo teórico, es previo a la posibilidad de contradicción. Ésta se encuentra relacionada con la igualdad, derivada del «sostener» y «fundamentar» (18) como reacción, no del «iniciar» o «proseguir».

Existen, por consiguiente, dos vertientes diferenciadas, la igualdad formal se respetaría con la dualidad y la contradicción, apartándose de la discusión de desigualar posibilidades en la acción o en el recurso. Para alcanzar la material, en cambio, se requiere desigualar posiciones desiguales. Habría que resolver, en cualquier caso, si la exigencia de contradicción, por sí misma, es obstáculo

(15) No creo que la contradicción palidezca por desigualar posibilidades impugnativas, pero el error aún parece más claro cuando se intenta confundir la dialéctica contradictoria con el principio de igualdad.

(16) Cfr. Mario CHIAVARIO, «Sistema delle impugnazioni e profili di garanzie», en *Processo e garanzie della persona. II. Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1984, pág. 24. El autor define el ámbito natural de la exigencia de simetría en el proceso civil, uniéndolo a la posibilidad de reconvencción. La mayor parte de la doctrina española asume por completo la concepción igualitaria formal, sin atender a las eventuales consecuencias desigualitarias que perjudican a una de las partes; pero en todos esos casos se está respondiendo a un debate entre litigantes llamados a un mismo proceso. Y cuando los autores admiten el trato desigual, para obtener una igualdad real final en esa perspectiva, suelen hacerlo ceñidos al proceso laboral, a través de la «parte débil» (trabajador y principio *pro operario*). Sobre la misma habría que «compensar e igualar desigualdades fundamentales»; por ejemplo, José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT (*Derecho...*, cit.), acogiendo la STC 3/1983, de 25 de enero. La aceptación de la desigualdad entre partes siempre ha sido expuesta de forma muy diversa cuando referimos a la actividad del Ministerio Fiscal, en la instrucción o en los procesos civiles no dispositivos, pero nuevamente debe insistirse en que tal cosa afecta a la relación dialéctica que se establece dentro de un determinado juicio, no en la comparativa sobre los posibles accesos a las jurisdicciones, acciones civiles disponibles y tipos de procedimientos especiales a los que el justiciable pueda acudir. No es en este ámbito de análisis donde se afirma que la igualdad formal es el uso de iguales armas («de derechos y deberes procesales que garantizan precisamente la cualidad de parte»), lo que, por antonomasia, se produce en el proceso civil, sin que exista, por ejemplo, en el proceso penal.

(17) Entre otros, Enrique RUIZ VADILLO, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, ed. Actualidad, Alcobendas, 1994, págs. 133 y 231.

(18) «Hablar del principio de igualdad es tanto como expresar un modo o modalización del de audiencia. En el proceso actual es el único que puede hacer efectivo o posible este principio», María Victoria BERZOSA FRANCO, *Principios...*, cit., pág. 569.

a la desigualación material de armas procesales, pero no en el plano abstracto de diversos procesos sino de un mismo proceso contradictorio en curso.

1.5. LA INCIDENCIA DE LA IGUALDAD EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La igualdad procesal proviene del artículo 14 CE y, por ende, del artículo 9.2 CE. Se permite desigualar para alcanzar una verdadera situación igual final, la real y efectiva, que será la que en verdad acabe importando. Lamentablemente, el Derecho procesal, aunque autónomo en gran medida, en ocasiones olvida su instrumentalidad hacia el aspecto material, y cuando ello ocurre lastra su relación plena con el artículo 9.2 CE. Curiosamente provoca una paradoja al generar una mediatización del artículo 14 CE, situándolo en relación con el artículo 24. El artículo 9.2 CE actúa sobre la propia autonomía procesal, sin obviar las realidades provocadas en el proceso, con semblanzas de lo que ocurre con una previa desigualdad económica material. Impide acceder o seguir en el proceso, debiendo corregirse procesalmente sólo si atendemos a la relación subjetiva jurídico-procesal concreta, no en cambio cuando se aborda la cuestión desde la comparativa entre derechos a la acción procesal.

Proclamar la no indefensión implica que en todo proceso debe respetarse un derecho de defensa, con contradicción de las partes enfrentadas (19). Se exige que el proceso se desarrolle a la vista de ambas posiciones, manifestando la oportunidad de contraatacar lo que alega la otra parte. No se trata simplemente de garantizar la audiencia sino de que, en el respeto de la tutela judicial que cada uno persiga alcanzar favorablemente, se exponga el contrapuesto debate ante el juzgador, permitiendo decidir en mejor justicia. De hecho, a lo que estamos es a una contradicción que sólo puede admitirse en el plano real, en lo que de verdad sucede procesalmente, porque contradecir es algo efectivo en vez de potencial.

Junto a la discusión sobre la igualdad parece nacer la justificación del intervencionismo jurídico en las relaciones privadas. Si convenimos en la necesidad de unos mínimos irrenunciables quizá estamos partiendo de una justificación ajena al voluntarismo individual donde, obvia decirlo, la decisión de cada uno se eleva sobre la decisión de formalizar una determinada situación fáctica que, sujeta a la perspectiva jurídica, está fundamentando la protección estatal o autonómica. De ese modo, y marginando la seguridad jurídica para terceros, pudiera parecer irrelevante que para exigirse el derecho —irrenunciable— entre quienes participan de esa mencionada situación, no sea preciso someterse a una determinada formalidad administrativa como, por

(19) STC 4/1982, de 8 de febrero, FJ 5.º

ejemplo, inscribirse en un particular Registro. Si un supuesto de hecho debe ser protegido como derecho irrenunciable, da la sensación que tendría que bastar que tal supuesto de hecho —material, ajeno a formalidades adicionales que configuren reflejo o constancia pública sin variar su esencia— se produzca en la realidad radical, como ocurre con singulares derechos laborales que no resultan sesgados, digamos, por la falta de un contrato escrito o porque el trabajador infringiera la legislación de extranjería. Por otra parte, no es fácil asumir que las parejas de hecho sepan del diverso contenido de sus derechos en el caso que se inscriban o que no lo hagan, y el cúmulo de normas que nos rodean ha relativizado y en muchos casos superado aquel axioma de que la ignorancia de la ley (no penal) no exime su cumplimiento. Naturalmente, ante el caso de una pareja de hecho no inscrita en el Registro administrativo constitutivo del Gobierno balear se observará la vertiente negativa de la regla, esto es, que no se aplique la (ignorada) ley sobre uniones de hecho —no su cumplimiento—. Dicho de otro modo, que se cumplirá el Ordenamiento jurídico (la ignorada «Ley» —en general—) por el que no cabría, por ejemplo, una compensación económica o una pensión periódica. Pese a todo, la situación de hecho puede ser la misma, con lo que la única diferencia radicaría en la ausencia de los requisitos del artículo 1 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, dictada por el Parlamento balear (en adelante LBPE), ante lo cual no debe extrañar que unos y otros se vean desigualmente tratados *en la Ley*: el conviviente extramuros legislación autonómica sobre parejas de hecho por no poder obtener sus beneficios de su *ex* y el conviviente bajo inscripción constitutiva y sujeto a esa legislación territorial por tener que satisfacerlos al otro/a.

En cualquier caso, el Derecho Privado dispositivo puede cubrir tanto las necesidades patrimoniales constante convivencia en situaciones de conflicto como en supuestos de extinción. Pero tal cosa dependería del pacto, y resultaría una contradicción en los propios términos obligar a que exista algún tipo de pacto cuando su naturaleza se basa en la libertad de disposición y autonomía de la voluntad. De ese modo, la ausencia de un pacto —como decisión igualmente libre de no pactar—, impone a las partes no poder reclamar los contenidos que eventualmente hubieran podido plasmar en el acuerdo. No tiene porqué rechazarse una serie de mínimos derechos, pero es difícil establecerlos sin entrar en la crítica de la desigualdad o el peligro de un creciente proteccionismo de la Administración, lo que a mi entender aconseja exprimir los cauces del Derecho patrimonial y reducir aquellos a la mínima expresión, si no puede justificarse bajo tal instrumento su total eliminación.

2. NORMATIVA EN PRESENCIA Y COMPETENCIA LEGISLATIVA

2.1. EL ÁMBITO SUSTANTIVO DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA BALEAR SOBRE PA- REJAS DE HECHO

Con la promulgación de la Constitución Española de 1978, la tradicional unificación que operaba el Código Civil español dejó paso a la diversidad legislativa en materia civil, bajo una coexistencia legítima e igualitaria que, por demás, recuperaba la propia historia y autonomía legislativa de algunos territorios. La distribución competencial se estructuró, fundamentalmente, a partir de los artículos 148 y 149 CE y los Estatutos de Autonomía. En particular, la Comunidad Autónoma balear configuró el suyo a través de la Ley Orgánica 2/1983, reformada en 1999 (LO 3/1999, de 8 de enero), y de acuerdo con el artículo 149.1.8.^a CE se indicó de qué modo «la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil de la Comunidad Autónoma» constituía competencia exclusiva de esta autonomía (art. 10.23 EAB), al igual que la determinación de las fuentes del Derecho Civil balear (art. 50.2 EAB). Esa asunción de competencia también es excluyente, por lo que el Estado español perdió capacidad para legislar en esa materia. Sin embargo, conviene repasar el redactado del artículo 149.1.8.^a CE para subrayar dos aspectos concretos: el derecho competencial vinculado a la preexistencia del Derecho Civil especial de la Comunidad Autónoma y el significado de «conservar», «modificar» o «desarrollar». Según el texto, el legislador constituyente indicó en el artículo 149.1.8.^a que el Estado era competente exclusivo en «Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial».

La preexistencia, por consiguiente, enlaza con la imposibilidad de efectuar una determinación genérica (en el art. 148 CE) a favor de las autonomías en el terreno de la legislación civil, ya que no todas las Comunidades Autónomas disfrutaban de esa competencia (20). Y partiendo del Derecho Civil territorial existente, su conservación o mantenimiento, así como su modificación bajo la delimitación de las propias instituciones, no ofrece tanta polémica como su

(20) Desde la perspectiva del ordenamiento codificado y compilado se hablaría de Vizcaya y Álava, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra; pero otros territorios tenían igualmente Derecho específico, como, por ejemplo, Valencia —con base en el Derecho consuetudinario, vid. STC 121/1992, de 28 de septiembre— o Extremadura.

«desarrollo», que atiende a tesis restrictivas, eclécticas o extensivas. Las primeras, también llamadas «foralistas», interpretan que el desarrollo sólo puede establecerse sobre las normas compiladas (21). Las segundas, como posición intermedia, abogan por permitir la competencia legislativa civil no sólo respecto de instituciones ya existentes sino también de otras conexas con las anteriores (22). Por último, las terceras, denominadas «autonomistas», concluyen en la libertad de legislación siempre y cuando se excluyan materias reservadas «en todo caso» al Estado central y que enumera el citado artículo 149.1.8.ª CE, por exigencias de uniformidad en todo el territorio nacional. En cualquier caso, aunque parece indiscutible que si algo debe conservarse, modificarse o desarrollarse, ese algo debe existir, tal existencia no equivale necesariamente a una normativa compilada en el momento de promulgarse la Constitución; no se trata, en fin, del Derecho como norma positiva existente sino como ámbito de competencia normativa (23). Efectivamente, la jurisprudencia constitucional establece que «la competencia autonómica en la materia ha de entenderse más por referencia al Derecho Foral en su conjunto que a instituciones forales concretas» (24). En esta línea de análisis se manifiesta también que «la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del propio Derecho Civil puede dar lugar... a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico» (25).

En la tesis de las instituciones conexas, admitida por la jurisprudencia constitucional, el desarrollo del Derecho Civil foral o especial supone, tanto la conexión entre las instituciones tradicionales y las nuevas, como el respeto o fidelidad a los principios —convertidos de ese modo en una limitación legislativa intrínseca—, permitiendo, en definitiva, la actualización o innovación del Derecho Civil del territorio más allá de la normativa compilada, siempre y cuando no exista intromisión en las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a

(21) En este sentido, María Pilar FERRER VANRELL, «El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en Derecho Civil propio», en *Revista Jurídica de las Illes Balears*, núm. 2, págs. 19 y 20, nota núm. 87.

(22) En este sentido, vid. STC 88/1993, de 12 de marzo; cfr. Jesús DELGADO ECHERRÍA, «Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil», en *Iuris. Quaderns de política jurídica*, núm. 1, 1994, pág. 37 y sigs. Respecto de la Compilación balear, vid. STC 156/1993, de 6 de mayo.

(23) Ferràn BADOSA COLL, «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret Civil», en *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, pág. 3 y sigs.

(24) STC 88/1993, de 12 de marzo; respecto de la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, que equiparó los hijos adoptivos a los demás, a pesar de que la compilación aragonesa carecía de precepto alguno sobre adopción.

(25) STC 182/1992, de 16 de noviembre, sobre ampliación de plazo de norma estatal en materia arrendaticia rústica, por parte del Parlamento gallego.

las formas de matrimonio, la ordenación de los registros e instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, o las normas para resolver los conflictos de leyes.

Resulta pacífico que el constituyente no pretendía atribuir competencia legislativa civil al parlamento autonómico —como sin embargo había hecho la Constitución Española de 1931—, pero la falta de una atribución general no ha impedido que autonomías sin Derecho Civil propio y vigente en 1978, introdujesen en sus Estatutos de Autonomía competencias legislativas, en buena medida basadas en la, por otro lado, incontestable existencia de un Derecho consuetudinario específico (Asturias, Canarias, Extremadura, Murcia o Valencia). Se confunde, no obstante, la existencia de un Derecho Civil propio —que como tal existió históricamente pero no se mantuvo hasta 1978—, con instituciones civiles o normas jurídicas escritas o consuetudinarias civiles que no lo son; por mucho que se tengan en cuenta, por ejemplo con la referencia a la costumbre en múltiples artículos del Código Civil (26). Sin que tampoco sea viable utilizar la Disposición Adicional 1.^a CE, según la cual la CE «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía» (27). Pero aunque para una determinada materia resultase definida la competencia estatal exclusiva, la ausencia de actividad legislativa del Estado —por ejemplo, en el ámbito de las uniones de hecho—, legitima la protección que la propia Comunidad Autónoma despliegue bajo los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 y sigs. CE), sea bajo una dinámica característica de la autonomía de libertad de las partes, sea bajo planteamientos cogentes. Nótese el juego del artículo 149.3 CE y el sentido de la supletoriedad general del Derecho estatal. El citado precepto indica que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado,

(26) (Sic) María Pilar FERRER VANRELL, «La Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de les Illes Balears. El reconocimiento de la competencia civil a las Comunidades Autónomas», en *Lecciones de Derecho Civil Balear* (con otros autores), Col·lecció Materials Didàctics, núm. 82, Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2004, pág. 58. Aparte el artículo 1 del Código Civil español, vid., de ese mismo texto legal, los artículos 570, 587, 590, 591, 1.287, 1.520, 1.574, 1.578, 1.579, 1.580, 1695, 1.750 ó 1.799. Entiende la autora que dicha realidad no impide la legislación autonómica para determinadas materias —por ejemplo, los arrendamientos históricos valencianos— pero no bajo el título competencial del artículo 149.1.8.^a CE sino por otro, que permite contener material civil aun cuando no bajo el ropaje de una legislación civil.

(27) Cfr. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.8 de la Constitución. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil», en *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, pág. 79.

cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas».

En este sentido se considera que la supletoriedad es el mecanismo para colmar las insuficiencias de aplicación preferente o inmediata, y que el fundamento de la supletoriedad, por tanto, es la insuficiencia, no el conflicto de normas. Asimismo, el carácter supletorio del Derecho del Estado no tiene lugar cuando el vacío normativo autonómico es voluntario, es decir, cuando en realidad no existe ninguna laguna legal porque el legislador autonómico no ha querido acudir a una materia extraña a su Derecho Civil propio; y tampoco cuando tal supletoriedad resultase contraria a los principios que informan el ordenamiento autonómico (28). De este modo, el Derecho Común en la Comunidad Autónoma balear es el de la Compilación, mientras que el Código Civil español lo suple en tanto aquél sea un ordenamiento civil territorial temporalmente incompleto y su autointegración insuficiente en determinados aspectos; la diversidad de regulaciones concurrentes puede propiciar, si llega el caso, un conflicto de leyes regido por el artículo 16.1 del Código Civil español (en adelante CC) (29). No obstante, existe un problema preliminar a resolver, cual es la capacidad legislativa de las autonomías en el ámbito material de las parejas de hecho, y que deba recordarse que la única impugnación de inconstitucionalidad contra ese tipo de actividad fue retirada por motivos políticos (30).

Se afirma que la regulación del matrimonio es competencia exclusiva del Estado, en virtud del artículo 32.2 y 149.1.8.^a CE (31). La competencia legislativa civil de determinadas Comunidades Autónomas con Derecho propio en esta disciplina sólo se limita por la vía de la excepción —como tal de interpretación restrictiva— a unos aspectos concretos de la norma, en particular «las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio». Por consiguiente, siquiera apunta a las formas del matrimonio en sí mismas, para las que simplemente se establece una reserva de ley, por la que cabría vincular la competencia del Estado si concluimos que tales reservas, en la Constitución, aluden a la ley estatal y no a la ley autonómica. La jurispruden-

(28) María Pilar FERRER VANRELL, *La Constitución...*, cit., pág. 62.

(29) María Pilar FERRER VANRELL, «La aplicación del Derecho Civil de Baleares. El sistema de integración de las normas», en *Lecciones...*, cit., pág. 78.

(30) Aparte los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes autonómicas navarra y vasca en cuanto permiten la adopción por pareja homosexual, el primero promovido por diputados del Partido Popular (núm. 5297/2000), el segundo por el presidente del Gobierno en aquel entonces (núm. 5174/2003).

(31) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 106.

cia constitucional, que por conocida sobra citar, puntualiza sobre la competencia estatal en este punto, y en todo caso las normas autonómicas muestran, sin controversia formal, el convencimiento de que el Estado y sólo el Estado puede regular sobre el matrimonio como institución constitucional y civil; lo contrario habría permitido, muy posiblemente, la legislación sectorial del matrimonio homosexual al modo que ha tenido lugar en algunos Estados federales de Estados Unidos de América (32). La cuestión material, sin embargo, impone analizar si a pesar de los planteamientos formales existe una vulneración material por parte de los Derechos civiles territoriales, en el sentido que la regulación efectuada sobre las parejas de hecho esquivara total o parcialmente el régimen jurídico del matrimonio. Si así fuese, poco importaría que las Comunidades Autónomas no tuviesen competencia para legislar sobre matrimonio, hacerlo sobre las parejas de hecho ofrecería a los interesados el mismo resultado práctico, más allá de la terminología empleada para el negocio jurídico o algunos efectos que entroncan en actividad inevitablemente estatal, como por ejemplo la adquisición de nacionalidad por matrimonio.

La doctrina ha distinguido la regulación positiva de las parejas de hecho entre dos tipos de efectos, los de alcance jurídico-público o administrativo y aquellos propios del ámbito sustantivo civil o de naturaleza jurídico-privada (33). El primer grupo alcanza, en mayor o menor medida, la equiparación de las parejas de hecho con los matrimonios, en el campo de sus relaciones con las Administraciones públicas en sede territorial autonómica, como es ejemplo la Disposición Adicional 2.^a LBPE. Si ese tipo de desarrollo, bajo las propias competencias estatutarias, refiere actuaciones de los poderes públicos al margen de toda facultad legislativa en sentido propio, siquiera se plantea la idea del Derecho Civil territorial, de manera que tal bloque normativo de naturaleza administrativa es inocuo en el examen de constitucionalidad. En el segundo grupo encontramos el régimen económico y personal que deriva de la convivencia y, particularmente, del cese de la convivencia, pero es preciso distinguir según comunidades autónomas con o sin Derecho Civil propio, pues éstas con-

(32) La sentencia del Tribunal Supremo del Estado federal de Hawái, de 5 de mayo de 1993 (*Baehr vs. Lewin*) consideró discriminatorio, por razón de sexo, rechazar el matrimonio homosexual. Sin embargo, ante la realidad de que las decisiones al respecto, en cada uno de los Estados federales, obligasen a los demás a reconocer matrimonios gays que sin embargo no autorizaban en su territorio, se impulsó la *Defense of Marriage Act* (16-VII-1996), y el matrimonio heterosexual, suprimiendo con ello la posibilidad de medidas asistenciales federales a favor de la pareja homosexual al tiempo que, permitiendo el reconocimiento o rechazo, desde cualquier Estado federal, del matrimonio homosexual celebrado en otro Estado. Véase, en general, Glenda LABADIE JACKSON, «Deshojando margaritas: un recuento histórico del reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América», en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2006, www.indret.com.

(33) Seguiremos en este análisis la exposición de Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 107 y sigs.

tienen normativas ciertamente más limitadas. En cualquier caso, aún aquéllas (Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra y País Vasco) plantean dudas de constitucionalidad porque regulan efectos jurídico-privados de las parejas de hecho, en tanto la competencia legislativa sobre el propio Derecho Civil, foral o especial no ofrezca suficiente cobertura para reconocer la plena validez de las leyes autonómicas con regulación sustancial civil de la pareja de hecho. Debe apuntarse inmediatamente que los pactos entre convivientes, que es la forma fundamental de regulación básica, no engendran problema alguno siempre que, como cualquier negocio jurídico, se ajusten a los principios constitucionales de igualdad y dignidad humana. Por lo tanto, son perfectamente viables pactos de naturaleza patrimonial *inter vivos* o pactos sucesorios, sin necesidad de su ubicación normativa en el elenco de las leyes sobre uniones estables de pareja o uniones de hecho, o en la regulación de éstas —en la balear destacando la forma verbal (art. 4 LBPE)—, lo que deriva *ex post* el problema de la prueba. No sería posible, empero, la fórmula contractual de los capítulos matrimoniales, reservada a los cónyuges o a quienes proyecten celebrar un matrimonio (arts. 1.325 y sigs. CC) (34). Es en el ámbito subsidiario y en buena medida automático por falta de pactos donde reside el debate. No obstante, conviene mencionar que la interpretación del principio de igualdad de los cónyuges es límite a la estipulación capitular y trasciende del mismo modo al ámbito de la autonomía negocial de los miembros de una unión de hecho. Para su análisis ha de tenerse presente, en general, que el respeto a la igualdad debe ser valorado en el momento en que se formaliza el pacto, y que la autolimitación es posible, esto es, privilegiar a uno en detrimento del otro.

En el Derecho balear el régimen económico de la pareja de hecho, supletorio al pacto, es el de la separación de bienes, al igual que ocurre con el régimen económico-matrimonial rector por defecto en las islas. Asimismo, el artículo 5 LBPE también establece la necesidad de contribuir a las cargas familiares en proporción a los recursos económicos de cada miembro de la pareja, con responsabilidad subsidiaria en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro miembro para el levantamiento de las cargas familiares, y no se olvida el derecho recíproco de alimentos preferente sobre cualquier otro de carácter legal, según el artículo 6 LBPE (35). Por su parte, al margen de la

(34) Vid., en general, Javier SEOANE PRADO, «Liquidación de patrimonios comunes (Comunicación)», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 346 y sigs.

(35) En el ámbito del matrimonio y la separación de bienes balear, pero también en el contexto de la pareja de hecho, María Pilar FERRER VANRELL, *Las cargas del matrimonio como límite a la disposición y administración de los bienes de los casados en el régimen económico de separación de bienes de la Compilación de Derecho Civil de Baleares*, pág. 8 y sigs. y nota 18, rechazando la introducción en el Derecho balear del concepto de cargas contenido en el Código Civil, *id.*, nota 30 en pág. 13; *cfr.*, en este sentido, de la misma autora, «El “régimen económico” de la Ley 18/2001, de 19 de di-

supletoriedad del régimen de separación, se estructuran consecuencias económicas para la ruptura de la pareja, incluyendo la pensión periódica (art. 9 LBPE) y la compensación económica (art. 10 LBPE). Por su parte, el régimen sucesorio establecido para la pareja de hecho muestra una total equiparación con el régimen que deriva del matrimonio a vista del artículo 13 de la Compilación, al margen de la atribución expresa al supérstite del ajuar de la vivienda común, a no computar en el haber hereditario a pesar de los artículos 3.3 y 65 de la Compilación, y del derecho de subrogación en el arrendamiento de la vivienda según la legislación arrendaticia urbana (art. 12 LBPE). Desde otro punto de vista, las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio equipararon la pareja de hecho al matrimonio en instituciones como la adopción, la incapacitación, la tutela, la ausencia y el acogimiento.

Resulta, finalmente, incontrovertido concluir que, con la promulgación de la Constitución Española en 1978, las uniones de hecho no se encontraban jurídicamente reguladas en cuanto tales por ningún Derecho Civil, foral o especial, del mismo modo que tampoco lo estaban, ni lo están todavía, por el Derecho estatal. La competencia legislativa autonómica para conservar o modificar el propio Derecho Civil no cabe, pues, en tal sentido, y se debe ahondar en las posibilidades de desarrollo de ese Derecho propio, lo que a través de la tesis mayoritaria promueve analizar la conexidad de instituciones civiles ya existentes con la figura jurídica de la pareja de hecho. Un desarrollo que, además, enlaza con los también propios principios generales de cada Derecho territorial, como se ha encargado de puntualizar la jurisprudencia constitucional (36). Es clara la generalidad del fenómeno de la unión de hecho, cuyo reconocimiento social no deriva de peculiaridad alguna de unas u otras Comunidades Autónomas (37). Ahora bien, conviene no confundir el Derecho Civil propio con la idea de un Derecho peculiar o particular, acaso vinculado a instituciones jurídicas especialísimas o variopintas, pues si de eso se tratase buena parte de las legislaciones civiles autonómicas —en mayor medida aquellas más completas— no encontrarían razón de ser por cuanto sus regulaciones de la vida civil cotidiana son generales y se encuentran comúnmente desarrolladas en el Derecho Civil español; un Derecho hoy estatal que en ciertos aspectos, dicho sea, deviene deudor de construcciones jurídicas nacidas en los territorios ahora autonomías. Por su parte, hay quien considera que partiendo de la base constitucional según la cual las regulaciones de las uniones de hecho en las Comunidades Autónomas no son matrimonio, sería posible defender la adecuación a la Constitución de las mismas en tanto

ciembre, de Parejas Estables, del Parlamento balear», ensayo enviado para el *Libro Homenaje al profesor Díez-Picazo*.

(36) Por ejemplo, SSTC 88/1993, de 12 de marzo, o 156/1993, de 6 de mayo.

(37) En tal sentido, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 123.

conceden efectos jurídicos a parejas de hecho más o menos formalizadas, donde las autonomías han podido decidir con libertad cuándo la unión de hecho podía tener atribuidos efectos semejantes al matrimonio y cuándo no, siempre respetando la Constitución y bajo las propias competencias, en algunos casos con trascendencia en el ámbito del Derecho Civil y en otros con eficacia exclusivamente administrativa (38).

La doctrina antes citada defiende, en cualquier caso, que no cabe asimilar la conexidad a la existencia de un régimen económico-matrimonial propio o un régimen sucesorio derivado del matrimonio también autónomo en determinadas Comunidades Autónomas. Y se concluye, en este sentido, que se trata de decidir si nos encontramos o no ante un matrimonio, o al menos, por similitud que no identidad entre matrimonio y pareja de hecho, ante una conducta jurídicamente relevante, propia de la voluntad personal, a la que procede atribuir determinados efectos jurídicos (económicos y sucesorios) como se atribuyen al matrimonio; el reconocimiento, en fin, de un nuevo negocio jurídico (39). Vaya por delante, en todo caso, que el inconveniente planteado por esta doctrina existiría igualmente si la regulación autonómica se limitase a establecer la libertad de pacto en la pareja de hecho, sin ningún tipo de régimen subsidiario por falta de acuerdo expreso, por el que la pareja de hecho pudiera ordenar las consecuencias económicas y sucesorias de su realidad jurídica —sin afectar, porque extralimitaría el objeto del contrato, aquellos elementos jurídicos indisponibles por someterse a una regulación legal estatal o autonómica previa y prevalente—, o incluso por acuerdo implícito, cuyo contenido podría desarrollarse en la ley autonómica de parejas de hecho, donde el consentimiento se articularía a través de una formalidad por la que dos personas deciden pasar de la unión meramente fáctica a la jurídica, lo que convertiría la forma en constitutiva y, a fin de cuentas, en un concierto expreso de voluntades que pondría en funcionamiento el contenido negocial que fuera. El problema competencial, en el modo que ha sido planteado, sería el mismo, pero no se produciría en absoluto si, bajo iguales parámetros, dos personas deciden pactar sobre determinados supuestos de hecho vinculados a su unión estable de convivencia afectiva, y bajo sujeción al Derecho Civil estatal o autonómico aplicable para el Derecho de Obligaciones en presencia.

Punto de partida ineludible se encuentra en la definición de la pareja de hecho de la que nacerá la regulación positiva autonómica, y salvo excepciones

(38) Pedro de PABLO CONTRERAS, «La Constitución y la Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 91 y sigs.

(39) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 123.

se utiliza para ello la convivencia marital o la relación de afectividad análoga a la conyugal (art. 1.1 LBPE). Ahora bien, no debería dudarse que en los supuestos de convivencia de hecho que regulan las legislaciones autonómicas se atiende, precisamente, a ese tipo de vinculación afectiva y no a otra, lo que igualmente enlaza con los impedimentos para establecer la unión o la prohibición de pactos que pretendan condicionar o limitar en el tiempo la dicha convivencia, como ocurre con el artículo 45 del Código Civil (art. 4.2 LBPE), sin olvidar tampoco la existencia de un reconocimiento de la pareja de hecho a través de su inscripción en un Registro público creado al efecto. En este sentido, la inscripción es constitutiva en el Derecho balear (art. 1.1 LBPE), como formalización exigible, pero el particular no muestra, precisamente, un argumento de lógica por ser contrario al formalismo que el matrimonio contiene (40). Precisamente todo lo contrario: la pareja de hecho elige juridificar su relación de convivencia. De esa manera, es clara su voluntad de someterse a un determinado régimen normativo, desechando el matrimonio civil por los motivos que sean. En cambio, existen legislaciones territoriales en las que no es necesaria tal actuación voluntaria y expresa, como ocurre en Cataluña, de manera que quien no ha querido casarse se ve introducido en un marco normativo que quizá tampoco desee, cual es el de la pareja de hecho. Ello sí ofrece una abierta crítica al intervencionismo, porque no permite la opción del sujeto, que viene obligado por un elenco de derechos y deberes como pareja de hecho. Y mientras los primeros —los derechos— puede no ejercitarlos si así lo escoge, nada podría frente a los segundos —los deberes—, en realidad exigidos por otro. Y puede también postularse que todos dependen de los propios miembros de la pareja. Lo que ocurre en la práctica es que, al momento de la ruptura o el conflicto, parece connatural agotar todo derecho del que se disponga, activando así el deber correlacionado.

En el contenido del meritado régimen jurídico escogido reside, en cambio, el sentido de una eventual crítica ante legislaciones como la balear donde, precisamente, la propia pareja de hecho decide si quiere formar parte o no de una regulación positiva. Esto sentado, no tiene mucha lógica que la pareja de hecho prescindiera del matrimonio pero acoja una situación fáctica que normativamente apenas se distingue de aquél. Dicho de otro modo, no parece admisible que quien no puede legislar sobre el matrimonio legisle sobre una nueva figura jurídica que no se diferencia con el matrimonio en sus efectos jurídicos o, incluso, mejora alguno de los inconvenientes que presenta el matrimonio en cuanto a los supuestos de extinción o disolución, por cuanto la pareja de hecho se basa únicamente en la voluntad, sin necesidad de justificación ni trámite de ningún tipo: por mero acuerdo de las partes o por matrimonio de

(40) Como expone Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 127.

cualquiera de ellas, así como por decisión unilateral de uno de los miembros con comunicación al otro (art. 8.1.b LBPE). A lo anterior se une que, dada la imposibilidad de poligamia, también, en el ámbito de la pareja de hecho, la exclusión voluntaria del matrimonio se extiende a la pareja de hecho homosexual. Con todo, los distingos efectuados a este último respecto, sobre dotar a la unión homosexual de un determinado amparo normativo —más allá del pacto patrimonial privado, siempre posible bajo los cauces habituales del Derecho de obligaciones aplicable—, cuando no cabía el matrimonio entre personas del mismo sexo, plantea el problema de base: aun sin capacidad para legislar sobre el matrimonio civil, el Derecho territorial lo hace *a simile* y permite iguales efectos, ofreciendo con ello, a las parejas homosexuales, lo que ofrecería el matrimonio que no podían celebrar. Este razonamiento decae, naturalmente, desde el momento en que el matrimonio entre personas del mismo sexo es legalmente posible.

Si lo que se persigue es la equiparación entre parejas de hecho y matrimonios, y ésta se consigue realmente para las primeras aun cuando puedan las mismas contraer matrimonio, la multiplicidad de regímenes plantea una disfunción antieconómica desde el punto de vista normativo, naturalmente dejando a un lado las pretensiones legislativas que pudieran subyacer. Se afronta, con ello, la necesidad de dividir entre pareja de hecho y matrimonio y se abren dos justificaciones que acaban por ser irreales frente a la noción de un matrimonio libre, como visión meramente contractual o voluntarista, bajo una tendencia puramente individualista (41). Esta noción no se compadece con la raigambre religioso-sacramental, pero no es contradictoria con un concepto de matrimonio que puede modularse por el legislador ordinario siempre y cuando no altere el núcleo duro que el legislador constituyente imprimió como contenido esencial del derecho constitucional a casarse, lo que tampoco significa que tal configuración constitucional no sea alterable bajo los cauces oportunos. Cabe la reforma, necesariamente consensuada por exigencias del artículo 168 CE, si bien no es necesaria la mayoría especialmente cualificada y el procedimiento especial del artículo 169 CE. La primera reside en el sentido histórico del matrimonio como institución, para muchos anclado en una construcción religiosa, en particular la canónica (42), y toda la idiosincrasia y el aparato

(41) Y esa línea de análisis es la que ofrecen las últimas reformas en materia de matrimonio con las Leyes 13 y 15/2005; cfr., sobre el concepto, Rafael NAVARRO VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 115; Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Rialp, Madrid, 1996, pág. 24 y sigs. Véase, en general, Rafael NAVARRO VALLS, «Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 313 y sigs.

(42) El Derecho matrimonial clásico en la tradición jurídica europea es el canónico; cfr. Álvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad

sociológico que tal origen comporta, especialmente en cuanto a la finalidad del enlace nupcial y a la forma de disolverlo. Ahora, con un divorcio sin causa, el componente estático viene claramente relativizado, y debe atenderse a la concepción de sus auténticas finalidades que, como inherentes a la institución, su ausencia destruiría. Ciertamente es que si el sistema de divorcio depende de la decisión unilateral de cualquiera de las partes, no sólo se advierte un tratamiento jurídico para la extinción del vínculo, sino una reconsideración respecto a la configuración de ese mismo en el momento inicial.

Veremos que la unidad de razón, entre el matrimonio tradicional y el actual, se asimila sin demasiados inconvenientes por la pareja de hecho regulada. Y nótese que aunque la reforma de la Ley 15/2005 haya suprimido el divorcio causal, ya antes podía prescindirse del motivo tasado, por lo que el acercamiento entre matrimonio y unión de hecho ya habría tenido lugar mucho antes que la reforma aludida. Efectivamente, con anterioridad a julio de 2005 mostrar la irreversibilidad en la quiebra de la afección matrimonial justificaba la separación judicial o divorcio demandados en un sistema legal como el reformado según la Ley 30/1981, de 7 de julio, que había abandonado en gran medida la idea de separación como sanción al cónyuge culpable de la crisis matrimonial y pasó a concebirla, fundamentalmente, como un remedio para resolverla. Por tanto, dentro del primer número del antiguo artículo 81 del Código Civil no sólo podía incluirse el supuesto de que ambos cónyuges pidieran conjuntamente la separación, o uno con el consentimiento del otro, sino también la petición por separado cuando, en un proceso contencioso, los dos litigantes manifestaban recíprocamente su conformidad con la estimación del pedimento relativo a la separación, sin que se hiciera necesario para declararla insistir en quién la había provocado —si es que eso podía determinarse—, pues ello solo servía para enconar las posturas de las partes sin motivo alguno. Resultando recíproca e irreconciliable la pérdida de *affectio maritalis* entre cónyuges, algo en sí mismo incompatible con el contenido exigido en los artículos 67 y 68 del Código Civil, debía eludirse el análisis de las diferentes acusaciones que ambos se dirigieran entre sí, al menos en lo

de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 285. No obstante, el Derecho Romano, raíz de nuestro sistema jurídico, permite lecturas bien diversas a las que elaboró el Derecho Canónico, pues aun cuando parte de la diversidad del sexo de los contrayentes y de una desigualdad entre ambos a favor del hombre, carece de forma y su fundamento reside en la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii* más que la convivencia, que no tiene que ser efectiva o material sino ética, el *divortium* podía basarse —al menos hasta Justiniano— en la ausencia de consentimiento matrimonial o pérdida de la *affectio*, que se exigía continua; vid. Juan IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Esplugues de Llobregat, 1958, pág. 547 y sigs. Y se tiende en la actualidad a esta situación de hecho, bajo un consenso durativo; cfr. Álvaro D'ORS, *Derecho Privado...*, cit., pág. 287, en relación con los planteamientos de autores como FUENMAYOR, vid. su *Divorcio: legalidad, moralidad y cambio social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1981, pág. 103.

que refiere a la petición de separación matrimonial o divorcio que instaban con claridad. El motivo —en el sistema causal entonces existente— se preguntaba a través de la grave vulneración de los deberes conyugales.

La segunda justificación antes planteada se incardina en aquellos aspectos que, deducidos de una unión afectiva entre dos personas, invocan toda una suerte de exigencias que superan las posibles voluntades o decisiones personales de los convivientes o de los que fueron convivientes, en el terreno de las consecuencias de su ruptura. Y si se apuran las circunstancias justificadoras podrá advertirse que la razón última favorable al intervencionismo estatal está vinculada tanto a las situaciones matrimoniales como a las no matrimoniales, por cuanto no se basa en el matrimonio, abstractamente considerado, para arbitrar soluciones jurídicas, sino acaso en el fundamento y algunas finalidades de ese matrimonio que, como ya se adelantó, también son participadas por las uniones estables de hecho. A pesar de todo, la jurisprudencia constitucional justifica la diferenciación entre la familia matrimonial y la que no lo es, en compatibilidad con el artículo 39.1 CE (STC 184/1990, de 15 de noviembre).

Sólo el primer grupo de justificaciones podría implicar una defensa constitucional del matrimonio, frente a las parejas de hecho reguladas en las distintas Comunidades Autónomas, que podrían definirse como nuevas clases de matrimonio —excluido este término de las características connotaciones religiosas—, tanto en la forma de celebración, los requisitos para ello, su contenido personal y patrimonial y sus causas de extinción, lo que conduciría a entender que la regulación jurídico-civil operada por las autonomías carece de competencia legislativa material y resulta inconstitucional (43). Nótese que, en ciertos casos, no se trata tanto de una defensa del matrimonio como institución estatal —donde finalmente reside la fuerza de la legitimidad competencial, no se olvide— respecto a sus efectos jurídicos colaterales, pues el legislador competente puede efectuar equiparaciones concretas respecto de relaciones jurídicas determinadas, más allá de las administrativo-fiscales, como en sede arrendaticia (art. 16.1.b y 24.1 LAU) o en materia de adopción (DA 3.^a de la Ley 21/1987), sin olvidar las implicaciones de la pareja de puro hecho como desencadenante de efectos en el ámbito de las relaciones económico-matrimoniales (art. 101 I i.f. CC: la convivencia marital con otra persona —hombre o mujer— pone fin a la pensión compensatoria del art. 97 CC).

Al entender de la doctrina especializada (44), las características y fines esenciales de la institución matrimonial han sido la publicidad de la relación, facilitadora del control social; la eficacia de las prohibiciones, respecto de

(43) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 128.

(44) José Pascual ORTUÑO MUÑOZ, «Familias no matrimoniales, uniones de hecho y conflictos jurídicos», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, págs. 18 y sigs.

menores e incapaces; la implantación de impedimentos, bajo el control genético y aparte de los tipos delictivos vinculados; el control político de la institución inserta en el Derecho Público; el aseguramiento y la garantía de la filiación «legítima»; el carácter heterosexual del matrimonio; el principio de monogamia; las formalidades sociales en la concertación del vínculo, bajo liturgias que lo publicitan aun cuando quepan las formas secretas excepcionalmente; la determinación de los derechos y obligaciones personales de los cónyuges; la regulación esencial de la economía de la familia; las previsiones referidas a la ruptura del vínculo conyugal. En gran medida, la caracterización expuesta parte de una política de la represión que, sin embargo, no impide el empuje de los matrimonios que sobre tal planteamiento habrían de definirse como anómalos, vinculándose a uniones de hecho llámeselas así, como una nueva especie de matrimonio, como concubinatos o, como hiciera el Proyecto de reforma del Código Civil español de 1895, «matrimonios de uso o por el uso». La ausencia de regulación, y en cierta medida, de matrimonio, plantea multitud de problemas en el ámbito personal, patrimonial y sucesorio, así como en las peculiaridades de la filiación o el derecho de alimentos.

El incesto se cita como ejemplo habitual vinculado a los impedimentos del matrimonio, no obstante se critica el silencio frente a ese tema al tiempo que un tratamiento legal colateral (45). Al respecto es interesante advertir, con esta doctrina, que las unidades convivenciales establecidas en la realidad social y en muchos casos contra las prohibiciones legales, a menudo cumplen una función asistencial cuyo reconocimiento legal plantea inconvenientes significativos, en particular porque el afecto, incluso sexual, se convierte en tabú. Con todo, y a pesar que el Código Civil no ofrece un concepto del matrimonio, de su regulación actual se obtienen rasgos fundamentales que sirven para su definición, sin que tampoco se obtenga homogeneidad, no obstante, en el ámbito del fundamento y la finalidad de la institución a vista del Derecho Comparado (46). Quienes aluden al mantenimiento del nombre, la forma y la inercia legal, suprimen la teleología de la institución —no sólo la del matrimonio sino también la de la familia (47)—, la ausencia o dificultad de hallar una finalidad por la que el Derecho regule pormenorizadamente múltiples aspectos personales y patrimoniales. Sin embargo, la jurisprudencia ordenada a partir del derecho a contraer matrimonio, en particular desde el

(45) Respecto del artículo 125 del Código Civil, por ejemplo, José Pascual ORTUÑO MUÑOZ, *Familias no matrimoniales...*, cit., pág. 19.

(46) Vid. Gabriel GARCÍA CANTERO, «La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de Familia», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, José María Bosch ed., Barcelona, 1992, vol. I, pág. 343.

(47) Luis Ignacio ARECHEDERRA ARANZADI, *El consentimiento matrimonial: comentario al artículo 45 del Código Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, pág. 19.

Convención de Roma de 1950, sí alude a la idea de fundar una familia (48), aun cuando lo haga en el plano de su potencialidad objetiva o estructural, no en los casos concretos (49), con el añadido que se trata de resoluciones orientadas al matrimonio heterosexual. En este sentido, se ha puesto de manifiesto el rechazo de que una pareja homosexual pueda constituir un hogar y ser en sí misma una familia o que, más dogmáticamente, pueda tener hijos (adoptivos) o ya tenerlos alguno de sus miembros (siendo o no adoptados por el otro) y formar en sentido propio un núcleo familiar. No parece razonable negar que dicha unión favorece, consolida y estructura una institución familiar. Sin embargo todo esto no resultaría posible bajo esa línea de jurisprudencia, aun admitiendo la unión de un hombre y otro hombre operado el segundo para adquirir rasgos morfológicos de mujer ajustados a la psicología femenina que ya tenía (50).

La reforma del Código Civil llevada a cabo con la Ley 30/1981, de 7 de julio, fue un punto de inflexión relevante en esta materia. Se eliminó el impedimento de la impotencia para contraer matrimonio, y con ello acabó la vinculación institucional entre matrimonio y procreación, en el bien entendido que aquél es posible para quienes no pueden realizar los actos de los que deriva la procreación. Nótese que antes de la mencionada reforma, aun existiendo como causa de impedimento y nulidad, tal cosa no obstaculizaba el matrimonio entre sujetos impedidos para mantener relaciones sexuales (por razones físicas o psíquicas incluso desconocidas desde el punto de vista médico), ni el mantenimiento del matrimonio dadas circunstancias sobrevenidas (heridos de guerra, accidentados) por las que las relaciones sexuales dejaran de ser viables, al menos ante el fin reproductivo. A partir de cierta edad, fundamentalmente en la mujer, ya no será posible la concepción, mas no por ello se hacía imposible el matrimonio de la mujer por encima de tal edad, ni dejaba de tener razón de ser el matrimonio ya constituido cuando esa circunstancia biológica se afrontaba al pasar del tiempo. Téngase presente, además, que la diferencia de edad tampoco se vinculaba a ninguna razón impeditiva, lo que podía permitir el matrimonio entre sujetos donde la edad, por razones biológicas en el hombre o en la mujer, impidiera la concepción de ésta, e igualmente las razones sobrevenidas tampoco derivaban en un obstáculo. De otro lado, la procreación en cuanto tal, individualmente considerada más allá de la concepción biológica relacional entre la pareja conviviente, es también posible sumada a las obligaciones paternofiliales tradicionales cuando sólo uno de los cónyuges puede procrear y

(48) El matrimonio con fundamento en la familia se establece, por ejemplo, en la STEDH 17-X-1986, Rees vs. Reino Unido.

(49) La incapacidad de concepción o crianza de la prole no priva del derecho al matrimonio, como exponen las SSTEDH 11-VII-2002, Goodwin vs. Reino Unido y, de igual fecha, I. vs. Reino Unido.

(50) SSTEDH inmediatamente antecitadas.

lo hace con el fin de formar de ese modo una familia (inseminación por tercero o «madre de alquiler»), o a través de la adopción. El aspecto marcadamente físico y en particular fruto de una relación sexual entre los cónyuges asociado a la idea histórica del matrimonio pierde, por consiguiente, el verdadero significado que se anuda a la formación y protección de la familia, donde más importa el aspecto afectivo y convivencial que el meramente biológico (51). En realidad, si del fundamento basado en el amor y el afecto se tratase, debiera despejarse la típica idea de las relaciones sexuales orientadas a la procreación, normalmente asociadas a las críticas contra el sexo desprovisto de esa finalidad y que se incrustan en las concepciones tradicionales del matrimonio, parejas a las habituales críticas de que las relaciones maritales sin esos fines equiparan a los hombres y mujeres con los animales, olvidando que son estos, precisamente, los que mantienen relaciones sexuales basadas en el instinto con el único fin de la procreación. Esto es, que si se circunscribe la relación sexual a la procreación, como se ha venido haciendo en materia de matrimonio —y como argumento baluarte contra el matrimonio homosexual— se está aceptando un tipo de comportamiento característico, precisamente, de los animales irracionales, que no enriquecen la relación sexual del modo emocional y propio del desarrollo de la personalidad en el nivel que lo hace el ser humano.

En cualquier caso, teniendo presente la sistemática del artículo 39 CE —principio rector en el que el matrimonio introduce (o mejor mirado *recibe*) efectos, pero no los agota, por cuanto la protección de la familia no se reduce a la matrimonial—, no puede admitirse que la ausencia de procreación como finalidad institucional del matrimonio elimine de éste el deber o fin de la educación u otras obligaciones respecto de los efectivamente procreados o adoptados en el seno del matrimonio, del mismo modo que debe asumirse en una familia no matrimonial. Hay quien precisamente entiende lo contrario (52), al considerar que la desaparición del impedimento de impotencia suprime las finalidades de procrear, educar a la prole o incluso mantener relaciones sexuales completas durante la convivencia afectiva, lo que por cierto aporta un significado muy tradicional del sexo, cuya dimensión afectiva y amorosa —muy marcadamente en la ancianidad— no pasa necesariamente por la clásica percepción *coeundi*. Tal opción tremebunda o terminal parece o quiere desconocer que el matrimonio no es un contrato de resultado permanente. Si lo fuera, desde el momento que no cumpliera con su preten-

(51) Recuérdese que, en palabras de LEVY-STRAUSS, no hay ninguna institución o forma de vida social que esté limitada al instinto biológico: la característica del hombre es estructurar y organizar lo dado y no someterse a pretendidas tendencias innatas. Un rasgo socio-caracteriológico, por cierto, que nos diferencia del animal irracional.

(52) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «El nuevo matrimonio civil», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 21.

didada finalidad institucional —en su momento la procreación, según la doctrina citada— perdería su legitimidad o su razón de ser, y se vaciaría conceptualmente de modo sobrevenido. La unión matrimonial procede del concurso de voluntades surgidas de una noción abstracta, la de unirse vitalmente, por lo que la diversidad de dicha comunidad de vida no puede convertir en una especie de adición libérrima y desconectada del instituto del matrimonio la descendencia (natural o adoptiva) o las relaciones sexuales (completas o no completas), en tanto en cuanto forman parte intrínseca del instituto matrimonial porque se desprenden de un modo natural de lo que significa compartir la vida con otro. No se trata, siquiera, de advertir la normalidad social —que según el autor citado incluiría la diversidad del sexo y justificaría la presunción de paternidad que perdura, tras las últimas reformas, en el art. 116 del Código Civil (53) o en los arts. 117 y 118 de ese mismo texto (54)—. La contradicción existe desde que, en el Código Civil, los efectos de los matrimonios promueven una total identidad en el terreno de la filiación —y también de las legislaciones autonómicas como la catalana— pero la Ley 13/2005, de 1 de julio, reconduce el efecto de la presunción de paternidad matrimonial sólo a los matrimonios entre personas de distinto sexo. Lo contrario plantearía la hipótesis de una especie de adopción presunta, aquella derivada del nacimiento de un hijo concebido por mujer lesbiana (por ejemplo, a través de inseminación artificial anónima) que se entiende adoptado por su esposa también lesbiana (55). Nótese que, en ese caso, si la mujer hubiera estado embarazada por un hombre, la paternidad de éste no se vería afectada, en sentido estricto, por la maternidad presunta, por adopción, de la esposa lesbiana de la madre. Y en un matrimonio contraído entre dos hombres, la salvedad efectuada por la Ley 13/2005 no habría sido necesaria, simplemente, porque sólo siendo la mujer la que puede tener hijos, jamás se plantearía una presunción paterna de uno respecto del otro cónyuge masculino, incluyendo por supuesto las hipótesis de cirugía transexual.

No es posible pretender la identificación del matrimonio a través del régimen económico-matrimonial que se forma, sobre todo si lo que se intenta es plantear la crítica por comparación con la sociedad civil partiendo de la sociedad de gananciales matrimonial, precisamente inexistente en el Derecho territorial balear o el catalán. Por otra parte, la heterogeneidad de los supuestos

(53) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 21 y notas 7 y 8.

(54) Vid., en general, José María DE LA CUESTA SÁENZ, «Los efectos colaterales de las reformas. Filiación y patria potestad», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 213 y sigs.

(55) Téngase en cuenta la tendencia a la prohibición vinculada a la filiación en el terreno de las uniones de hecho, al igual que suele ocurrir en el ámbito de la adopción; en Suiza, por ejemplo, la pareja estable homosexual no puede servirse de la reproducción asistida, aunque sea viable, en general, el uso de esa técnica desde una perspectiva unilateral.

que se engloban bajo la nomenclatura unión de hecho o estable de pareja (56) permiten tanto la concepción paramatrimonial heterosexual como homosexual con voluntad de sometimiento por asimilación o bajo impedimentos transitorios (la tramitación paralela de un divorcio), como bajo decisiones claramente conscientes en contra de cualquier tipo de control social, sean basadas en posicionamientos prematrimoniales o acreedoras de experiencias previas negativas, intereses particulares (pensiones consolidadas de gente mayor que podrían perderse) o en general asentadas en creencias ideológicas o reacciones generacionales, ya no tan vinculadas a la inmodificabilidad del vínculo conyugal—cuando no existía el divorcio— pero acaso atentas a los problemas de índole procesal para supuestos de ruptura, que mediatizan seriamente la libertad formal, no tanto la material.

2.2. LA COMPETENCIA PARA LEGISLAR EN SEDE PROCESAL

Establece el artículo 149.1.6.^a CE la exclusiva atribución al Estado en materia de «...legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». No hace mucho se plantearon interesantes cuestiones en el debate político. A raíz de los trabajos parlamentarios de la Disposición Final segunda de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, la enmienda número 13 del GP Vasco (EAJ-PNV) (57) pretendió añadir al texto proyectado y finalmente aprobado una referencia a las posibilidades del Derecho autonómico, del siguiente modo: «...149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre las especialidades que en estos órdenes se deriven de las particularidades de su derecho sustantivo propio y de las competencias en orden a la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales y especiales». Como justificación se argumentó la mayor claridad y seguridad jurídica, teniendo en cuenta que en el artículo 149 CE se salvan expresamente las competencias autonómicas ligadas al Derecho sustantivo y el régimen de conservación, modificación y desarrollo aludido. En el Senado, la enmienda número 38 del GP de Senadores Nacionalistas Vascos (58) reiteró la número 13 planteada en el Congreso de los Diputados, con igual justificación. En el debate parlamentario se llamó atención sobre un sistema de fuentes expresamente previsto en el artículo 13 del Código Civil que se entendía necesario

(56) María Pilar FERRER VANRELL, «Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar. El concepto de familia», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 55, 2005.

(57) BOCG (Congreso de los Diputados), A, 173-8, 6 de noviembre de 2003, pág. 35.

(58) BOCG (Senado), II, 170 (c), 2 de diciembre de 2003, pág. 33.

viera plasmación en toda norma con objeto de modificar la legislación mercantil, procesal y civil, con esa expresa previsión a la conservación, modificación y desarrollo de derechos civiles forales especiales (59). En el debate parlamentario se consideró expresamente la posibilidad o imposibilidad que las CCAA regulasen específicamente aspectos procesales (60). Para algunos la hipótesis era inviable tanto a la luz de la CE como según los EEAA, especificando, por ejemplo, que lo contemplado en el artículo 9.3 del EA de Cataluña «no son normas procesales que puedan plantearse en torno a un orden procesal o a un procedimiento, sino que son normas procesales que derivan de la propia existencia del Derecho Civil propio de una comunidad autónoma» (61). La vinculación con ese Derecho no basta; por ejemplo, la STC 127/1999, de 1 de julio, declaró contraria al orden constitucional y nula una norma de la Ley gallega 13/1989, de 10 de octubre, reguladora en el ámbito de montes vecinales de mano común de aspectos relativos a la Administración de Justicia y el Derecho Procesal. En cambio, en el Código Civil de Cataluña se ha modificado el régimen de reclamación de deudas derivadas de la Propiedad Horizontal, de modo que excluidas las normas materiales ofrecidas por el Estado, y que enlazaban con la petición monitoria especial (con abogado y procurador y costas procesales), se suprime la conexión procesal con una normativa más escueta y ajena a dicho planteamiento especialísimo —recordando que el Derecho catalán no admite en este punto la supletoriedad del estatal—. El supuesto no deja de ser paradójico si se recuerda cómo se consiguió la especialidad mencionada, merced al *lobby* de administradores de fincas en Cataluña.

Pero más allá de afectar el Derecho Procesal aplicable al caso a través de una regulación sustantiva, se sostiene igualmente la capacidad normativa sobre la determinación del procedimiento, aunque más que determinación del proceder pueda considerarse como asignación o atribución explícita de un tipo u otro de procedimiento según la materia propia del Derecho Civil Territorial. Esto es, un Derecho procesal autonómico por remisión al ya existente, estatal, que más allá de sus ámbitos de aplicación no se vería alterado sustancialmente. En sede de uniones de hecho, precisamente, debe dejarse a un lado que

(59) Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, Sesión número 112, celebrada el 11 de noviembre de 2003, pág. 27.478 (señora URÍA ETXEBARRÍA). En puridad conviene separar el Derecho Foral del especial, por mucho que el primero sea especial con respecto al Derecho Civil común; en cualquier caso, resulta redundante hablar de «foral especial», salvo acaso para distinguir especialidades dentro de un mismo Derecho Foral.

(60) Sobre esta controversia, bajo planteamientos de Derecho Material y Derecho Procesal Orgánico y Sustantivo, vid. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2004, pág. 1085 y sigs.

(61) Señor GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, Sesión celebrada el 3 de diciembre de 2003, págs. 8 y 9.

haya o no legitimidad para legislar materialmente, pues sin ésta nunca sería posible obtener la competencia procesal asociada. Teniendo esto presente, se postula que los parlamentos autonómicos que han de regular las uniones estables de pareja, regulen igualmente la forma de encauzar dichas pretensiones en el proceso (62). A lo anterior habría de añadirse la posibilidad de una articulación fuera del proceso —por ejemplo, a través del arbitraje— y la dificultad de todo ese planteamiento si se promulgase una normativa estatal sobre parejas de hecho que también abordase la cuestión procesal, planteando asimismo las disfunciones en el terreno de la igualdad no sólo entre cada una de las autonomías y sus regulaciones procesales sino entre éstas y la establecida por el Estado.

Se ha considerado que la nota de competencia exclusiva del Estado que reviste la legislación procesal conforme a la Constitución pide un intérprete, a nivel máximo, para evitar la fragmentación hermenéutica de la legalidad, que es un plano donde puede confundirse el de constitucionalidad. Y en ese sentido se opina que se asignan, con quebranto de la constitucionalidad, unas funciones que le corresponden al Tribunal Constitucional, degenerando el contenido útil del artículo 24 CE o perjudicando el valor del artículo 14 CE, cuando las infracciones de una nueva legalidad procesal carecen de intérprete unitario (63).

2.3. EL CONTEXTO JURÍDICO EN EL ESPACIO ESTATAL Y EN EL RESTO DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La regulación de las parejas de hecho ha tenido lugar de modo generalizado, tanto en Comunidades Autónomas que tenían Derecho foral o especial como en las que no, y por supuesto sobre una situación antecedente que normativamente no existía en ningún sentido, sea por compilación, por costumbre o por usos. En su virtud suele considerarse que la regulación positiva de carácter meramente administrativo no engendra problemas, pero sí lo hace cuando se introducen contenidos de Derecho Civil alejados del Derecho territorial propio; mas todo ello parte del error legislativo estatal, sin regulación de la pareja de hecho al nivel de todo el territorio nacional (64).

(62) Mercedes CASO SEÑAL, «Las uniones de hecho en la nueva LEC», en *Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Manuales de Formación Continuada, núm. 17, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2001, pág. 145.

(63) José ALMAGRO NOSETE, «Constitución y proceso civil», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 224 y sigs.

(64) (Sic) Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Panorámica de la incidencia de la Constitución Española en el Derecho Privado», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 48.

En términos generales la Sala Primera del Tribunal Supremo no ha aplicado las normas propias del matrimonio a las relaciones convivenciales de pareja, por considerar que los supuestos fácticos de unas y otras son distintos. En efecto, la jurisprudencia civil parte de un rechazo de la equiparación jurídica, tanto en el terreno personal como en el ámbito de regímenes económicos, entre la pareja de hecho y el matrimonio (65). Se trata de dos situaciones distintas y no equiparables, de manera que no cabe admitir para la unión de hecho el régimen económico-legal supletorio que hubiera tenido lugar de tratarse de un matrimonio. Paralelamente, y como ya hemos visto, la misma jurisprudencia intentaba responder a las situaciones críticas de la extinción de vida en pareja, respecto de quebrantos económicos de una de las partes en comparación con la otra, haciéndolo a través del instituto del enriquecimiento injusto, la mala y buena fe, el abuso de derecho, la comunidad de bienes, la sociedad irregular, la indemnización por daños y perjuicios, etc. (66). Con todo, una tendencia actual pasa por esquivar cualquier analogía entendiendo que si quien puede contraer matrimonio no lo hace, no puede luego pretender disfrutar los beneficios que del matrimonio hubiera obtenido, lo que se confirma en el terreno de la pensión compensatoria, donde la Ley 15/2005, de 8 de julio, mantiene el término «cónyuge» en el artículo 97 del Código Civil; cuestión aparte con legislaciones autonómicas específicas sobre dicha compensación en las uniones estables de pareja, y con pactos patrimoniales negociados por cualquiera bajo libre autonomía de la voluntad y extramuros toda regulación positiva de referencia, sea matrimonial o de pareja de hecho formalizada.

En efecto, al margen del tratamiento de los pactos privados, cuya validez se reconoce incluso cuando no sean expresos sino tácitos (67), debe anotarse inmediatamente que la aludida jurisprudencia civil no se ha construido en función de las legislaciones autonómicas sobre parejas de hecho, porque en éstas opera una equiparación total o parcial de tipo legal, en la que el órgano judicial no puede, salvo vulnerando el imperio de la ley o acaso planteando

(65) La jurisprudencia constitucional resulta a tales efectos compatible: SSTC 184/1990, de 15 de noviembre; 31/1991, de 14 de febrero; 29/1992, de 9 de marzo; 6/1993, de 18 de enero; 47/1993, de 8 de febrero, 66/1994, de 28 de febrero, etc.

(66) Cfr. SSTs 13-VI-1986, 13-XII-1991, 18-V-1992, 11-XII-1992, 18-II-1993, 4-VI-1993, 27-V-1994, 20-X-1994, 24-XI-1994, 18-III-1995, 16-XII-1996, 10-III-1998, 4-VI-1998, 27-III-2001, 5-VII-2001, 16-VII-2001, 16-VII-2002, 17-I-2003. Sobre la STS de 16 de diciembre de 1996, vid. Sergio LLEBARÍA SAMPER, «Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996», en *Diario La Ley*, 1997-5, D-238.

(67) Apunta a dicha posibilidad del pacto la STS civil, núm. 611 de 12-IX-2005, que rechaza la técnica de prohibición de enriquecimiento injusto como principio general del Derecho y la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil cuando no se trata de matrimonio ni existe una legislación autonómica sobre parejas de hecho (en la Comunidad de Castilla y León). Las consecuencias económicas tras la ruptura pueden regirse a través del pacto privado; vid., por ejemplo, SAP de Baleares de 25-XI-1996.

cuestión de inconstitucionalidad, negar la dicha equiparación normativa de contenidos y efectos (68).

La LBPE conforma una normativa contraria al planteamiento jurisprudencial consolidado de no equiparación, tanto en el ámbito de las relaciones personales como en el terreno de las relaciones patrimoniales. Naturalmente, el pacto voluntario entre interesados permite la aplicación de un régimen económico como el matrimonial, pero sin dicho pacto no es posible la aplicación analógica de ese régimen (69). Se persigue la respuesta necesaria a través de instituciones de Derecho patrimonial, pero es clara la asimilación pretendida entre la pareja estable constituida y el matrimonio; no en vano el artículo 7.g) del Decreto 112/2002 alude a un régimen económico de la pareja similar al matrimonial, trata a la pareja viuda como si se tratase del cónyuge supérstite y utiliza el concepto de cargas familiares con un contenido sustantivo similar al propio del que deriva del matrimonio (70), así como equiparaciones a los impedimentos o a la pensión compensatoria.

3. DERECHO SUSTANTIVO

3.1. SOBRE LAS RELACIONES JURÍDICO-CIVILES PRIVADAS Y LA CONSTITUCIÓN: PLANTEAMIENTOS PRELIMINARES

Al considerar la regulación de las relaciones jurídico-privadas, especialmente las vinculadas a la familia, no cabe ocultar la enorme dificultad de adaptación del Código Civil de la época —anclado desde finales del siglo XIX— a los principios constitucionales, sea respecto del matrimonio, la filiación o las relaciones paterno-filiales, todo ello teniendo presente la impermeabilidad del régimen jurídico de la dictadura franquista, ante la evolución y cambio social que inevitablemente tenía lugar en nuestro entorno (71). La Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, recogieron por vez primera

(68) Más adelante podrá plantearse la intervención del Tribunal Supremo respecto del Derecho propio de las Comunidades Autónomas, pues el primero habría de dejar paso a los Tribunales Superiores de Justicia, pero sólo en el ámbito del Derecho Territorial, lo que ni siempre es claro y muestra un punto de colisión doctrinal importante, ni siempre se plantea, de buen principio, por faltar en muchos casos regulación autonómica en materia de unión de hecho, lo que mantiene la vía abierta del Tribunal Supremo —y sin regulación positiva sobre parejas de hecho hasta que no exista una ley estatal sobre ello— y su actual jurisprudencia.

(69) Fundamentalmente, STS de 21-X-1992 (Ar. 8589).

(70) Sobre las cargas matrimoniales y convivenciales, vid. María Pilar FERRER VANRELL, *Las cargas del matrimonio...*, cit., y *El régimen económico de la Ley 18/2001...*, cit.

(71) Eduardo SERRANO ALONSO, «La Constitución y relaciones privadas concretas. La filiación», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 139.

en el Derecho Positivo los principios de igualdad y no discriminación en todos los ámbitos de las relaciones familiares. Fue el comienzo de un nuevo Derecho de Familia, con presupuestos y efectos difícilmente relacionados con los principios que informaban el Código Civil y la jurisprudencia tradicionalmente existente. En definitiva, se rompió con la ordenación de la familia considerada en su conjunto, que no sólo confronta con dicha jurisprudencia sino también con las construcciones doctrinales preexistentes. A pesar de todo, se mantuvo la larga historia de discriminación por la orientación sexual de las personas, nada acorde con principios constitucionales como la libertad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1, 9.2, 14 y 10.1 CE). En esta línea se manifestó el legislador español a través de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, a fin de dar «cabida a las nuevas formas de relación afectiva», de manera que el matrimonio se comprende como «un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectada por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad».

La institución del matrimonio ha supuesto, durante largo tiempo, el encuadramiento de determinadas consecuencias jurídicas vedadas a supuestos de hecho idénticos salvo por la existencia de dicha institución matrimonial, tanto en el ámbito de la Seguridad Social y el Estatuto de los Trabajadores, como en el terreno del Derecho Tributario o el Código Penal, sin olvidar el ámbito de la Función pública, los arrendamientos urbanos, el *habeas corpus*, la ley del seguro o las indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Igualmente la adopción, la tutela, el derecho de alimentos o el de sucesiones han visto sus desarrollos impregnados de la institución matrimonial. Se ha de valorar, en ese sentido, si la razón de ser del matrimonio es suficiente justificación para la delimitación de los efectos en otras ramas del Derecho.

Las reglas básicas de interpretación del sistema civil se configuran a través del contenido de los artículos 10 y 14 CE. Todas las normas referidas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionalmente reconocidas se interpretarán de acuerdo con los textos internacionales en vigor sobre derechos humanos (72), teniendo presente el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, constitutivos del fundamento del orden político y de la paz social del Estado, siendo la igual-

(72) Nótese, de todos modos, la relativa falacia del planteamiento, cuando nuestro sistema constitucional de libertades y derechos es superior al Derecho Internacional sobre la materia y cuando la introducción del artículo 10.2 CE venía justificada, en realidad, por un afán restrictivo y no extensivo; cfr. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *Derecho al recurso en el proceso penal. Nociones fundamentales y teoría constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 270 y sigs.

dad en la ley y ante la ley principios clave de inevitable referencia (73). De ahí que se subraye la importancia del Título primero de la Constitución, en clave de aplicación, interpretación y positivización del Ordenamiento, consolidando un Derecho espacial previo al conflictual (74). En relación con el artículo 149.1.8.^a CE, el primer apartado del artículo 32 CE establece que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», mientras el segundo apartado de ese mismo precepto establece que «la ley regulará las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Este planteamiento normativo supone, para muchos autores, un marco constitucional que excluye el matrimonio homosexual, si bien correctamente no se trata de un nuevo matrimonio, sino que en el único regulado en Derecho estatal la cuestión del sexo de los contrayentes deviene irrelevante: la Ley 13/2005 ha modificado, con carácter general, el concepto de matrimonio en el Derecho Civil español. Las dudas de constitucionalidad sobre la Ley 13/2005 fueron puestas de manifiesto por el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial (dictámenes de 16-XII-2004 y 26-I-2005) (75) o la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (76).

De hecho, la primera ley de uniones estables de pareja, la catalana de 1998, ya estableció en su preámbulo dicha imposibilidad por razones constitucionales, lo que planteaba la necesidad de reforma constitucional previa antes de una modificación del Código Civil en el sentido apuntado. Debe decirse, de todos modos, que la redacción literal del artículo 32.1 CE no establece una vinculación relacional ni una exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Si se atiende a su texto, es claro que podría sustituirse el redactado sin la referencia al hombre o a la mujer y no cabría alegar alteración gramatical ninguna. En efecto, «el hombre tiene derecho a contraer matrimonio...», o «la mujer tiene derecho a contraer matrimonio...». Dicho de otro modo, «el hombre y la mujer» podrían sustituirse por «la persona», mientras las referencias a la «plena igualdad jurídica» es lo cierto que nacen del vínculo entre personas de distinto sexo, en virtud de situaciones desiguales para la mujer, por cierto existentes en el Código Civil vigente en 1978

(73) José María ESPINAR VICENTE, «El marco constitucional del Derecho Internacional Privado español», en *Constitución y relaciones privadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 236.

(74) José María ESPINAR VICENTE, *El marco constitucional...*, cit., pág. 249 y sigs.

(75) Véase Javier RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «Sobre el dictamen del Consejo de Estado y el matrimonio entre personas del mismo sexo», en *Diario La Ley*, núm. 6170, de 18 de enero de 2005.

(76) Promulgada la ley se plantearon, sin éxito, diversas cuestiones de inconstitucionalidad por parte de jueces encargados del Registro Civil, que resultaron inadmitidas a trámite por considerar que los mismos no ejercen la función jurisdiccional en ese ámbito registral; AATC (pleno) 505/2005 y 508/2005, ambos de 13 de diciembre.

y que originaron una específica reforma legislativa contra la discriminación. Pero en ningún caso se está diciendo que el derecho a contraer matrimonio tenga que ser entre el hombre y la mujer; para ello el redactado debería ser completado, por ejemplo escribiendo que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio *entre sí* con plena igualdad jurídica». Por mucho que se quiera afirmar lo contrario, el dato relacional no existe en el Texto constitucional, y sólo cabe obtenerlo en virtud de una interpretación basada en la voluntad del legislador constituyente (77); interpretación que, en puridad, no procedería cuando el sentido literal de las palabras no generase dudas sobre el contenido normativo.

Las dudas sobrevienen de la concepción socio-cultural imperante, y es claro que se resuelven en el sentido de afirmar que no existe una institución jurídicamente regulada para la unión de personas del mismo sexo biológico, «ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio *entre* hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1)» (78). Ciertamente que, simplemente acudiendo a los trabajos parlamentarios, observamos enmiendas que fueron rechazadas y pretendían, precisamente, suprimir la identificación del hombre y la mujer, lo que en el debate constituyente se anuda a una idea relacional, a la concepción de que el matrimonio debe formarse entre un hombre y una mujer y no entre dos hombres o dos mujeres (79). A ello se añade el argumento lógico y teleológico (80), pero ha de criticarse que exista un especie de velo heterosexual en la Constitución Española, en sí misma considerada, a modo de una falta de sentido o irracionalidad del matrimonio homosexual. Por otro lado, no se entiende la interpretación finalista si no se anuda a los fines del matrimonio tradicional, vinculados a la procreación o generación de la prole, lo que hace

(77) Recuérdese, en cualquier caso, la relativización de la *voluntas legislatoris*; Domingo GARCÍA BELAUDE, *La interpretación...*, cit., págs. 26 y 27.

(78) STC 222/1994, de 11 de julio; la cursiva es nuestra.

(79) María Pilar FERRER VANRELL, «Incidencia de la modificación del Código Civil por Ley 13/2005, en las regulaciones de parejas estables», en *Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears*, Palma de Mallorca, 2007, pág. 439 y sigs.

(80) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia...*, cit., pág. 106. El autor tilda de absurda la tesis literal que utiliza la «igualdad jurídica» como la referida a que tanto hombres como mujeres pueden casarse igualmente, no entre ellos. Debe acogerse la crítica —aunque no necesariamente con el apelativo de absurda—, porque el término de comparación en el ámbito de la igualdad se establece entre el hombre con respecto a la mujer y la mujer con respecto al hombre; plano de igualdad y no discriminación por razón de sexo, no por razón de orientación sexual, que sería la utilizada para acoger la dicha tesis de igualdad jurídica. Y esta tesis carece de sentido si al mismo tiempo se sostiene la idea de que el artículo 32.1 CE no impide o prohíbe el matrimonio homosexual. El estatuto del estado matrimonial es idéntico, en fin, para el hombre y para la mujer, pues la ley no legitima modos de convivencia que discriminen a uno de los dos cónyuges, ello aparte de que la regla de igualdad no impida a los esposos, a partir de sus idénticas libertades, desiguarse pactando bajo el principio de la autonomía de la voluntad.

tiempo dejó de ser válido desde el tratamiento jurídico ofrecido por el Estado. En cualquier caso, antes de su posibilidad legal, tildada de inconstitucional por algunos, se imponía al homosexual la relación de pareja de hecho porque carecía de otra opción. Ese tipo de razonamiento pierde todo sentido en la actualidad, y la diferenciación del sexo en la pareja de hecho o el matrimonio se plantea en igualdad de condiciones, lo que por cierto no deja de encerrar desequilibrios en aquellas legislaciones autonómicas —como la catalana— en que los homosexuales emparejados disfrutaban de mayores beneficios o efectos jurídicos que los heterosexuales unidos de hecho, cuando tanto aquellos como estos pueden acudir al matrimonio civil sin distinciones. Obviamente, cualquier persona puede considerarse ajena al interés de toda normativización de su conducta personal, sea heterosexual u homosexual, sea por matrimonio o como pareja de hecho. Es decir, que precisamente rechace el sometimiento al Estado central y/o al autonómico, y con ello al Derecho regulador derivado, incluyendo el Derecho de Familia vinculado a la crisis, que incorpora las dificultades de la separación y el divorcio, pero que se cierne sobre situaciones de conflicto, en relación con los hijos habidos o con las controversias económicas subyacentes a la ruptura.

El matrimonio civil sin diferenciación de sexo entre sus miembros tiene lugar merced a la Ley 13/2005, ubicada en el derecho a contraer matrimonio, no obstante mantiene la diferenciación, por general inevitable, entre la unión matrimonial de los contrayentes de diferente sexo y la de los de un mismo sexo, vinculada a la presunción de la filiación matrimonial (81). Para empezar se criticó que realmente existiera una demanda social real del matrimonio homosexual, interpretando que la misma fue artificiosamente inducida a vista de las personas homosexuales existentes (¿?) o las parejas homosexuales censadas (82). Y después se ha pretendido reconsiderar la potestad de regular legislativamente el matrimonio a partir del *ius connubii*, bajo la garantía institucional del matrimonio, en tanto «institución social garantizada por la Constitución» (STC 184/1990, de 15 de noviembre), no en vano el artículo 32.1 CE, formando parte de la Sección Segunda del Título I de la Constitución, merece la protección de inalterabilidad que brinda el artículo 53.1 CE en cuanto a su

(81) Pues, aun cuando la mujer lesbiana, como la heterosexual, pueden concebir y dar a luz en el seno del matrimonio, sólo la pareja masculina podría disfrutar la presunción de paternidad, dada la imposibilidad biológica de la pareja femenina. Ejemplo de laboratorio residiría en un supuesto donde habría diversidad de sexos biológicos, y una mujer concebiría por inseminación artificial el hijo de su pareja femenina, habiendo sido ésta un hombre que depositó en un banco de esperma el material biológico para la inseminación antes de ser operado en cirugía transexual y convertirse en mujer a todo efecto físico y legal, salvo el cromosómico, y casarse después con otra mujer en matrimonio gay. Posiblemente el modo presuntivo no tenga mucho sentido en el ejemplo expuesto, pero no cabe suprimirlo sin más de la hipótesis.

(82) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 17, nota 2.

contenido esencial (83). En cualquier caso vincula a todos los poderes públicos y supone un desarrollo legalmente reservado, mientras que un punto de partida para desentrañar el contenido esencial puede estar en «la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho aceptado generalmente por los juristas» y «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (84).

Ahora bien, que el matrimonio gay carezca o no del contenido esencial del matrimonio constitucional nunca podrá afectar el derecho a contraer matrimonio por parte de una pareja heterosexual. Dicho de otro modo, la razón de exclusión del primero se justifica en sí misma, en el pretendido desajuste con el núcleo duro de la institución matrimonial según la interpretación del artículo 32.1 CE, pero no perjudica directamente a quienes conservan, como hombre y mujer heterosexuales, en ese pretendido respeto al contenido esencial, la posibilidad de casarse entre sí. El razonamiento ofrecido contra esta crítica es el siguiente: la unión entre dos hombres o dos mujeres genera para todos ellos impedimento dirimente de vínculo, es decir, no pueden contraer matrimonio (heterosexual) porque han constituido primero un matrimonio homosexual

(83) En este sentido se afirma que el derecho constitucional a contraer matrimonio es un derecho *fundamental*. Pedro Pablo CONTRERAS, «La Constitución y la Ley 13/2005...», cit., pág. 65. Sin embargo, la configuración dogmática como derecho fundamental debe ser inevitablemente rechazada: pese a que, ciertamente, se incorpora en el Título I de la Constitución, titulado «De los derechos y deberes fundamentales», su específica ubicación en el Capítulo II de ese Título, denominado «Derechos y libertades», particularmente lo hace en su Sección segunda, que se encabeza como «De los derechos y los deberes de los ciudadanos» y no, a diferencia de la Sección Primera, como «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas». Por consiguiente, el *ius connubii* no es un derecho constitucional *fundamental*, como tampoco lo son, pese a encontrarse en el meritado Título I y en esa misma Sección Segunda del Capítulo Segundo, el derecho de propiedad o a la libertad de empresa, o los derechos al medio ambiente adecuado y derecho a una vivienda digna, igualmente englobados bajo el Título (I) «De los derechos y deberes fundamentales», pero en realidad constituidos como principios rectores de la política social y económica (Capítulo III). Nótese que, de ser el derecho del artículo 32.1 CE fundamental, su regulación o modificación habría exigido Ley Orgánica, como ordena el artículo 81.1 CE.

(84) STC 11/1981, de 8 de abril. Sobre esta resolución, vid. Luciano PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre de 1981, págs. 169 a 199. Sobre el contenido esencial en general pueden consultarse los trabajos de Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; Magdalena LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución Española*, Comares, Granada, 1996. Vid. también los estudios contenidos en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia* (Antonio LÓPEZ PINA, director), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1991; particularmente los de Pedro CRUZ VILLALÓN y Peter HÄBERLE.

impeditivo para el segundo. De hecho, si contrajeran un segundo matrimonio según el contenido esencial que se defiende del artículo 32.1 CE (el heterosexual), ese segundo matrimonio sería nulo. En definitiva, se restringe la libertad para contraer matrimonio heterosexual, «que es lo que precisa y únicamente protege la Constitución» (85). Teniendo presente el divorcio sin causa, con la Ley 15/2005, la pretendida vulneración del *ius connubii* perduraría un mínimo de tres meses; el trámite procesal para obtener el reconocimiento judicial imprescindible supondría un tiempo adicional ajeno al Derecho material. Pero en realidad, el esquema argumentativo carece de sentido lógico, porque está destinado a situaciones paradójicas y ciertamente especialísimas. Puede admitirse que, por determinadas circunstancias socio-culturales, una persona se case tradicionalmente, forme un matrimonio heterosexual e incluso tenga hijos, pero que avanzado el tiempo reconduzca su orientación sexual o simplemente reconozca la que siempre tuvo latente, homosexual. También es posible seguir la misma trayectoria a la inversa, mas el particular deviene muy poco común. Y acaba por ser abiertamente extravagante que, a fin de cuentas, se niegue el matrimonio homosexual bajo el pretexto de proteger el *ius connubii* (como heterosexual) de quien ha contraído matrimonio como gay; es decir, que la protección de este último pasaría por impedirle contraer matrimonio y así mantener abierta la puerta del matrimonio heterosexual por si cambiara de orientación sexual a ese respecto. Una construcción científica que muy fácilmente podría entenderse como una burla jurídica hacia el homosexual. En todo caso, debe respetarse el derecho a no casarse, que se ubica en un plano negativo de la vertiente afirmativa como opción (86), de manera que pretender la equiparación de la unión de hecho al matrimonio, una vez éste no discrimina por sexo, vulneraría en lo material el derecho constitucional a no casarse, en el bien entendido que quien puede hacerlo y no quiere absorbería los derechos y obligaciones típicos de la relación matrimonial.

3.2. SOBRE LAS DIFERENCIAS DE CONTENIDOS Y DERECHOS ENTRE LEGISLACIÓN ESTATAL Y LEGISLACIONES AUTONÓMICAS Y DE ÉSTAS ENTRE SÍ

El reconocimiento social de la pareja de hecho, aceptada ésta como normalidad social, se consolida a través de una normalización jurídica. Los pactos nacidos o vinculados a las uniones de hecho fueron considerados, en un primer momento, ilícitos en su causa, lo que suponía su nulidad radical (87). Sin em-

(85) Pedro DE PABLO CONTRERAS, *La Constitución y la Ley 13/2005...*, cit., pág. 75.

(86) Cfr. Víctor FERRERES COMELLA, «El principio de igualdad y el “derecho a no casarse” (a propósito de la STC 222/1992)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, IX-XII, 1994, pág. 163.

(87) Por ejemplo, STS de 2-IV-1941 (Ar. 493).

bargo, en la actualidad juegan un papel decisivo en la configuración de las estructuras jurídicas sobre uniones de hecho. Efectivamente, la validez y eficacia de los pactos establecidos es uno de los mecanismos más importantes empleados por la jurisprudencia civil para sortear la imposible equiparación entre pareja de hecho y matrimonio (88). De igual modo participa el Derecho Comunitario, donde la Recomendación 3/88, del Comité de Ministros del Consejo de Europa (7-III-1988) apuntó la validez de los contratos entre personas que viven juntas como parejas no casadas, al igual que en sus disposiciones testamentarias; igualmente la Resolución 28/94, del Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea. En segundo lugar se utilizó el enriquecimiento injusto o sin causa, protegiendo de ese modo al miembro de la pareja perjudicado por la situación de hecho derivada de la convivencia. De cualquier manera, se plantea lo deseable de una ley estatal sobre uniones de hecho que complete las lagunas o carencias de ese tipo de legislación en el marco autonómico (89), así como la promulgación de nuevas leyes autonómicas en los territorios donde no existan y se considere oportuna su existencia (90).

Debe recordarse que, sin la existencia del matrimonio homosexual, el planteamiento anclado en la igualdad de todos los españoles olvidaba que las parejas de hecho heterosexuales que podían, igualmente, casarse, pero decidían no hacerlo, excluían con su voluntad la lógica de la analogía pese a situaciones de verdadera semejanza. Se sostenía, entonces, que al objeto de evitar un tratamiento vulnerador del principio de igualdad, no siendo aplicable un texto autonómico concreto, era viable la analogía con el artículo 97 del Código Civil, modificando la tendencia previa que utilizaba la figura del enriquecimiento injusto: «otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles proclamado en el artículo 14 de la CE, precepto fundamental en cuanto que garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa e inmediata

(88) Llama la atención, sin embargo, que en muchas legislaciones autonómicas (por ejemplo andaluza, asturiana, canaria, extremeña, madrileña y valenciana) exista una limitación a los pactos entre convivientes, a fin de que no perjudiquen o siquiera puedan ser eficaces frente a terceros, independientemente incluso de su inscripción, en contra de lo previsto en el Código Civil (por ejemplo, art. 1.218); en este sentido, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia...*, cit., pág. 108. Por su parte, las autonomías con Derecho Civil propio eluden la regla de inoponibilidad frente a terceros de los pactos otorgados por los miembros de la pareja; *íd.*, pág. 121.

(89) Sobre la anomia estatal, en relación con la legislación autonómica, vid. M. Esperanza GINEBRA MOLINS, «La regulación de las parejas de hecho como manifestación del “desarrollo” del Derecho Civil: la superación de la “anomia”. Un caso de trasplante jurídico», en *Estudios en Homenaje del Profesor Lluís Puig Ferriol*, Barcelona, 2005.

(90) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia...*, cit., pág. 103.

desde la entrada en vigor de tal Texto Fundamental como señaló la STC 216/1991, de 14 de noviembre» (91). Pero al margen de las contradicciones de este planteamiento, ante la posibilidad cierta del cauce matrimonial —aunque en ese momento limitado al enlace heterosexual—, el mismo daba por supuesta una igualdad entre aquellos ciudadanos de Comunidades Autónomas con leyes sobre las uniones de hecho, cuando ni mucho menos son las mismas uniformes en el tratamiento de los derechos para los convivientes, particularmente en el terreno de la pensión compensatoria (que no existe en Andalucía, Asturias, Madrid o Valencia) (92). Además, si bien la propia decisión individual de casarse o no hacerlo permite legítimamente sortear la desigualdad generada por el tratamiento que se dispensa a la ruptura matrimonial frente a la de la pareja de hecho, el particular mostraría un trato desigual entre quienes voluntariamente se sujetan a una legislación autonómica sobre parejas de hecho —y no al matrimonio— o deciden no hacerlo teniendo esa opción de Derecho territorial, y quienes no se encuentran en una Comunidad autónoma sin Derecho Civil propio relativo a parejas de hecho, que tampoco optan por el matrimonio pero obtienen sus fórmulas compensatorias (93).

Partiendo de la competencia estatal exclusiva del artículo 149.1.8.^a CE, la relación entre los artículos 32.1 y el 53.1 de este mismo texto fundamental asocia una garantía institucional del matrimonio que vincula a las Comunidades Autónomas, que habrían de absorber en su ordenamiento territorial los efectos de la dicha garantía: cualquier norma autonómica tendrá por unidos en matrimonio a quienes extramuros de dicha autonomía, o en su mismo territorio, hayan contraído matrimonio civil estatal bajo el rito católico, evangélico, judío o musulmán. Desconociendo la mencionada garantía institucional del matrimonio, lo que haría el legislador estatal, en su directa regulación o en los pactos confesionales con la Santa Sede en 1979 o según las leyes de 10 de noviembre de 1992 para otras confesiones, invadiría competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas (en materia del Derecho Sucesorio, de viudedad, de usufructo o económico-matrimonial) imponiéndoles soluciones que no estarían obligadas a asumir.

El Tribunal Constitucional reitera que, en atención a la naturaleza y finalidad de las leyes autonómicas sobre parejas o uniones estables de hecho, es

(91) STS civil, núm. 700, de 5-VII-2001.

(92) Mercedes CASO SEÑAL, «Regulación legal de las uniones estables de pareja en el Derecho español: estudio comparativo de las leyes autonómicas sobre la materia», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 75.

(93) Además, para aplicar correctamente la teoría desplegada por el TS en la citada sentencia de 5 de julio de 2001, debería ser objeto de exhaustivo análisis la posibilidad del justiciable reclamante de someterse a un determinado Derecho autonómico, aun sin vivir en ese territorio, dado que el ámbito de aplicación que rige las uniones legales de hecho utiliza la residencia, pero también la vecindad administrativa y la civil.

posible el trato diferente del matrimonio, institución garantizada por la Constitución, frente a otras convivenciales, sean de personas del mismo sexo o de diferente sexo entre sí (94). No obstante, con la Ley 13/2005 se opina que el legislador estatal ha atribuido iguales efectos en todo el territorio nacional a las parejas de hecho homosexuales que quieran contraer matrimonio en el respectivo ordenamiento autonómico, para cuya modificación ostentan competencia exclusiva algunas Comunidades Autónomas, pese a la eventual irrazonabilidad en el caso concreto, como se pone de manifiesto en materia de filiación (95). En dicho terreno es clara la competencia del Derecho territorial catalán, por ejemplo, que sin embargo deberá pechar con el concepto matrimonial establecido por el Estado.

3.3. ESTÁNDAR MÍNIMO EXIGIBLE Y PROTECCIONISMO ESTATAL O AUTONÓMICO

En la LBPE conviene destacar de buen principio su Disposición Adicional segunda, en la medida que equipara los derechos y obligaciones de las parejas de hecho a los establecidos para los cónyuges en el marco competencial normativo de las Islas Baleares, lo que introduce inevitablemente el régimen económico-matrimonial, suponiendo con ello una cláusula abierta que impone la constante concreción de la identidad de razón, con aplicación del test de constitucionalidad.

Hace mucho que fue puesta de manifiesto la tendencia desjuridificadora del Derecho de Familia en las sociedades industriales, cuando menos en los aspectos típicamente personales de los vínculos familiares. Pero es innegable, al mismo tiempo, reconocer que en este ámbito el Derecho Civil suele fusionar muchos de sus contenidos convirtiéndolos en derecho y deber; en cierto modo los derechos se conceden para poder cumplir mejor ciertos deberes atribuidos a su titular frente a otros miembros de la familia. Precisamente es esa la razón por la que en la normativa de familia el ejercicio del derecho sólo puede hacerse conforme al deber que le es correlativo y en el marco de sus finalidades éticas y sociales (96). En suma, no se trata de un Derecho Privado típico, sino que cobra autonomía bajo una concepción marcadamente socializadora que lo aproxima al entendimiento público, y así intervencionista, del quehacer legislativo. Y la familia es centro y atracción para dicha aproxima-

(94) SSTC 184/1990, 38/1991, 222/1992 ó 47/1993, entre otras ya citadas.

(95) Pedro DE PABLO CONTRERAS, *La Constitución y la Ley 13/2005...*, cit., pág. 92 y nota 18. El autor pone el ejemplo del artículo 68 del Fuero Navarro, donde a partir de una pareja lesbiana, el nacimiento constante matrimonio de un hijo lo convertiría en matrimonial y, con ello, legalmente existirían dos madres «biológicas».

(96) Joaquín RAMS ALBESA, sobre la obra de José Luis LACRUZ BERDEJO, «Familia y Derecho de Familia», en *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV (con otros), José María Bosch ed., Barcelona, 1997, pág. 17.

ción, comenzando por el ejemplo del artículo 39.1 CE, como principio rector de la política social y económica: «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia»; encargándose el resto de apartados de ese mismo precepto de la protección de los hijos cualesquiera sea su origen y de los niños en general. A su vez, ello se encuentra enlazado tanto con otros planteamientos normativos de igual naturaleza (art. 50 CE) como con derechos constitucionales no fundamentales (art. 35.1 CE: la remuneración laboral para satisfacer las necesidades familiares) o fundamentales en sentido propio (arts. 18.1 y 27.3 CE: la intimidad familiar y la educación).

A efectos del artículo 39.1 CE y los sujetos protegibles, se subraya la importancia de constituir un núcleo duradero de relaciones, afectos y prestaciones que, si no es matrimonial, imite al creado a través del matrimonio, con igual desempeño de funciones y bajo la más o menos progresiva aceptación social que lo infunda, recordando que siendo el precepto citado y la protección integral independiente del origen familiar, y proscribiendo el artículo 14 CE cualquier tipo de discriminación, no excederían el concepto constitucional de familia las basadas en la homosexualidad de los progenitores o en la falta de parentesco biológico, lo que no impide un grado distinto de protección de las diversas familias en presencia.

Conviene aludir, también, al valor de la privacidad familiar, como elemento de juicio esencialmente democrático, pues no escapa que todas las instituciones totalitarias han pretendido y pretenden suprimirla y restringirla, de ahí la mera coacción indirecta respecto de los artículos 67 y 68 del Código Civil, que muestran la intervención pública en las relaciones personales entre los cónyuges. Mientras tanto, el derecho-función del progenitor para la crianza de los hijos elude el control estatal salvo en supuestos de abusos o ilicitudes administrativas o penales, garantizando la Constitución la autonomía familiar, el ejercicio de las funciones parentales y las relaciones paternofiliales, sólo afectadas por intervención estatal ante los eventos más graves y urgentes.

La inexistencia de una legislación estatal sobre parejas de hecho no impide que muchas situaciones de conflicto y crisis permanezcan al alcance y responsabilidad del Estado, especialmente en relación con los menores y los incapaces y respecto de las relaciones paternofiliales y tutelares que les son asociadas, bien bajo el manto de una regulación jurídica civil en sentido estricto, bien bajo la actividad normativa de naturaleza administrativa. Mientras, las propias Comunidades Autónomas, aparte de introducirse en el ámbito de la legislación civil, extensamente, lo hacen por igual, y sin dudas de legitimidad, en la vertiente que compete al Derecho público. De esta manera la actividad legislativa y ejecutiva de protección plantea multiplicidad de escenarios concurrentes, el Estatal y el autonómico, al tiempo que, la determinación de éste o aquél, no excluye la introducción de otros ordenamientos jurídicos. Y con ello, de dife-

rentes opciones en la aplicación del Derecho que pueden beneficiar o perjudicar, según el caso, a los destinatarios de las mismas.

El conflicto de normas concurrentes adolece de problemas específicos, pues frente al sistema rector del Estado —y en principio bajo competencia exclusiva de éste según el art. 149.1.8.^a CE— se delimitan los ámbitos de aplicación por parte de las leyes autonómicas atendiendo a criterios contradictorios entre sí y respecto del propio sistema común, al utilizar el domicilio de las personas tanto como la vecindad civil o la administrativa, lo que no deja de ser una norma de resolución de los conflictos de leyes que, por razones obvias, no compete a las Comunidades Autónomas. La diversidad de puntos de conexión que tales normativas producen encierra anomalías graves, pues la falta de uniformidad permite que un mismo sujeto esté llamado por varios ámbitos normativos al mismo tiempo. En la LBPE se exige que al menos uno de los miembros de la pareja tenga la vecindad civil de las Islas Baleares para que sea de aplicación dicha norma (art. 2.2), cosa que, obviamente, permite al otro conviviente disfrutar de vecindad civil diferente (por ejemplo, la navarra o la catalana, por la que las leyes de parejas estables de estos dos territorios también serían aplicables), sin olvidar que otras legislaciones autonómicas utilizan la vecindad administrativa de al menos un miembro de la pareja (el País Vasco) y un buen número utiliza el empadronamiento o el lugar de residencia de también uno solo de los miembros de la pareja (en Extremadura, Valencia, Madrid o Andalucía) (97). Y aquellas Comunidades Autónomas en las que se exige a la pareja el cumplimiento de una misma regla para aplicar la ley, es decir, a los dos miembros que la forman (por ejemplo, el empadronamiento de ambos en el territorio de la Comunidad; Asturias, Canarias), no evitará que la vecindad civil de uno de ellos o de los dos sea de otra u otras Comunidades Autónomas (98). La solución se ofrece en el artículo 16.1 del Código Civil, con obligada marginación de las menciones que cada una de las leyes autonómicas pueda hacer al ámbito de aplicación de la propia ley, en realidad constituyéndose así como normas de conflicto interregional (99). En todo caso, quepa señalar que pretender aplicar analógicamente las normas de conflicto sobre el matrimonio (art. 9.2 CC) vulneraría la libertad de opción entre el estado civil de casado y el de soltero, como derecho constitucional claramente vinculado al libre desarrollo de la personalidad y fundamento éste del orden público y la paz social (100). Para quienes sostienen que la unión de hecho supone un auténtico estatuto jurídico, como categoría familiar propia del estatuto personal y el principio de personalidad que lo informa en el Derecho Internacional Privado y en

(97) La Comunidad Autónoma de Aragón no muestra previsión en esta materia.

(98) Sólo se conoce una cuestión de inconstitucionalidad (núm. 258/2003) respecto de esta materia, formulada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

(99) Mercedes CASO SEÑAL, *Regulación legal...*, cit., pág. 77.

(100) SSTC de 15-XI-1990, 11-XII-1992 ó 8-II-1993.

el Derecho Interregional español, sería de aplicación la *ley nacional* común de los convivientes y, en su defecto, la ley de la residencia habitual común. Mayoritariamente, sin embargo, se acoge la norma aplicable según el efecto jurídico perseguido, de manera que se estaría a la ley aplicable para las obligaciones contractuales cuando se tratase de validez y eficacia jurídica de los pactos celebrados entre compañeros o miembros de la pareja estable, lo que conduce a las figuras del contrato, la responsabilidad aquiliana o el enriquecimiento injusto, y de ese modo a los artículos 10.5 y 10.9 del Código Civil, entrando en juego las normas de conflicto de los apartados 7 y 8 del artículo 9 del Código Civil. Problema evidente que si la pretensión llevada a juicio es plural, remitiendo con ello a varias leyes, operaría un fraccionamiento nada aconsejable y por demás contrario a la voluntad legislativa autonómica, lo que además podría suponer la omisión de la ley personal o la ley de la residencia de la pareja de hecho (101).

Desde otra perspectiva hay preocupación por establecer mínimas conexiones con el país de celebración del matrimonio a fin de evitar o al menos dificultar el eventual turismo matrimonial, siendo como es España uno de los pocos países en los que se ha legislado sin prácticamente ninguna limitación sobre el matrimonio homosexual (102).

3.4. LAS DESIGUALDADES DE TRATAMIENTO ANTE SUPUESTOS DE HECHO DESIGUALES ENTRE SÍ

Obvia señalar que la pareja de hecho no es matrimonio, máximo cuando ahora cualquiera, sin diferenciar orientación sexual, puede casarse o no, de modo que quien no escoge dicha opción matrimonial no puede pretender el disfrute del régimen económico anudado a la misma. Es más, si así fuese, probablemente tomaría un punto de partida no querido, pues pudiendo escoger el matrimonio, con todas sus consecuencias, no lo hace, pero se ve abocado a las normas que regulan su realidad y consecuencias. De otro lado, dada la li-

(101) Mercedes CASO SEÑAL, *Regulación...*, cit., pág. 86.

(102) Por ejemplo, en Holanda se exige que uno de los contrayentes viva o tenga nacionalidad holandesa; cfr. Elena ZABALO ESCUDERO y María Pilar DIAGO DIAGO, «Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista», en *Novedades legislativas en material matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 256. Está claro que ese punto de conexión no va a evitar la diversidad de otros establecidos en distintos países, pero a diferencia de lo que ocurre con la conflictividad normativa interna, en la internacional es relativamente sencilla la solución ante la concurrencia; vid. Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Derecho de Familia. El matrimonio», en *Derecho Internacional Privado. Parte Especial* (con otros autores), Eurolex, Madrid, 1995, pág. 295 y sigs. Sobre los efectos jurídicos de la familia no matrimonial y las pretensiones derivadas de la unión no matrimonial, vid. íd., pág. 293.

bertad existente, la única discusión plausible reside en observar mayores dificultades —formales y económicas— para el casado que para el unido, en situaciones jurídicas básicamente iguales. Sin embargo, como sea que precisamente pueden modularse estas últimas por propia voluntad, a través del matrimonio o de la pareja de hecho, las situaciones de desigualdad material vendrían propiciadas por el propio sujeto que elige una u otra opción legal, o ninguna —colocándose en la pareja de hecho ajena a toda regulación normativa—, lo que impondría una conclusión evidente, la irrelevancia constitucional.

Resta, sin embargo, apuntar que el intervencionismo estatal, si se encuentra materialmente justificado, resulta ajeno a cualquier suerte de voluntades y, así, a que los sujetos se hayan casado, unido formalmente como pareja estable o establecidos en convivencia sin ningún tipo de sometimiento a normativa legal de asunción voluntaria. Ahora bien, precisamente es la unión estable de pareja, bajo la normativa autonómica, la que permite una disolución o extinción que puede reconducirse, en realidad, a la decisión unilateral y aformal. Ciertamente que esa libertad de decisión es también la manera de escindir una relación matrimonial a través del divorcio, con la única limitación temporal de un período mínimo de tres meses que, en puridad, no lo será de convivencia sino de mera formalidad, durante el cual los cónyuges no podrán casarse con otra persona —aunque sí convivir con ella—, y que podrá incrementarse mientras dure el trámite legal necesario para disolver el vínculo, el preceptivo proceso que conduce a una sentencia constitutiva, con eficacia *ex nunc*, para la que se necesita la presencia formal del otro cónyuge, acaso en paradero desconocido o domiciliado en el extranjero. El particular plantea una abierta discriminación respecto de la pareja de hecho, pues pese a la libertad de desvincular se mantiene la exigencia de una formalidad nada acorde con la incontestable realidad del motivo o razón que va a suponer la disolución por divorcio, en tanto sólo cabe un motivo de oposición al mismo, el no haber transcurrido un período de tres meses desde la celebración del matrimonio. Y a ello se suma, claro está, el coste económico existente de todo proceso civil de divorcio, que como obligado resulta ineludible.

Por otro lado, conviene subrayar que el matrimonio no sufre el impedimento de la existencia previa de una pareja de hecho, como sin embargo sí padecería ante un matrimonio previo (art. 46.2.º CC), mientras que la pareja de hecho, sustancialmente, no puede constituirse si existe otra pareja de hecho o un matrimonio. Se apunta con ello una mayor restricción en la constitución de la pareja de hecho que en el matrimonio, pues lógicamente las legislaciones autonómicas han eludido indicar que la pareja de hecho configure impedimento del matrimonio (103). En el fondo se trata, realmente, de

(103) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La competencia para legislar...*, cit., pág. 126, nota 52 *in fine*. La mayor exigencia de requisitos personales para la unión de hecho, en comparación con el matrimonio, se invierte en el momento de la separación

una vicisitud o circunstancia motivada con el sentido del matrimonio o de la pareja de hecho, que es la convivencia mutua y lo que ésta puede comportar. Para el matrimonio, la existencia de una pareja de hecho no es obstáculo porque con el acto de casarse se está disolviendo la pareja de hecho —cuya causa genérica, según se ha apuntado, reside en la decisión unilateral—, por mucho que tal cosa comporte, en realidad, la ruptura de la convivencia de esa pareja de hecho y el inicio de la convivencia como matrimonio, dado que no siendo así podría dudarse de la bondad del consentimiento matrimonial, que implícitamente conlleva la voluntad de convivir. Se observa, pues, que igualmente la celebración de un matrimonio expresaría la voluntad de divorciarse del precedente, lo que, superado el período legal mínimo de existencia —no de convivencia real— de tres meses, sólo podría exigir, como ocurre en la pareja de hecho blear para poner fin a la unión de hecho, el conocimiento de quien no decide unilateralmente divorciarse. Tal cosa podría tener lugar antes o después de casarse, porque lo que importaría no sería la voluntad del otro, sino su mero conocimiento formal, subrayando que, basado el matrimonio o la pareja de hecho en un acuerdo de voluntades que pivotan sobre la convivencia afectiva, la ausencia de la convivencia ya comportaría un conocimiento implícito sobre el desacuerdo de voluntades al respecto; y que el nuevo matrimonio, como extinción tasada del anterior, ya advertiría a los terceros de la nueva realidad jurídica, a través de la pertinente inscripción en el Registro Civil. Esta manera de poner fin al matrimonio, así como aquélla que consistiera, simplemente, en la manifestación de voluntad de uno de los cónyuges ante autoridad registral pertinente, evitaría el coste temporal y económico que supone el proceso civil de divorcio en nuestro país. Nótese que las legislaciones autonómicas que plantean la comunicación unilateral a la pareja de la extinción de la unión de hecho, también incorporan como causa de extinción el contraer matrimonio —que no anuda ninguna comunicación

o disolución, cuando el matrimonio exige lo que para nada requiere la pareja de hecho: una sentencia civil constitutiva. Con todo, no se trata tanto que no exista un impedimento para casarse, pues evidentemente lo hay; lo que ocurre es que el impedimento en sí (la realidad convivencial previa) desaparece con el matrimonio (como ocurre en Francia con el art. 515-7 de su *Code* y el pacto civil de solidaridad; o en Alemania con la disolución *ipso iure* de la *Lebenspartnerschaft*). Sólo cuando no se disolviera de ningún modo esa unión de hecho formalizada e igualmente se contrajera matrimonio, se estaría en condiciones de decir que la pareja estable no es impedimento del matrimonio; cosa que por otra parte, si entendemos éste y aquélla como inherentes a la convivencia bajo *affectio*, plantearía el sin sentido de un consentimiento matrimonial cuando menos ajeno a la fidelidad propugnada por el artículo 68 del Código Civil, y por supuesto de imposible cumplimiento si se inicia bajo la convivencia de la pareja estable de uno de los contrayentes con tercera persona. De hecho, en el Reino Unido existe una especie de matrimonio alternativo homosexual (*Civil Partnership Act* de 2004), donde tampoco la unión civil entre sujetos del mismo sexo viene establecida como impedimento para un matrimonio heterosexual —que no sería, pues, nulo o anulable por preexistir el homosexual, a la luz de la *Matrimonial Causes Act* de 1973—, no obstante la práctica del Registro Civil británico así lo considera.

fehaciente a la ex pareja—, con lo que el conviviente de hecho puede no enterarse de nada, o hacerlo sorpresivamente una vez su pareja se haya casado, por mucho que, debe suponerse, la convivencia fáctica hubiera finalizado con anterioridad.

El proceso civil sería necesario, como se verá después, a fin de regular consecuencias o efectos personales indisponibles por las partes, así como situaciones patrimoniales allí donde no exista acuerdo para ellas —igualmente viable por tratarse de materia disponible entre particulares—, y sólo restaría debatir sobre si la comunicación del fin del matrimonio al otro cónyuge debe existir formalmente, en todo caso, con anterioridad a un nuevo matrimonio a celebrar o pareja de hecho a constituir bajo determinada reglamentación autonómica, pues es obvio que la convivencia fáctica podrá existir sea cual sea la situación jurídica existente. La comunicación previa resulta útil en el ámbito de las relaciones interpersonales de los cónyuges, pero sin otra trascendencia desde que el acto unilateral de uno de ellos —sea o no contraer con otro nuevo matrimonio— adquiera publicidad *erga omnes* (104). De ese modo, y a pesar de la lógica de una falta de convivencia real también previa, la comunicación evitaría actuaciones sorpresivas que podrían tener perjudicial incidencia en el ámbito patrimonial propio del constante matrimonio, más ciertamente incardinadas en los efectos actuales de la separación matrimonial y el contenido del artículo 102 del Código Civil y no en el mantenimiento de un vínculo impeditivo para un nuevo matrimonio: si cualquiera de los dos cónyuges pudiera suprimir su matrimonio con el mero hecho jurídico de contraer otro, si alguien estuviera divorciado sin saberlo constataría el dato al ver que su nuevo matrimonio no causaría disolución del anterior, ya disuelto por divorcio y así inscrito registralmente, lo que no anuda cambio ninguno respecto de su propia y unilateral voluntad.

Recuérdese, por otra parte, que la ilicitud penal asociada al abandono de domicilio conyugal puede vincularse a las obligaciones paternofiliales (art. 226 CP) y a la alteración de residencia de hijos menores (la sustracción del art. 225 bis CP), pero en ninguno de los dos casos incorpora la necesidad de que el progenitor y sujeto activo del tipo —no necesariamente cónyuge, por demás— deba mantenerse en dicho domicilio o residencia. Con todo, no puede olvidarse que la identificación del consentimiento como matrimonial o no matrimonial está directamente relacionada con el instituto de la simulación, que persigue acabar con los matrimonios blancos o de complacencia, cuyas finalidades fraudulentas son la obtención de un permiso de residencia, la nacionalidad española o la reagrupación familiar. Por eso la Dirección General de Registros y Notariado se ha preocupado de

(104) No obstante, recuérdese que la publicidad del Registro Civil sobre matrimonios no «secretos», como accesible a «terceros», no es asimilable a la del Registro Mercantil o al de la Propiedad.

poner de relieve un concepto legal de matrimonio al que enlazar el consentir válido (105).

La jurisprudencia constitucional y ordinaria civil niegan la aplicación del principio de igualdad entre parejas matrimoniales y de hecho, pero la distinción en función del artículo 14 CE tiene lugar, en realidad, con relación a parejas meramente de hecho, no aquellas formalmente reconocidas por una ley autonómica. Esto significa que la negación de equiparación efectuada por dichas jurisprudencias no puede interpolarse sin más a las parejas de hecho reconocidas como tales por el Derecho territorial, y que transforman la naturaleza jurídica de aquellas para en verdad identificarse sustancialmente con el matrimonio civil, consideradas incluso como una clase distinta de matrimonio, separada de aquella unión de hecho que no puede encuadrarse bajo requisitos de las legislaciones autonómicas o, pudiendo hacerlo y dependiendo de la voluntad de los convivientes, no deseen estos formar parte de dicha regulación.

Así entendido, el consentimiento matrimonial pudiera tener claras similitudes con el consentimiento expreso de determinadas parejas de hecho —no, en cambio, cuando tal consentir deviene tácito por mera convivencia durante un determinado período de tiempo, como ocurre en la legislación catalana—, lo que haría difícil configurar unos efectos o consecuencias diferentes entre unos y otros sin caer en la desigualdad por razón de la formalidad en la constitución —y, sobre todo, en el cese—, y la desigualdad propia de regímenes materiales no iguales en el terreno de la relación jurídico-civil personal y patrimonial. A no ser que, precisamente, las diferencias de forma y de fondo, aun partiendo de un mismo consentimiento, se impongan porque en ese consentir ya se tiene en cuenta la diferencia de regulación positiva, deshaciendo con ello toda suerte de perjuicio relevante. El problema es que una vez concretado el acto propio no cabe ir en su contra, y quienes se conformaron como pareja de hecho, o como matrimonio, no pueden pretender el régimen del matrimonio o de la pareja de hecho, respectivamente, cuando más se acomode a sus particulares intereses sobrevenidos.

Aún conviene plantear si, barajando un mismo consentimiento y un régimen personal y patrimonial prácticamente idéntico, es razonable o tiene algún sentido material el establecimiento de diferencias en las formas, convertidas entonces en un mero obstáculo económico y temporal. Algunos autores advierten dicha situación formal como la única referencia aparentemente válida para determinar la matrimonialidad de la voluntad (106). Pues, el término «matrimonio», desprendido de sus connotaciones religiosas, tampoco impedi-

(105) Por ejemplo, la Instrucción de 31 de enero de 2006 (BOE, núm. 41, de 17 de febrero), que recaba la idea de convivir maritalmente y formar una familia como ejes básicos del matrimonio auténtico, lo que, por cierto, resulta coincidente con la noción fundamental de la pareja de hecho, sobre todo si entendemos admisible la familia sin hijos.

(106) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 40.

ría la celebración del correspondiente rito religioso con eficacia civil ordinaria —pero con mecanismos propios para su extinción (la nulidad matrimonial canónica) (107)—, según las íntimas creencias de cada cual que, por ejemplo, en el catolicismo se vierten como sacramento.

Una manera de analizar el contenido del consentimiento matrimonial estaría en estudiar las obligaciones conyugales de los artículos 67 y 68 del Código Civil. Según estos textos, «los cónyuges (antes el marido y la mujer) deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia» y «los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente», añadiendo tras la reforma de 8 de julio de 2005: «deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo». No se olvide que el artículo 66 del Código Civil prescribe que «los cónyuges (antes el marido y la mujer) son iguales en derechos y deberes», pero para ello —después de la Constitución— no era necesario ningún precepto civil enunciativo. Tal tipo de planteamiento se deduce sin mucho esfuerzo de la Norma Fundamental, no sólo porque la aplicación real y efectiva de la igualdad lo impondría (arts. 9.2 y 14 CE) sino porque la igualdad jurídica a la que refiere el artículo 32.2 CE se fundamenta en ello. La Ley no legitima modos de convivencia que discriminen a uno de los cónyuges, pero tampoco lo permitiría entre quienes formasen una unión estable de pareja. En uno y otro caso, y bajo la autonomía de la voluntad sin perjuicio de tercero, fraude de ley o vulneración del orden público, pueden unos y otros desigualarse mutuamente (108).

El respeto y ayuda mutuos, por un lado, y la actuación en interés de la familia, por otro, no muestran diferencias de interés con la unión estable de parejas, y aunque no traslucen directamente una vinculación afectiva, que por demás les supera en cuanto a tales, resultan plenamente compatibles con la misma, recogida profusamente por la jurisprudencia civil; no en vano mucho antes de instaurarse el divorcio sin causa ya era causa de disolución del vínculo la ausencia de la relación de afectividad entre los cónyuges. Ciertamente que esa relación de afecto —en la terminología latina *affectio maritalis*— no se identificaba en la actualidad con el significado romano clásico, pero tampoco es cierto que su vinculación con el consentimiento esquive una relación (109). En realidad, la auténtica *affectio maritalis* romana tiene mucho que ver con la obligación inherente al consentimiento matrimonial actual

(107) A pesar de la autodeslegitimación que propician reiteradas decisiones incomprensibles para el ciudadano medio, vinculadas a famosos que persiguen volver a casarse según el rito católico y precisan —y obtienen— la anulación.

(108) Joaquín RAMS ALBESA, sobre la obra de José Luis LACRUZ BERDEJO, *Familia...*, cit., pág. 30.

(109) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE se centra en el consentir como voluntad externamente manifestada en el nacimiento y la subsistencia del matrimonio romano, en relación con el *honor matrimonii*; vid. *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 25 y sigs. y nota 16.

según el artículo 67 del Código Civil, pues aquélla se centraba en el respeto y consideración debidos (110). Respeto y consideración debidos el uno para el otro, y que en un sentido amplio no pueden entenderse sin incluir la noción de ayuda mutua. Por su parte, la actuación en interés a la familia deviene preordenada con independencia del tipo de familia en cuestión, con base en las exigencias rectoras del artículo 39 CE. De ahí que, por ejemplo, el uso del que fuera domicilio familiar cuando existan hijos menores de edad venga admitiéndose por analogía con el artículo 96 del Código Civil (SSTS de 16-XI-1996 ó 10-III-1998), algo significativamente más difícil sin ellos, aunque también haya sido justificado bajo los principios generales del Derecho (STS de 10-III-1998), que en esta sede habría que vincular a la protección integral de la dignidad humana para escapar a la tesis del acto propio.

El hecho de que la ausencia de *affectio maritalis*, o la falta de intención en seguir conviviendo tal y como se consintió —con respeto y ayuda mutua y en interés de la familia—, no constituyan causa de divorcio —porque el sistema carece de causa— no cambia que el consentimiento inicial deba formularse con tales contenidos y, de no ser así, se descarte un auténtico consentimiento matrimonial (111). Es más, igualmente redundante en el consentir propio de la pareja de hecho, no en vano la regulación estatal, en materia de adopción o arrendamientos, acude a la relación de afectividad análoga a la conyugal, del mismo modo que buena parte de las legislaciones autonómicas sobre uniones de hecho (la balear en el art. 1 de su Ley de 2001). Hay quien interpreta tal relación afectiva como la disponibilidad sexual mutua, como característica tradicional del matrimonio (112), lo que no tiene demasiado sentido si esa misma doctrina alude al contenido sexual del matrimonio desde la supresión del impedimento de impotencia en 1981 (113). Por su parte, el carácter intocable de «la configuración objetiva de la institución» aludida por la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, resulta claro en cuanto a admitir el cambio de estructura respecto de la identificación subjetiva: de «hombre y mujer» a «cónyuges» bajo la no diferenciación de sexo. Pero es lo cierto que el aparato normativo preexistente, como parte objetiva del todo —aparte ajustes terminológicos motivados con la relación matrimo-

(110) Que era el *honor matrimonii*; sin olvidar que a diferencia del matrimonio moderno, el romano no nace del consentimiento inicial, sino que es preciso el continuo o duradero; Juan IGLESIAS, *Derecho Romano...*, cit., pág. 547 y sigs.

(111) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE está en contra de que la relación de afectividad defina el matrimonio o, cuando menos, la intención de los contrayentes al consentir; *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 27. Para Pedro DE PABLO CONTRERAS, sin embargo, el consentimiento será matrimonial cuando la adhesión de la voluntad en que consiste se adecue al modelo objetivo y predeterminado de matrimonio que el Ordenamiento Jurídico ofrece a los cónyuges; *La Constitución y la Ley 13/2005...*, cit., pág. 85 y sigs.

(112) Así Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Las uniones de hecho. Derecho aplicable», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 1999, pág. 1100 y sigs.

(113) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 21.

nial gay— advierte resquicios. Uno de ellos suele vincularse a la finalidad procreadora —en orden a la creación de la familia no adoptiva— de la edad núbil, cuando en realidad el componente meramente histórico muestra el origen de la norma, atemperada por la que ahora debiera considerarse auténtica razón lógica del requisito, cual es la madurez del sujeto menor de edad pero emancipado y en su caso el siempre mayor de catorce años, donde la dispensa judicial no viene orientada a la verificación de las capacidades procreativas sino a una justa causa que igualmente suele presuponer la capacidad del menor (art. 48 CC). El requisito, así considerado, ha de funcionar de idéntica manera para la pareja homosexual, acaso más en ésta que en la heterosexual, donde la propia orientación sexual, en edades púberes, quizá no se encuentra del todo formada (114). Por otra parte, si la justificación de la edad fuera la aptitud sexual, es sabido que antes de los catorce años ya se advierte la capacidad procreativa. Y esto probablemente no se apreciaría, en cambio, con menores que quisieran contraer matrimonio homosexual. En definitiva, se trata de un consentimiento válido según las reglas generales anudadas a la madurez mental.

A lo anterior se une la idea de constituir y mantener una comunidad de vida —«vivir juntos»—, que partiendo de la intencionalidad es luego presumida por el Ordenamiento Jurídico (art. 69 CC), mientras que socorrerse mutuamente puede identificarse con la ayuda mutua del artículo 67 del Código Civil y la fidelidad refleja la perspectiva cultural monogámica que igualmente impera en toda regulación sobre parejas de hecho. De cualquier modo, las obligaciones referidas se muestran intencionales y como tal voluntarias, de modo que la decisión de quebrantarlas es perfectamente posible desde la unilateralidad (115). Esto impone distanciarse del sentido contractual habitual (art. 1.256 CC) donde «el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Pero eso no significa que pierdan el valor que ya tuvieron al momento de contraer matrimonio, o que su existencia mantenga el mismo en cuanto tal, y por ende configuren su definición, respetando de ese modo la validez contractual según el citado artículo 1.256 del Código Civil, pues el matrimonio constituido no desaparece *ex tunc* por voluntad unilateral, sino que el propio cauce de tipo contractual ya prevé una resolución unilateral, como bien existen otras en el Derecho Obligacional (por ejemplo, las de tipo condicional, en materia de arras, en el comodato, en el precario, con la opción de compra). Y salvo los supuestos de nulidad radical, la separación y el divorcio comportan efectos *ex nunc*.

(114) Aunque la identidad sexual no estaría formada tampoco como heterosexual, si lo pensamos bien.

(115) Por eso se han venido apuntando como deberes éticos, morales o sociales más que jurídicos en sentido estricto, en tanto no cabe su cumplimiento coercitivo; Federico PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, II, vol. 1, Madrid, 1947, pág. 216.

El mutuo socorro cobra una dimensión patrimonial perfectamente exigible que además perdura incluso después de una ruptura, dada la existencia de una pensión compensatoria estatal, también en el régimen de la ruptura de la pareja estable balear. Y tampoco cabe dejar de lado las causas de revocación de las donaciones *propter nuptias* efectuadas por tercero, o las normas generales sobre ingratitud y desheredación entre cónyuges donantes-donatarios o causantes-herederos o legitimarios, y en relación con el derecho de alimentos (art. 152.4 CC) (116). Con todo, parte de la doctrina justifica la indemnización por daños (principalmente morales) ante el incumplimiento de los deberes conyugales (117), lo que inevitablemente derivaría al reclamante la carga de la prueba del *damnum*; a su vez, exigiría el uso del artículo 1.101 o del artículo 1.902 del Código Civil, si bien este último —como paradigma de la reclamación extracontractual— chocaría con la noción de matrimonio como contrato hacedor de efectos obligacionales exigibles, al menos al nivel del resarcimiento, conectando entonces con el ilícito civil (118). Por consiguiente, la convivencia y la afectividad rectoras se plantean como elementos sustanciales de la relación, por demás comunes para la pareja de hecho y el matrimonio, aun cuando frente a ambas existan situaciones de hecho en las que se convive con afectividad pero sin juridificación, por lo que no se otorga relevancia jurídica ninguna. Para algunos tal cosa significa que no merecen protección en esa perspectiva jurídica, y que el fundamento de la misma, cuando tiene lugar, se basa en algo distinto a la convivencia y la relación de afecto (119). Lo que hay en el matrimonio, significadamente, y en la unión de hecho sometida a legislación balear, es la voluntad libre de los contratantes, pero que por sí sola no tendría razón de ser sin todo lo anterior. Lo contrario pretendería segmentar sin más la fundamentación de las institucio-

(116) Aun cuando en algún supuesto las previsiones legales pierden sentido ante una separación o divorcio sin causa, como ocurre al referirse el citado artículo 1.343 del Código Civil a la imputación de culpa en sentencia de separación o divorcio; Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 36. Igualmente cuando ante el artículo 855.1 del Código Civil no tiene lugar una separación (arts. 834 y 856 CC); cfr. Julia RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, «La supresión de las causas de separación y de divorcio: incidencia en otros ámbitos», en *Aranzadi Civil*, 2005-II, pág. 2055 y sigs. De todos modos, teniendo presentes las reformas de los artículos 834 y 945 del Código Civil, el mantenimiento de la causa para desheredar por incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales (art. 855 CC) sería aplicable a pesar de mantenerse una convivencia; Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, «Repercusiones en el ámbito del Derecho Sucesorio de las novedades legislativas en materia matrimonial», en *Novedades legislativas en material matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 209. Y la convivencia puede ser meramente espacial, pero también afectiva, por cualquier interés personal concurrente que luego no impida ejercitar dicha causa.

(117) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 37.

(118) Agustín LUNA SERRANO, sobre la obra de Francisco DE ASÍS SANCHO REBUDILLA, «El matrimonio. Celebración y efectos», en *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV (José Luis LACRUZ BERDEJO y otros), José María Bosch ed., Barcelona, 1997, pág. 30.

(119) Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio...*, cit., pág. 45, nota 45 i.f.

nes, para aislar cada una de sus justificaciones y concluir en que por sí solas no sirven como tales, mostrando un ejercicio asistemático del Derecho, o acaso indagando en éste la existencia de una fundamentación única, siquiera principal, que pueda utilizarse. En el matrimonio y en la unión legal de hecho ni tan sólo la voluntad individualista —que en muchos casos es lo que en definitiva pretende criticarse— serviría como justificación, en el bien entendido que si el concierto de voluntad no se asocia bajo determinados requisitos, por sí mismo no valdría ni para el matrimonio ni para la pareja de hecho juridificada. Se concluiría entonces que estos institutos jurídicos carecen de justificación o fundamento, lo que sería una artificial manera de dar la espalda a su realidad y motivación jurídica, que obviamente tienen.

Téngase presente que el matrimonio, como institución constitucional garantizada o protegible en cuanto tal, incluso no asegurando «un contenido concreto y fijado de una vez por todas» sí preserva la institución «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar» (STC 32/1981). Y que igualmente viene establecida en el Derecho Internacional Público, en relación con la dignidad (120), aun cuando ni el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, ni el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, señalan explícitamente que el matrimonio deba configurarse entre un hombre y una mujer. Tampoco lo hace la redacción literal del artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Con todo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos abordó el matrimonio entre sujetos del mismo sexo biológico, aun tras cirugía transexual de uno de ellos, y concluyó en la imposibilidad (121), por mucho que luego desechase la tesis exclusivamente basada en la razón biológica (122).

De otro lado, no es cierto que la voluntad, en sí misma considerada, propicie, aun con otros requisitos en presencia, la protección o defensa del Estado o de las Comunidades Autónomas para determinadas situaciones. Contra la voluntad y pese a su ausencia, sabemos que existen situaciones de puro hecho, fundamentalmente relacionadas con menores de edad e incapacitados, que suscitan una justificación constitucional, en buena medida anclada en un concepto de familia que, como es sabido, no se limita al esquema matrimonial.

La unión de hecho bajo una determinada normativa autonómica, por ejemplo, la balear, con una formalización en el momento fundacional (art. 1.2

(120) Cfr. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

(121) SSTEDH 17-X-1986. *Rees vs. Reino Unido*; 27-IX-1990, *Cossey vs. Reino Unido*; 30-VII-1998, *Sheffield y Horsham vs. Reino Unido*.

(122) SSTEDH 11-VII-2002, *Goodwin vs. Reino Unido*; 11-VII-2002, *I vs. Reino Unido*.

LBPE) está formada por quien no quiere casarse y tampoco mantenerse al margen de la normativización jurídica en el terreno de los efectos de su situación libremente consentida. Por consiguiente, no resultaría lógico aplicar las normas del matrimonio a la unión legal de hecho, ni las de ésta a la unión meramente fáctica entre sujetos, sin perjuicio de que haya supuestos de hecho que reclamen el proteccionismo estatal con independencia de los requisitos legales en presencia y la voluntad a ellos vinculada de algunos de sus protagonistas. La analogía legal entre pareja de hecho formalizada y matrimonio es, pues, rechazable, en tanto ante esta panorámica legislativa penalizaría al miembro de la unión de hecho que no quiere continuar en la relación: «apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio» (SSTS de 12-IX-2005, 5-XII-2005 ó 22-II-2006). El problema de este tipo de planteamiento reside en el conocimiento del sujeto, relacionado con el principio de que el ignorante de la Ley no exime su cumplimiento, bien que aquí no existe ningún tipo de cumplimiento e invierte el axioma hacia aquel que diría que la ignorancia de la ley civil no excusa su inaplicación.

En términos generales se considera la *analogía iuris* como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho, y que en el campo de la disolución de la unión de hecho convoca la doctrina del enriquecimiento injusto (arts. 1.1, 10.9 y 1.887 CC como cláusula de cierre) (123). La compensación supone comparar situaciones patrimoniales sin exigir un concreto aumento de patrimonio pero sí la existencia de una descompensación entre personas que de no remediarse podría comportar situaciones de hecho injustas (124); descompensación que puede encontrar su origen en el desprendimiento de valores patrimoniales tanto como en la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro (125).

Por último, en relación con el matrimonio homosexual y las uniones de hecho homosexuales, la equiparación en el ámbito de la adopción no puede extenderse en todo caso, por la propia naturaleza de las cosas, a la filiación natural, salvo en determinados supuestos, ya apuntados, respecto al miembro femenino de la pareja que pueda quedar embarazado. Vinculado a ello, no es cierto que desde el punto de vista registral civil exista igualdad de derechos para los cónyuges homosexuales, a pesar de la dicción totalizadora

(123) STS civil de 12-IX-2005.

(124) Francisco Javier FORCADA MIRANDA, «Novedades en la pensión compensatoria: la compensación por desequilibrio», en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 130, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2007, pág. 142.

(125) STS civil de 12-IX-2005.

del artículo 44 II del Código Civil en cuanto a «efectos» sin importar el sexo común. Superada la controversia de la filiación matrimonial misma en el terreno sustantivo, no deviene problemático aceptar la desigualdad en el ámbito del Registro Civil del mismo modo que refleje los planteamientos materiales expuestos, con independencia del mayor o menor acierto de las terminologías utilizadas para acomodar la posibilidad de dos progenitores varones o féminas. Lo que supondría un problema es no aceptar la determinación de una paternidad biológica extramatrimonial, frente a una concreción registral, por ejemplo, de dos progenitoras mujeres, A y B (matrimoniales), que convertiría a aquella, simplemente, en C (extramatrimonial). En el bien entendido que ese particular es diferenciado de la adopción, donde el origen biológico puede suprimirse desde el punto de vista público si quien adopta no es el cónyuge. El punto de comparación desigualitario sigue residiendo, en cambio, con referencia a las uniones legales de hecho donde no exista presunción de paternidad en ese punto y la descendencia nacida de esa unión fáctica no se encuentre en igualdad de condiciones con la matrimonial, pese a la reconocida igualdad constitucional entre filiación matrimonial y no matrimonial y la protección dispensada con el artículo 39 CE.

De otra parte, es cierto que se suscitan problemas ante la ausencia en el extranjero del reconocimiento del matrimonio homosexual o de la pareja de hecho gay (126), afectando con ello las expectativas de los contrayentes o emparejados de ese modo según la legislación estatal o autonómica que corresponda. Mas no es posible achacar el problema a la mención generalista del artículo 44 II del Código Civil, cuando es otro Derecho nacional el que causaría la distorsión en función del elemento extranjero en presencia. Lo que conviene plantear es si para el Derecho español una ley extranjera que no reconozca el matrimonio gay atentaría con ello el orden público internacional (127). Y como sea que nuestro legislador ha querido regular el matrimonio homosexual en función del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad y no discriminación, según se expone en la motivación de la Ley 13/2005, hace de la institución un elemento básico del sistema matrimonial español, formando parte de su orden público internacional y defendiéndose de la aplicación de leyes extranjeras que pudiera vulnerar el *ius connubii* así planteado (128). La ley española fomenta, pues, el derecho a contraer matrimonio y por supuesto el *favor matrimonii*, contribuyendo al

(126) Cfr. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2004, pág. 168 y sigs.

(127) José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «Nota sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2005.

(128) Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado español», en *Diario La Ley*, núm. 6.391, 2 de enero de 2006, pág. 1 y sigs.

desarrollo libre de la personalidad con amparo en el artículo 10.1 CE, sirviéndose en ese caso del orden público internacional frente a leyes extranjeras que no respeten dicha orientación (129).

Dejando a un lado el tratamiento procesal, que se verá a continuación, desde el punto de vista sustantivo se arbitra toda una suerte de medidas protectoras, intervencionistas, para las que no importa exista una regulación específica (del matrimonio, de la pareja de hecho, o de hipótesis en tierra jurídica de nadie) porque prevalece la protección de la familia en el sentido amplio y aún de los menores e incapacitados ajenos a dicha concepción o incluso con apoyo en la dignidad del ser humano. De hecho, la propia normativa y jurisprudencia, en el marco de otro tipo de materias, tiene en cuenta diversidad de realidades y permite equiparaciones al matrimonio mismo, como ocurre en el ámbito de los arrendamientos urbanos, indemnizaciones (130) y pensiones (131). Si a partir de tales presupuestos no existe justificación racionalizada, la propia voluntad individual, en un momento determinado en el que tiene a su alcance opciones bien concretas de regulación, puede conllevar la exclusión de cualquier norma jurídica aunque luego se pretenda lo contrario a vista del resultado de una ruptura o crisis en la situación de hecho libremente consentida. Y bajo la doctrina del no ir contra los propios actos no bastará la ignorancia del Derecho —en cuanto a desconocimiento, de las opciones que éste ofrece, en ese momento inicial donde se ejerce la voluntad con otra persona— para conseguir algún tipo de beneficio. En tales casos las uniones *more uxorio* como realidad social en crecimiento que conjuga la voluntariedad de constitución, la estabilidad y permanencia relacional en el tiempo y el espacio junto con una notoriedad o apariencia pública de la misma comunidad de vida que la matrimonial, no podrán obtener los efectos jurídicos civiles personales y patrimoniales que se ofrecen al matrimonio o a la pareja regularizada bajo requisitos de una determinada ley autonómica. No importa que la intencionalidad negocial inicial cambie drásticamente ante una situación considerada injusta por el sujeto, que buscará entonces la equiparación al régimen que en un comienzo desechó (132). Téngase presente, en cualquier caso, que la idea de una relación para toda la vida no es exclusiva del matrimonio, pues depende de una voluntad inicial que puede perdurar hasta la muerte. Sin embargo, decidir que esa perdurabilidad debe ser «ayudada» a través de toda suerte de inconvenientes u obstáculos frente a la disolución del

(129) Vid. Elena ZABALO ESCUDERO y María Pilar DIAGO DIAGO, *Matrimonio...*, cit., pág. 295 y sigs.

(130) SSTC 6/1993, 47/1993, 155/1998 ó 180/2001.

(131) SSTC 66/1994, 222/1994, 39/1998, 47/2001, 77/2004 ó 174/2004.

(132) Lo que es una pretensión ilógica cuando ha venido siendo aceptada por la jurisprudencia, hasta cierto punto y bajo determinados parámetros comparativos; en cualquier caso, la pretensión era judicialmente resuelta de un modo u otro; María Pilar FERRER VANRELL, *Incidencia...*, cit., pág. 13.

vínculo o el fin de la convivencia, supone dar la espalda a la realidad que durante muchos años motivó situaciones fácticas de todo punto ajenas a los principios rectores del matrimonio constante e indisoluble que sólo vivía en el Registro Civil. Cuestión distinta que se pretenda dotar de valores morales a las decisiones humanas, de modo que las instituciones que la sociedad civil crea jurídicamente para su propia autorregulación aporten la seguridad jurídica de su estabilidad, evitando la trivialización principalmente porque la misma menoscabaría los principios esenciales en los que por otro lado se apoya la libertad del concierto de voluntades, comenzando por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (133). Se ha puesto de manifiesto, en particular, cómo se hace necesario el régimen legal de separación de bienes y una ampliación considerable de la libertad para testar a fin de introducir una visión igualitarista en el ámbito de la familia formal y la informal, sin que ese régimen económico supletorio no provoque en Baleares o Cataluña, Comunidades que lo viven, una especial desunión familiar (134).

En el plano del Derecho Internacional Privado, finalmente, a tenor de la cooperación judicial civil, sobre todo frente a las crisis matrimoniales —por virtud del Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental—, los tribunales de los países que admiten el matrimonio homosexual no plantearán problema. Pero difícilmente aplicarán el citado Reglamento aquellos que no reconocen como casados entre sí a personas del mismo sexo, que por otro lado no asumirán las hipótesis de divorcio porque siquiera estarían admitiendo la condición de casado que es su presupuesto. El panorama no favorece, está claro, la movilidad in-

(133) De parecer contrario los que entienden que la estabilidad es predicable del matrimonio por encima de cualquier otra forma jurídica o fáctica existente, lo que encierra el claro paradigma sacramental que proyecta a su través un significado menos jurídico y más trascendental, religiosamente característico. En este sentido, Rafael NAVARRO VALLS indica sobre los cambios socio-jurídicos de los últimos tiempos que «han ido llevando, poco a poco, a que la monogamia y la estabilidad sean erosionadas por lo que técnicamente se denomina “poligamia sucesiva”, a través de los divorcios “al vapor”; la heterosexualidad se debilitó por las uniones homosexuales; los matrimonios “formales” se difuminaron por las uniones de hecho; la “medicalización de la sexualidad”, a través de la píldora, alteró la finalidad procreativa del matrimonio, etc.» (*Estabilidad...*, cit., pág. 315). Quepa significar, a su vez, cómo el Estado Vaticano apoya en la ONU el mantenimiento de la homosexualidad como delito, por lo que el matrimonio gay muestra una especie de doble crimen; curiosamente la legislación penal vaticana no contempla el pretendido injusto entre sus contados nacionales, acaso porque no es concebible tal acto entre ellos, como no debe serlo, por ejemplo, el del abuso de menores y la pederastia.

(134) Joaquín RAMS ALBESA, «Perspectivas legislativas sobre las uniones estables de pareja», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 122. Añade el autor que las regiones-naciones, según la CE, son las primeras en la creación y pervivencia de empresas y explotaciones familiares.

tracomunitaria de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y las diferencias presentadas exponen un obstáculo a la libertad de circulación de personas atentatorio contra la lógica del Derecho comunitario vigente (135). Ahora bien, en tales países no habría obstáculo en contraer matrimonio sin divorcio previo, matrimonio que sin embargo no sería reconocido en los países donde, como España, se admite el matrimonio gay, dejando a un lado el delito de bigamia. A tenor del artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el ciudadano comunitario tiene derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, y dicho derecho se articula en función de «las leyes nacionales que regulen su ejercicio», por lo que la española actualmente vigente permite proyectar su eficacia extraterritorial por la vía del reconocimiento mutuo evitando la distorsión de la libertad de circulación de personas (136); mostrando la Carta, además, que el contenido del matrimonio trasluce la noción de derecho constitucional de configuración legal significada. Y en este sentido no puede olvidarse que, aparte la ya citada Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de febrero de 1994, la número 77 de 4 de septiembre de 2003 pidió a los Estados miembros que hicieran desaparecer todas las formas de discriminación, legislativas o *de facto*, de que todavía son víctimas los homosexuales, en particular sobre el derecho a contraer matrimonio y sobre adopción de niños, línea de actuación que ya había sido reclamada en cuanto al matrimonio gay y el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales en la Resolución de 15 de enero de 2003, del Parlamento Europeo, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

Debe recordarse que en el Derecho Comparado se suele rechazar la adopción conjunta de la pareja de hecho homosexual (por ejemplo, en Alemania), no así en Cataluña, con la reforma del Codi de Família y de la Ley de parejas estables 10/1998 por Ley catalana 3/2005, y antes en Aragón (Ley 2/2004, de 3 de mayo) (137). Para acabar, debe insistirse que el cambio de perspectivas para el matrimonio, que suprime suerte alguna de discriminación por razón de sexo, potencia la necesidad de reformas para la unión de hecho en tanto carece de sentido otorgar un estatuto jurídico semejante al derivado del matrimonio si la pareja de hecho ha optado, voluntariamente, por no contraer matrimonio (138); opción, por demás, que conforma un derecho constitucional, en el aspecto o vertiente negativa del artículo 32.1 del Código Civil.

(135) Elena ZABALO ESCUDERO y María Pilar DIAGO DIAGO, *Matrimonio...*, cit., pág. 308.

(136) Elena ZABALO ESCUDERO y María Pilar DIAGO DIAGO, *Matrimonio...*, cit., pág. 309.

(137) Véase, en general, María Paz GARCÍA RUBIO, «La adopción por y en parejas homosexuales» en *Estudios en Homenaje del Profesor Lluís Puig Ferriol*, Barcelona, 2005.

(138) En este sentido, se apuesta por una normativa estatal de parejas de hecho que se limite a solventar cuestiones patrimoniales que puedan derivar de cualquier relación de

4. DERECHO PROCESAL

4.1. UNIFICACIÓN Y DIFERENCIACIÓN DE PROCESOS CIVILES DE FAMILIA

Respecto de alguna regulación autonómica de las parejas de hecho —por ejemplo, la catalana 10/1998 y su art. 15 (139)— podría aludirse a la creación de un procedimiento *ad hoc*. No lo habría hecho respecto del Derecho cautelar, para el que se utilizaba un artículo 134 del Código de Familia catalán que en realidad trasponía el sentido y alcance del artículo 158 del Código Civil, pero en el marco de accesoriidad que como cautela es propio y en esa época bajo un trámite principal de menor cuantía. La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) reserva al procedimiento verbal especial las acciones de separación, nulidad y divorcio y también cualesquiera otras relacionadas con el Título IV del Libro I del Código Civil (art. 770 LEC), de modo que se anuda a situaciones matrimoniales desconociendo cómo, precisamente, el propio artículo 769.3 LEC atiende a procesos cuyo objeto típico nunca podrá aparecer en el matrimonio que no ha entrado en crisis, para lo que ya se establece el contenido del artículo 769.2 LEC. En definitiva, el apartado tercero del mencionado artículo 769 alude a las uniones de hecho en crisis, a la familia no matrimonial (140), lo que resulta especialmente compatible con el hecho de que el punto de conexión competencial elude el domicilio conyugal y se enlaza al domicilio común de los progenitores, en su defecto el del demandado o el del lugar de residencia del menor a elección del actor.

Hay quien considera procedente, pese a todo, el proceso declarativo ordinario en tanto el artículo 769.3 LEC resuelve sobre la competencia pero no sobre el tipo de juicio. Y es lo cierto que se atiende al artículo 748 LEC y que la incorporación de esa norma al ámbito de aplicación del Libro IV se enumera en aquél. Su entendimiento estricto, no obstante, podría suponer una quiebra hartamente extraña a la sistemática, sobre que los foros establecidos en el Libro IV (De los procesos especiales) no sirvieran para los procesos de familia ubicados

convivencia y una revisión de la ley autonómica balear sobre la materia que se ajuste a la necesidad demandada y no se mantenga excesivamente rígida y contraria a la misma; María Pilar FERRER VANRELL, *Incidencia...*, pág. 470. La autora apunta, incluso, a desprenderse de la vinculación *more uxorio* y extender una regulación genérica como organizativa básica a cualquier tipo de convivencia fundamentada en relaciones cuasi-familiares o afectivas, incluyendo la ayuda mutua o el acogimiento de personas mayores que ya regulan algunas leyes autonómicas (como las catalanas 19/1998 y 11/2001, o la navarra 34/2002); *ídem.*, pág. 472.

(139) Téngase en cuenta, a este respecto, la proposición de ley sobre aspectos procesales de la Ley catalana 10/1998, presentada sin éxito por el Grupo Parlamentario Socialista a fin de unificar los procedimientos relativos a las uniones de hecho y los de familia.

(140) En este sentido, Josep María BACHS ESTANY, «Las prestaciones económicas entre los miembros de las uniones estables de pareja y sus descendientes», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 195.

en ese mismo Libro (en su Título I y a pesar que no menciona los «no matrimoniales») sino a los recogidos en el Libro II (De los procesos declarativos en general), que enlazan con las normas básicas del Título II del Libro I sobre competencia y no con las especiales del mencionado Libro IV. Según como se mire, la relativa limitación del derecho a la prueba bajo el cauce procedimental del proceso especial de familia —los tiempos de diez o treinta días para la práctica de prueba y en particular de oficios en orden a obtener medios de prueba documental— podría considerarse discriminatoria para el ámbito de relaciones matrimoniales. De otro lado, el proceso declarativo ordinario no contaría, en su caso, con personal jurisdiccional especializado (en Derecho de Familia), permitiría la acumulación de todo tipo de acciones (patrimoniales principalmente) y aparte de diferencias sobre el coste del procedimiento pondría en duda la aplicación de las normas sobre la introducción temporalmente libre de hechos durante el trámite o la actividad probatoria de oficio, regulado todo ello para el procedimiento especial, no para el general (art. 752.1 LEC).

De todas maneras conviene subrayar que los artículos 748.4.º, 769.3 y 770.6.ª LEC, que permiten acomodar la problemática procesal de la familia no matrimonial, y en cierto modo la entrada de las uniones de hecho en el Libro IV de la LEC, proceden de una actividad legislativa precipitada que puede, en parte, justificar ciertas disfunciones sistemáticas y faltas de completud. Si se repasan los trámites parlamentarios de la LEC se observa que ni el Anteproyecto de 26 de diciembre de 1997 ni el Proyecto de 30 de octubre de 1998 aluden a las uniones de hecho, configuradas de ese modo como modelo de convivencia ajurídico y abocadas al peregrinaje procesal (141). Pero eso no impidió que se planteara la necesidad de regular sobre la protección a la familia por encima de la centralización del problema alrededor del matrimonio en exclusiva. Tal necesidad, por demás acomodada al artículo 39.1 CE, ya se encuentra manifestada en el Libro Blanco de la Justicia, y el propio CGPJ abogó por ello en su informe al Anteproyecto de LEC, del mismo modo en que lo hizo el Consejo de Estado. En esa línea se presentaron enmiendas al texto articulado, pero sólo permitieron la introducción de la regla sexta del artículo 770 LEC (142).

Con apoyo en la igualdad constitucional entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, en supuestos de uniones estables de pareja se permiten tanto los trámites del juicio verbal especial del artículo 770.6.º LEC como la aplicación de medidas de contenido parejo al previsto en el artículo 103 del Código Civil, así como de cualesquiera otras al amparo del artículo 158 del Código Civil. Es lo cierto que las medidas provisionales no pueden ser instrumentales de procesos no matrimoniales, esto es, de los instados por demanda de nulidad, separa-

(141) Mercedes CASO SEÑAL, *Las uniones...*, cit., pág. 144.

(142) Nos referidos al trámite en el Senado y a las enmiendas números 174, 179 y 182 propuestas por el Grupo Parlamentario Socialista.

ción o divorcio, de ahí que desde una perspectiva negativa ese tipo de medidas no cabrían para la unión estable de pareja, donde no es posible la nulidad, la separación o el divorcio. Otra cuestión es que para adoptar las medidas mencionadas en el artículo 770.6.^a LEC remita el legislador a los trámites de las medidas previas, provisionales o definitivas de los procesos matrimoniales, regulación aplicable que no debe entenderse como procesal-material sino como meramente procedimental y, obvia decir, limitada al contenido del último artículo citado: en los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de estos, siendo indiferente que los progenitores hubieran o no contraído matrimonio o constituyeran o no una unión de hecho.

Las pretensiones que afectan a los hijos menores de edad (arts. 748.4 y 770.6 LEC) han venido permitiendo, en general, dos tipos de interpretaciones, una amplia —a la que cabría extender la viabilidad de procedimientos residuales—, basada en el concepto general de potestad del artículo 154 del Código Civil y en la amplitud del significado de alimentos del artículo 142 del Código Civil, en concordancia con el artículo 39 de la Constitución, que incluiría custodia, alimentos en sentido estricto, visitas y atribución de uso de la vivienda, todo ello viable en el trámite del artículo 770.6.^o LEC. Acogiendo esta tesis, que es doctrina mayoritaria, se desecha la que utiliza la literalidad de los preceptos, especialmente el término «exclusivamente» y el uso de la conjunción disyuntiva «o», que descartaría del juicio verbal especial de familia —abocando al juicio ordinario— cualquier cuestión a favor del menor distinta de la guarda y custodia en sentido estricto y la reclamación alimenticia, es decir, quedarían fuera las visitas, el régimen de patria potestad o la atribución del uso del domicilio; de hecho, incluso resultaría excluida la acumulación entre custodia y alimentos, dada la mencionada conjunción, pero mucho mayores serían los inconvenientes en el terreno cautelar, pues habría que aplicar el artículo 727.11 LEC —sin que quepan de oficio, art. 721.2 LEC— o acudir al artículo 158 del Código Civil, que remite a trámites de la jurisdicción voluntaria.

4.2. LOS EFECTOS DE LEGISLACIONES SUSTANTIVAS DISCORDANTES SOMETIDAS A UN ÚNICO SISTEMA PROCESAL NACIONAL

Quando se trata de determinar el procedimiento para resolver aquellas pretensiones que afectan a reclamaciones relativas a la descendencia de menor edad, la literalidad supondría aplicar el artículo 770 LEC, según el artículo 748.4.^o LEC, a peticiones deducidas de reclamaciones de guarda y custodia de hijo común o pensión alimenticia para éste instada por un progenitor contra otro. Y como ya se adelantó, en sentido estricto siquiera ambas

acciones serían acumulables al servir el redactado de la norma una conjunción disyuntiva (143). El resto de pretensiones que afectasen a la descendencia común de los mencionados progenitores seguiría las reglas del juicio declarativo ordinario según el artículo 249.2 LEC, en tanto que su interés económico resultaría imposible de calcular siquiera de modo relativo. La lógica o el sentido común defiende tanto la acumulación de las acciones expresamente mencionadas como la adición de otras intrínsecamente unidas a la naturaleza jurídica de aquéllas, como el régimen de visitas, estancias, vacaciones y comunicación, el disfrute del domicilio que fuera familiar y la privación de la patria potestad (144). Sería ciertamente extravagante resolver en un procedimiento sobre la custodia de los menores y en otro sobre el régimen de visitas del progenitor no custodio, lo que por cierto establecería una especie de litispendencia material por cuanto la determinación del progenitor no custodio depende de la atribución de la guarda y custodia, de manera que la consecución del procedimiento sobre visitas tendría que ser posterior en el tiempo, abriendo un lapso temporal cuya corrección pasaría por la existencia de medidas cautelares en el primero de los trámites (¿?) o la imposibilidad de las visitas salvo merced a pactos particulares. La economía procesal sirve de fundamento último, pero la ley de ritos estructura el procedimiento, formalmente, en contrario a las exigencias materiales presentadas.

Como sea que la determinación procesal es clara, se ha buscado la justificación de otro tipo de peticiones en el concepto amplio del derecho de alimentos (art. 142 CC): sustento, habitación, vestido y asistencia médica. De ese modo, la atribución de uso de la vivienda familiar, cuyo contenido económico se relaciona directamente con la cuantificación de la pensión alimenticia, se une a ésta en el terreno de la pretensión procesal. La vinculación es artificiosa desde el momento en que es obvia la individualidad de una y otra petición, no en vano se ejercitan singularizadamente. Por último, la privación de la patria potestad se asocia al procedimiento declarativo ordinario (art. 249.2 LEC), pero hay quien entiende que la referencia del artículo 170 del Código Civil al proceso matrimonial permitiría su acumulación (145). Naturalmente, el argumento se presenta tautológico en tanto nadie discute la acumulación de acciones de familia si el proceso es matrimonial. El problema se suscita cuando sea extramatrimonial, además de que ese tipo de argumento permitiría igualmente acumular acciones civiles distintas a la privación de la

(143) (Sic) Joaquín María ANDRÉS JOVEN, «Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y de procesos (Comunicación)», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 227.

(144) Por ejemplo, Joaquín BAYO DELGADO, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *De los procesos especiales*, Manuales de Formación Continuada, Centro de Documentación Judicial del CGPJ, Madrid, 2000, pág. 663 y sigs.

(145) Entre otros, Joaquín María ANDRÉS JOVEN, *Heterogeneidad...*, cit., pág. 227.

patria potestad en la causa criminal, lo que claramente carece de sentido por la restricción subyacente al artículo 170 del Código Civil.

En el Derecho cautelar y frente a las medidas provisionales previas, coetáneas o sobrevenidas, articuladas a través de los artículos 753 y 770 LEC, se ofrece la vía ordinaria de los artículos 721 y siguientes LEC —con el inconveniente de la fianza o caución—, bajo la accesoriedad de una demanda principal ordinaria, o el cauce de la jurisdicción voluntaria de la LEC/1881 con la remisión del artículo 158 del Código Civil, sin olvidar las posibilidades del artículo 148 III del Código Civil para mayores de edad alimentistas. Se ha expuesto, a renglón seguido de este último precepto, sobre la modificación en materia penal de la Ley Orgánica 9/2002 (sustracción de menores), un nuevo ejemplo de injusticia por distinto régimen procesal legalmente establecido.

Cuando se trata de resolver peticiones en nombre de la descendencia mayor de edad conviviente, se opera un trato diferenciado de aquel en que ese descendiente reclame de sus progenitores una pensión. En el primer supuesto se parte de una situación materialmente análoga al artículo 93.2 del Código Civil —analogía acaso justificada en el sentido finalista de la protección de la familia— y en todo supuesto reconocida por la jurisprudencia en el terreno de la legitimación activa del progenitor conviviente (SSTS de 30-XII-2000 y 27-III-2001); pero no resulta claro el procedimiento aplicable. En el segundo caso se sigue el juicio verbal por razón de la materia del artículo 250.8 LEC, donde la legitimación pasiva es de todos los progenitores y la activa del hijo reclamante. No sería descabellado, por consiguiente, utilizar esa misma regla, pero cuando de la unión de hecho hayan nacido hijos que al tiempo de la ruptura son mayores y menores de edad, todos convivientes dependientes económicamente de sus progenitores, se plantearía una duplicidad de procedimientos inevitablemente conexos, aun cuando sólo lo sean a efectos de determinar conjuntamente la carga para el pagador de las pensiones alimenticias resultantes. El estudio conjunto de ambas pretensiones, en ese tipo de hipótesis donde concurren hijos mayores de edad y menores acreedores todos de pensión, pasa por flexionar el contenido del artículo 73 LEC. Según este precepto, «para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso: 1.º Que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas. Sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal. 2.º Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo. 3.º Que la ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir». Respecto a la primera regla, es obvio que no será lo mismo en aquellos partidos judiciales con jueces de primera ins-

tancia especializados en familia y los que no, en tanto los primeros no recogen peticiones de alimentos de descendientes mayores de edad. Es lo cierto que en ciertos lugares la práctica jurisdiccional fuerza que así sea, a través de las normas de reparto (fue el caso de Palma de Mallorca), pero el particular no deja de ser una desnaturalización de la competencia objetiva (especializada) (146), de superior rango dogmático que las normas de reparto, que sólo están llamadas a distribuir los asuntos sin afectar la competencia territorial, funcional y objetiva, por mucho que se incorporen igual que las normas de competencia dentro del derecho constitucional al juez ordinario determinado por la Ley. Y no cabe duda que mientras el artículo 748.4.º y el 770 LEC acogen el declarativo especial de familia para la pensión de alimentos del menor de edad descendiente, es el ya citado artículo 250.8 LEC el que marca el proceder asignado al reclamante de la mayor edad. Y, nuevamente, la doctrina científica utiliza la tesis jurisprudencial de la equiparación motivada por la plena aplicabilidad del artículo 39.3 CE y del 108 del Código Civil. En la práctica del foro, ciertamente, tiene lugar la acumulación de acciones en su virtud. Y si simplemente deben resolverse pretensiones relativas a los miembros de la unión de hecho o compañeros, se coincide en descartar la competencia exclusiva y excluyente de los juzgados de familia, allí donde existan (147), lo que ya se defendía antes de la actual legislación procesal civil (148). Hay soluciones de esta controversia a través de las normas de reparto —como ocurrió en Barcelona y nuevamente en Palma de Mallorca— pero una vez más se subvierte la regla de la competencia objetiva especializada alzaprímado la de una mera distribución de asuntos. Si se analizan las posibles reclamaciones entre compañeros, y recordando la innecesariedad de declaración judicial sobre la extinción de la pareja de hecho, acudiremos al juicio declarativo ordinario (art. 249.2 LEC) para aquel tipo de pretensiones donde el interés económico no sea susceptible de cálculo: el uso y disfrute del domicilio que fuera familiar de la pareja. Si se reclama una indemnización o compensación al otro seguiremos el trámite por razón de la cuantía, ordinario

(146) Los juzgados de familia, a través del Decreto 1322/1981, resuelven acciones judiciales sobre matrimonios y relaciones paterno-filiales u otras cuestiones de familia atribuidas por las leyes; precisando el TS (sentencia de 8-III-1993) que su competencia es delimitada y restrictiva a los artículos 42 a 107, 154 a 180 del Código Civil y otras cuestiones en materia de familia atribuidas por las leyes, lo que dicho sea, difícilmente podría entenderse entonces como leyes autonómicas, pero que terminológicamente resultaría admisible.

(147) Vicente MAGRO SERVET, «¿Cuál es el trámite procedimental de las separaciones de las parejas de hecho con o sin hijos? ¿Se interpone ante el Juzgado de Familia o ante el decanato para reparto?», en *Revista SEPIN Familia*, núm. 3, septiembre de 2001.

(148) Eduardo HJAS FERNÁNDEZ, «Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales», en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 20, Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 1997, pág. 533 y sigs.

o verbal, según se sobrepase o no el importe límite (arts. 249.2 y 250.2 LEC). Y la reclamación de pensión periódica se anudará a la naturaleza de la misma, según la legislación autonómica aplicable o el artículo 250.8 LEC como alimentos; cuando se tratase de otro concepto se volvería a analizar la cuantía reclamada —por suma de las pensiones— según el artículo 251.7 LEC (y 249.2 ó 250.2 LEC).

Por su parte, el artículo 250.4 LEC ordenaría el verbal por razón de la materia posesoria para reclamaciones sobre la atribución de uso de la vivienda familiar, si esa fuese la única acción ejercitada por el miembro de una pareja no casada. Sobre esa atribución de uso, en las uniones de hecho, vuelve a aparecer la justificación pública o intervencionista, bajo el test de constitucionalidad pertinente: protección familiar, prevalencia del matrimonio, no discriminación y racionalidad (149). Con este planteamiento, la doctrina citada identifica el matrimonio, la protección de la familia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad como los elementos configuradores de la protección constitucional de la pareja de hecho y su referente interpretativo tanto en la eficacia de la vida en común estable como en situaciones de crisis. En esta situación, y previamente a cualquier uso analógico del Derecho, el juez efectuará un test de igualdad y un test de razonabilidad; el primero para concluir si la diferencia de trato entre casados y solteros favorece el matrimonio o la unión de hecho injustificadamente, el segundo si la alternativa legislativa es o no es excesivamente gravosa para los solteros en relación con el favorecimiento del matrimonio. Se entiende, asimismo, que el Estado debe asegurar la protección crítica de la parte débil en la pareja de hecho que se rompe, y del mismo modo que debe velar por un reparto justo del patrimonio acumulado con el esfuerzo conjunto y ha de permitir un período corto pero razonable para el desalojo digno del no titular de la vivienda que fuera familiar, en clara consonancia con el planteamiento intervencionista frente al riesgo de la indigencia como necesidad más primigénea conectada con el artículo 10 CE (150). Y a ello se suma la consideración de los gastos de uso (suministros), conservación y mejora de la vivienda familiar como deuda y responsabilidad común de la pareja: a falta de régimen económico no matrimonial y de regulación especial en una ley autonómica, la aplicación a los gastos familiares de figuras generales como el enriquecimiento injusto o la comunidad, habrían de dejar paso a la regla de contribución proporcional basada en principios constitucionales de igualdad, más liquidación del sistema de cargas fuera de compensaciones patrimoniales en justa medida a la

(149) Francisco Javier PEREDA GÁMEZ, «Algunas notas sobre las controversias sobre vivienda familiar en las uniones estables de pareja», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 311 y sigs.

(150) Francisco Javier PEREDA GÁMEZ, *Algunas notas...*, cit., pág. 318.

protección de la parte más débil (151). Ninguna de estas pretensiones sería rechazada en el ejercicio reconvenional del demandado en un proceso matrimonial en el que se discuta la guarda y custodia de la prole o su pensión alimenticia (art. 770.2.^a LEC), pero se incumpliría para las uniones de hecho según las normas de la reconvenión (art. 406.2 LEC), en cuanto a la falta de competencia objetiva de los juzgados de familia especializados, no en cambio si se tratase de juzgados de primera instancia sin más, que sin embargo no esquivarían otro obstáculo, este general, para el ejercicio de una acción reconvenional: no cabe si la acción que se ejercita debe ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza.

En contra de la apuntada discriminación se ha utilizado el argumento formalista, según el cual uno y otro caso suponen el ejercicio de acciones diferentes; pues, en uno la separación, el divorcio o la nulidad del vínculo matrimonial —determinando la acción ejercitada el procedimiento a seguir— acumulará las acciones sobre medidas que afectan a los hijos habidos en el matrimonio; en el otro las medidas que afectan a los hijos no matrimoniales son directamente las que definen el tipo de proceso, bajo el trámite que determine la acción ejercitada y con la acumulación que tal cosa permita (152). Y se añade a lo anterior que incluso el hijo matrimonial seguirá el trámite ordinario de ejercitar la acción que deriva del artículo 158 del Código Civil, previa a cualquierera de los pleitos matrimoniales antes dichos. Sin embargo, desde la perspectiva material, y acudiendo a razones justificativas de orden constitucional, carece de lógica que la privación de la patria potestad, la atribución de la custodia, el régimen de visitas o los alimentos de hijos no matrimoniales o matrimoniales no participen de un tratamiento procesal igual a tenor del artículo 39.2 CE (153). De hecho, asociar las acciones relativas a los hijos a una pretensión de separación, divorcio o nulidad, subyuga aquellas como acciones secundarias cuando no lo son, no en vano podrían configurar pretensión civil autónoma en un proceso civil, por lo que en

(151) Francisco Javier PEREDA GÁMEZ, *Algunas notas...*, cit., pág. 331 y sigs.; con cita de los trabajos de María ROSA LLÀCER MATAÇAS, «El règim econòmic de la parella de fet i el perjudici de tercers», y Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, «¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?», ambas en *Uniones de hecho* (con otros), Universitat de Lleida, 2000; y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 1997: convivencia de hecho de una pareja heterosexual. Terminación de la convivencia. Comunidad de bienes», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, enero-marzo de 1998, pág. 189 y sigs.

(152) Respecto de la legislación procesal precedente y su artículo 153 LEC (1881); Francisco Javier de FRUTOS VIRSEDA, «Uniones no matrimoniales. Procedimiento a seguir si existe acuerdo», en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 4.118, 1996.

(153) Téngase presente, además, que en la anterior legislación procesal y según la distinción entre procedimientos declarativos, las peticiones seguidas respecto de hijos no matrimoniales permitían la casación y la de los matrimoniales terminaban con la apelación. La solución a esa diferencia era el ejercicio separado de la acción, para estos últimos, fuera del proceso matrimonial.

realidad sería el instituto de la acumulación que las convertiría en secundarias o meramente accesorias.

Los procedimientos de mutuo acuerdo se promueven respecto de pactos que afectan en exclusiva a la descendencia menor de edad, únicamente a los convivientes o a ambos al mismo tiempo, y que se pretenden homologar. Para los primeros sería aplicable el trámite previsto en el artículo 777 LEC, e igualmente de forma extensiva más allá de la guarda y custodia y la pensión de alimentos, siempre que se limite a los menores. Nótese que la atracción hacia el orden público se ha flexibilizado, al igual que el uso del artículo 1.814 del Código Civil sobre regulación de efectos de las crisis matrimoniales, en relación con el artículo 90 del Código Civil y sin perjuicio de la homologación judicial con intervención previa del Ministerio fiscal.

Cuando se trate en exclusiva de pactos entre compañeros, y sin que sea posible, por razones de competencia objetiva, la atracción por parte de los juzgados de familia, cabría acudir a un procedimiento declarativo ordinario o verbal e inmediatamente sea admitido a trámite presentar un acuerdo transaccional, no siendo necesario esperar a la audiencia previa (en juicio ordinario) o al juicio oral (en juicio verbal) y recordando que el demandado puede actuar el pacto homologable sin necesidad de abogado ni procurador (154). Del mismo modo, también podría allanarse el demandado, antes del plazo para contestar la demanda, para lo cual tampoco necesita abogado ni procurador. Naturalmente que, como ocurre con los procesos matrimoniales consensuales, no hay verdadera contienda. Pero nada impide reconocer la necesidad justiciable a una sentencia de fondo como título de ejecución. Del mismo modo se plantea el uso del acto de conciliación intraprocesal (arts. 460 y sigs. LEC/1881) y el trámite de la jurisdicción voluntaria (art. 1.811 LEC/1881), si bien con la dificultad en el terreno de la cosa juzgada material. Por último, cuando se advierta homologación de pactos mixtos vuelve a ser relevante el principio de economía procesal y el tratamiento unitario, y aunque la conciliación o la jurisdicción voluntaria —con preceptiva intervención judicial en cuanto a los menores— vuelven a ser planteables, lo es igualmente el trámite de la demanda principal y la vía

(154) Hay quien apunta al fraude procesal y la incoherencia, en tanto si ya hay un acuerdo inicial no tiene sentido el planteamiento contencioso de la demanda para luego transaccionar; cfr. Antonio PÉREZ MARTÍN, «Problemas más frecuentes en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (Comunicación)», en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, I, Escuela Judicial Centro de Documentación del CGPJ, Madrid, 2003, pág. 261; quien plantea el convenio regulador ante notario, homologable judicialmente en cuanto a medidas afectantes a menores; *íd.*, pág. 263. No cabe el argumento del trámite consensuado si el objeto litigioso es indisponible, pero como disponible las partes no necesitan del proceso para llevar a cabo sus pretensiones —pueden servirse, por ejemplo, de un contrato (art. 1.809 CC)—, pero el interés procesal que subyace es el de asegurar la ejecución forzosa en caso de incumplimiento, interés que, dadas las circunstancias, resulta perfectamente legítimo.

del artículo 777 LEC (155). Y en uno y otro supuesto se plantearían problemas de acumulación de acciones, en relación con el artículo 73.2.º LEC. No obstante, el sentido teleológico de las reglas de acumulación, caracterizadas en cuanto a los procesos especiales por la materia en aras del mecanismo de protección procesal, no parece que muestren auténticos obstáculos cuando la acumulación es planteada en el juicio ordinario.

Conviene, finalmente, mencionar la posibilidad del *bad forum shopping* cuando, pese a la legislación autonómica como propia del Derecho Civil territorial y así vinculada al Tribunal Superior de Justicia balear, permita el pleito en el que se introduzcan normas estatales —por ejemplo, asociadas a mínimos intervencionistas o en función de supletoriedad concreta por incompletud de la norma autonómica— y suprima la casación foral por la estatal. No es posible, sin embargo, extenderse sobre el particular, aunque genere nuevas concurrencias en el campo de la desigualdad de trato de incidencia procesal, vinculado a las competencias para legislar (156).

4.3. LAS HIPÓTESIS DE NORMATIVAS PROCESALES DIVERGENTES FRENTE A LA INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL O FORAL SOBRE EL PROCESO PRÁCTICO

Con aplicación del procedimiento del artículo 770 LEC para el pleito principal contencioso y el del artículo 777 para el consensual, queda fuera de su ámbito la división de la cosa común y demás acciones patrimoniales, a modo de ejemplo las declarativas de dominio de bienes determinados, las de resarcimiento por mayor contribución a su adquisición, las indemnizatorias de perjuicio, etc. La legislación autonómica civil permite advertir diferencias significativas en este punto, aunque solamente para la pareja no matrimonial, en tanto los cónyuges puedan dividir la cosa común en el mismo juicio matrimonial, por ejemplo, en Cataluña (art. 76.3 del Código de Familia). Y se plantea con ello no sólo la desigualdad en esta última Autonomía respecto de las uniones de hecho que ventilen en el procedimiento verbal especial de familia cuestiones relativas a los hijos, sino que en el plano de las uniones matrimoniales se diferencia la regla procesal sobre admisión de acumulación de acciones entre Cataluña (donde es posible) y el resto de España (donde no). La legislación autonómica balear de la unión de hecho se limita a regular el ejercicio de las acciones civiles sobre pensión periódica (art. 9.1),

(155) Para algunos la solución más justa; Antonio PÉREZ MARTÍN, *Problemas procesales...*, cit., pág. 263.

(156) Sobre la elección de tribunal en el ámbito de la Administración de Justicia autonómica, vid. Ricardo YÁÑEZ VELASCO, *L'Oficina judicial a Catalunya. Mitjà real d'una Justícia eficaç pel ciutadà del segle XXI*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2008, pág. 41 y nota núm. 86.

su modificación (art. 10.3) más la compensación económica (art. 9.2), con sus plazos (art. 8.1 y 10.1), lo que no es propiamente naturaleza procesal. Resulta innecesario reiterar lo ya dicho sobre divergencias teniendo en cuenta la nula actividad procesal o de incidencia procesal de la legislación balear sobre la unión de hecho en el proceso, por lo que con independencia que exista dicha capacidad los problemas se vierten genéricamente en comparación con la legislación estatal del matrimonio y la ausencia de normativización de esa legislación para las uniones de hecho.

4.4. CONCLUSIONES SOBRE IGUALDAD ANTE LA LEY

Para algunos autores no debe existir tratamiento desigual para algo que es igual en esencia, en particular la convivencia entre hombre y mujer y las consecuencias personales y patrimoniales que de ello derivan (157). Pero la analogía, que claramente ha sido excluida, al fin y al cabo, del tratamiento sustantivo de la pareja de hecho, igualmente se confronta a situaciones que, cuando menos por la propia decisión de los interesados en el plano del Derecho material, no deben equipararse. En ese sentido la negación radica en la ausencia de identidad de razón entre el supuesto contemplado por la ley (el matrimonio) y el no contemplado desde la perspectiva procesal (la unión estable de pareja) (158). El voluntarismo individual, que permite justificar la diferencia de tratamiento material y procesal, no debe sin embargo verter en perjuicio de intereses dignos de protección como ocurre, por ejemplo, respecto de los menores o incapaces, lo que por cierto ya viene procedimentalmente recogido en la actual legislación procesal estatal. Además, ha de tenerse en cuenta que la consciente omisión de una regulación estatal sobre la unión de hecho resulta compatible con el silencio en el proceso civil, que en principio es vehículo o articulación de las pretensiones sustantivas.

La justificación expuesta, en cambio, no impide advertir una situación práctica pesadosa para quienes forman parte de las uniones de hecho y obtienen un derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto a acceso a la jurisdicción, facilidad *ex principio pro actione* y prohibición de dilaciones indebidas, que podría tildarse de segunda clase o deficitario en comparación con el que deriva de la pareja matrimonial. Pero no es ello así porque sea diferente, lo cual estaría justificado desprendiéndose de una ilógica analogía, sino por-

(157) Vicente MAGRO SERVET, *¿Cuál es el trámite...*, cit.

(158) Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ utiliza esta tesis, «Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)», en *Diario La Ley*, 3 de diciembre de 2001. Sin embargo, el citado autor concluye sobre un planteamiento que deviene incierto con el divorcio sin causa, cual es la libre ruptura de la pareja de hecho, por mucho que reste la diferencia basada en la necesidad de una sentencia civil constitutiva, que en sí misma no desvanece sino que entorpece la libertad para divorciarse.

que es una opción múltiple y heterogénea, que se opone a los postulados de la economía procesal y padece la incertidumbre jurídica (159). Finalmente, las tesis de la inaplicabilidad de las normas de la liquidación de los regímenes matrimoniales no pueden esquivar que, en los sistemas de separación de bienes —bajo el régimen matrimonial— no opere suerte alguna de discriminación en el plano procesal por ser imposible que tal régimen se conduzca a través de los trámites especiales de los artículos 806 y siguientes LEC (160). Es lo cierto que, en el trámite de esta última ley en el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista intentó sin éxito introducir en los procesos especiales de división judicial de patrimonios los formados por las uniones de hecho, lo que supera la incertidumbre a través del declarativo plenario según la cuantía, por lo general el ordinario, en el que igualmente se incluiría la división de la cosa común. De otro lado, la legislación autonómica permite, en algunos casos —el catalán, por ejemplo—, introducir la acumulación de acciones —la de división de la cosa— en el proceso matrimonial que, de otro modo, no sería acumulable. Y no lo es para la pareja de hecho. En este sentido, aun cuando es cierto que el régimen económico-matrimonial no es trasladable a las uniones de hecho (161), ni la regulación autonómica de éstas debiera apuntarlo subsidiariamente ante lo que supondría una equiparación de dudosa constitucionalidad, no es menos cierto que las partes convivientes pueden pactar, expresamente, un régimen económico que resulte idéntico al matrimonial, sin que la autonomía de la voluntad pueda luego ser cercenada o invalidada en virtud de la similitud (162).

(159) Para algunos muestra una pluralidad de procesos que condena a los convivientes a una discriminación intolerable en el Estado de Derecho; *sic* Ana María VILALTA NÍCUESA y Rosa María MÉNDEZ TOMÁS, *Acciones sobre parejas de hecho*, Bosch, Barcelona, 2001.

(160) Otra cosa que los bienes comunes de los cónyuges que obedecen separación de bienes se incluyan en el ámbito del procedimiento de liquidación del régimen económico-matrimonial; José Pascual ORTUÑO MUÑOZ, «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Iurgium editores, Barcelona, 2000, pág. 3765 y sigs. Sin embargo, en muchos casos, el trámite de juicio ordinario para la acción de división de la cosa común resultará menos complicado y sin el desajuste y coste que propicia, por ejemplo, la realización de un inventario.

(161) Juan MONTERO AROCA, *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 145 y sigs.

(162) En este sentido, los votos particulares de Encarna ROCA TRÍAS y José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL a la STS de 12-IX-2005 resaltan que aun careciendo los convivientes de régimen económico-matrimonial (*equivalente a*, debemos entender), por la falta de igualdad entre matrimonio y unión de hecho, nada impide que, de acuerdo con el artículo 1.255 del Código Civil, pacten los efectos que les parezcan más convenientes.

5. REFLEXIONES FINALES

Un divorcio unilateral sin abogado ni procurador, por modelo formulario y bajo la plena gratuidad, es perfectamente defendible si lo único que pretende el justiciable es abrazar la libertad de decisión y no insta ningún tipo de medida definitiva o cautelar, sea personal, sea patrimonial. El problema se residencia, finalmente, en la comunicación al cónyuge, cuando éste no se da por enterado o verdaderamente se encuentra en paradero desconocido. Por su parte, pretender reorientar el matrimonio hacia sus compromisos históricos —de una determinada etapa de la historia— asume planteamientos como los del matrimonio blindado o *covenant marriage* norteamericano (163), pero no impedirá que la voluntad de los contrayentes en el momento de la crisis pretenda eludir cualquier traba a la propia libertad de separarse. Ahora bien, no parece posible negar la preferencia constitucional por los matrimonios, protegidos institucionalmente en el Texto fundamental a diferencia de las uniones de hecho, lo que motiva justificar la crítica a los efectos que en éstas se aprecian equiparados o con los del matrimonio si no los superan, siempre y cuando dicha equiparación, que no superación, pueda venir admitida si entran en juego valores superiores dignos de protección con independencia de que haya o pueda haber un matrimonio de por medio: la protección de la dignidad humana y de los menores e incapacitados en una visión extensa del *favor filii*. La «protección del más necesitado» (164) subsume un principio general del Derecho orientado al desfavorecido.

Una regulación de los pactos de convivencia, con exclusión de un mínimo exigible o imperativo en el ámbito del reparto equitativo de la riqueza y respecto de la vivienda familiar de la pareja de hecho, sólo puede relativizarse a través de medidas de política administrativa o social en general. Pero el silencio total del legislador estatal o autonómico muestra, en el planteamiento amplio del artículo 14 CE bajo compromiso de derechos fundamentales, serios argumentos para entender vulnerados el principio de igualdad y no discriminación, lo que convertiría la LBPE en inconstitucional y la falta de acción del Estado en inconstitucionalidad por omisión (165), anomia que también se ex-

(163) Rafael NAVARRO VALLS, «El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1998, pág. 764 y sigs.; Miguel Ángel CAÑIVANO SALVADOR, «El “covenant marriage” como alternativa a las “no-fault divorce laws”: una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial», en *Revista de Derecho Privado*, febrero de 2002.

(164) Sergio LLEBARÍA SAMPER, *Hacia una familia no matrimonial*, Cedecs, Barcelona, 1997, pág. 79.

(165) Sobre esta hipótesis de Derecho Constitucional, véanse los trabajos de Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997, y José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

tiende a la necesaria igualdad en la protección de los menores. Se trataría de situaciones donde no basta relegar al cuadro de consecuencias jurídicas por la previa voluntad de las partes —los pactos entre convivientes—, pues una cosa es la desigualación por libre autonomía de la voluntad en aspectos de alcance disponible, y otra la vulneración real del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, que deviene arbitrario y sucumbe al test de racionalidad aplicado al trato diferente entre la pareja matrimonial y la no matrimonial. Por su parte, si se estructura un estatuto de solidaridad en la pareja de hecho, frente a la subsidiariedad del régimen económico-matrimonial, se afectará el derecho constitucional de protección del matrimonio, que es lo que ocurre, por ejemplo, con la regulación de la unión de hecho en Aragón, no en cambio en Baleares. Piénsese que un régimen de solidaridad, en realidad, puede entenderse como beneficio del matrimonio, en tanto que mayores son las posibilidades de eficacia en interés de la familia cuando se permite contratar con cualquiera de los cónyuges. Ahora la política legislativa se conduce al incremento de la capacidad crediticia de la familia en vez de una muestra de la igualdad entre cónyuges en el ámbito de la potestad doméstica, que es donde reside el origen histórico de la responsabilidad frente a terceros en el matrimonio. A su vez, la presunción de gratuidad en las transmisiones no existe entre convivientes, con lo que la evitación del fraude y la protección del acreedor se basará en los artículos 1.111 y 1.297 del Código Civil.

Al margen de lo expuesto se abren las desigualdades prácticas frente a familias reales que derivan de situaciones de bigamia o poligamia, culturalmente aceptadas bajo la procedencia extranjera (pareja de extranjeros o mixta en la que un miembro de ella lo es) o por determinadas tradiciones (gitana, musulmana). Cuando el elemento extranjero ha sido el detonante de la diferencia y el matrimonio o la pareja tienen una nacionalidad común cabría acudir a la ley aplicable derivada de esa nacionalidad. Mas el mismo orden público internacional que desde mi punto de vista se utilizaría contra perjuicios de normas extranjeras ante el *ius connubii* homosexual, podría suponer una clara cortapisa en el caso concreto. De cualquier modo resulta pacífico admitir que existe una laguna legal porque, siendo inevitable familia, el cerco de la ilegalidad no suprime los cotidianos problemas que como tal afronta, en el Derecho Civil de Familia, en el Derecho Social, en el Derecho Penal o en el Derecho Civil Indemnizatorio y de Seguros. Las diferencias entre la norma del Estado —o su omisión que conduce a prácticas jurisprudenciales alegales—, los territorios que no tienen legislación autonómica sobre uniones de hecho, las Autonomías que sí las tienen, y entre éstas por cuanto defienden regulaciones diferenciadas, no muestra más problemas que los de existencia de otras figuras jurídicas, instituciones y derechos forales o especiales que marcan una diferencia material bien palpable allá donde se viva. Únicamente puede generar problemas complejos, y de alcance constitucional, la inexistencia de

un mínimo o estándar básico, denominador común para cualquiera —nuevamente bajo el auspicio constitucional— y un régimen conflictual que solucione las evidentes problemáticas concurrenciales en cuanto a los ámbitos de ampliación de las normas autonómicas sobre parejas de hecho, en claro contraste con la competencia legislativa estatal exclusiva.

Ha de insistirse en que no cabe discutir la desigualdad existente entre el matrimonio y las parejas estables, mas cuando en determinados aspectos se advierte la peor condición de los casados se invierte la lógica de la preferencia, que parte de la Constitución misma. Y también en el ámbito jurisdiccional se advierten contradicciones, esta vez a favor y en contra de las uniones de hecho, lo que en algunos casos se opone a las lógicas procesales más elementales, independientemente de la prioridad señalada. Nuevamente, sin embargo, es perjudicado el matrimonio si, a pesar de que el voluntarismo individual del divorcio actual sólo se frena temporalmente (tres meses desde la celebración del matrimonio), resulta imprescindible una sentencia judicial constitutiva, mientras que para las uniones de hecho, en su caso, lo sería meramente declarativa, de cualquier manera innecesaria jurídicamente para la extinción de esa convivencia legal. Ello supone, pues, que para ese fin puedan los compañeros prescindir de la jurisdicción civil y, de ese modo, ahorrarse los emolumentos profesionales que inevitablemente deberán costear los cónyuges, en ocasiones relativizados por la justicia gratuita pero no por las reglas de vencimiento objetivo del artículo 394.1 LEC, que suelen excluirse, dada la obligatoriedad del proceso jurisdiccional.

El debate sobre la igualdad —y no *ante* la ley o en la aplicación de la ley, sino *en* la ley—, plantea dudas sobre los parámetros de referencia que se utilizan para justificar una determinada reforma en pos del *principio* de igualdad. Paralelamente, llama la atención el incremento de capítulos matrimoniales formalizados, al menos en Cataluña (166) —con régimen supletorio de separación de bienes—. Ello se subraya con la importancia de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones privadas de familia, de naturaleza patrimonial y enlazando con la pretendida necesidad de establecer unos beneficios mínimos entre adultos, más allá de los deberes para con la prole, lo que sólo acaba justificándose en situaciones radicales, no por ello excepcionales en la práctica diaria.

Quizá no sea correcto situar en un mismo plano de desigualdad que el Derecho del Estado sea más o menos beneficioso que el Derecho autonómico en esta materia; es decir, que la perspectiva de análisis no pueda ser bidireccional sino unidireccional. Parece que lo que importa es que la regulación en la Autonomía provoca situaciones de desigualdad entre casados —los perju-

(166) Cfr. Albert LAMARCA MARQUÈS y otros, «Separació de béns i autonomia privada familiar a Catalunya: Un model pacífic sotmès a canvi?», en *Working Paper de Dret Català*, núm. 7, Barcelona, octubre de 2003, www.indret.com.

dicados— y las parejas de hecho. Y no importaría del mismo modo que fuera al revés, dada la diferenciación constitucional y, sobre todo, la actual indiferenciación del sexo en el matrimonio. Realmente, despojado el matrimonio de su componente religioso tradicional, acaba siendo el trámite procedimental uno de los escollos más relevantes respecto de la pareja de hecho. Pero al margen de esa cuestión, no tan sustancial, ya no parece admisible de ningún modo la equiparación de una y otra realidad salvo en aquellos supuestos que fundamentalmente justifiquen el intervencionismo público.

Hasta cierto punto, y salvado lo anterior, da igual que haya diferencias entre Comunidades Autónomas y que las parejas de hecho de unas Autonomías se sientan en desigualdad respecto de las de otras. Si una norma autonómica mejora determinadas situaciones jurídicas —incluso en supuestos de hecho iguales (las parejas estables, por ejemplo)—, la norma estatal no ha de igualar esa mejora. De este modo, en el ámbito del régimen económico igualitario para toda pareja se plantea si la elevación de derechos establecidos ante la extinción de una unión estable, donde la legislación autonómica considere mínimos irrenunciables —quizá otra Autonomía no lo haga—, fuerza al Estado central para legislar en el sentido equiparador al alza. Podría tener sentido en el ámbito del matrimonio, aunque entonces se estaría reconociendo una superación comparativa de la regulación en unión de hecho, difícilmente conciliable con la Constitución. Pero más allá del repetido intervencionismo, que se justifica al margen de las regulaciones territoriales y con sometimiento al criterio uniforme de mínimos, tal acción de gobierno no resultaría amparable. Por otro lado, frente a una ley de parejas estables estatal no se suprimiría la competencia legislativa autonómica sobre la materia —aunque bajo diferentes rangos—, lo que no puede evitar la posibilidad de desigualdades, reduciendo el debate, acaso, a la existencia de unos límites infranqueables a conciliar con la naturaleza patrimonial y esencialmente dispositiva de ese tipo de relaciones jurídicas, como ya se ha expuesto. En cierto modo, y dejando a un lado la discusión sobre legitimidades legislativas de las Comunidades autónomas en cuanto relaciones jurídico-civiles de las uniones de hecho, la legislación estatal sólo sería supletoria de la autonómica si ésta lo permitiera; y funcionaría en todo caso como norma de referencia para las uniones de hecho en aquellas autonomías que carecieran de Derecho Civil Territorial sobre dicha materia, suprimiendo de esa manera el uso jurisprudencial que ha venido activándose ante situaciones convivenciales que deben separarse del matrimonio.

RESUMEN

**PAREJAS DE HECHO
MATRIMONIO**

La comparación del régimen jurídico de las parejas de hecho con el matrimonio suscita controversia en materia de igualdad real y efectiva, cuestión que se aborda en este trabajo, tanto desde el punto de vista sustantivo como del procesal, sin olvidar tampoco las divergencias entre los matrimonios entre personas del mismo sexo y de distinto sexo. Asimismo, se apunta igualmente la diferenciación existente entre la legislación —o falta de legislación— entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre éstas entre sí, lo que se anuda a la competencia para legislar Derecho material y Derecho procesal.

Particularmente, la vertiente material ha quedado seriamente relativizada una vez instituido el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que impone analizar algunos rasgos distintivos entre matrimonio y pareja de hecho, aun cuando la regulación material comporte inevitablemente un tipo de regulación procedimental que de todas maneras pueda plantear desigualdades. Efectivamente, perduran planteamientos desiguales desde la perspectiva procesal, pero el alcance constitucional de los mismos sólo sería relevante si las situaciones de hecho se mostrasen iguales, lo que ciertamente resulta difícil de asumir. No obstante, la redefinición del matrimonio civil sin influencias morales, tradicionalmente características de la religión católica, se muestra en ocasiones confusa, al menos en el contexto cultural en que nos encontramos. Y ello por mucho que la moral siempre aporta argumentos de interés en la construcción jurídica y, como tal, sigue estando presente en el contenido e interpretación de numerosos preceptos legales.

ABSTRACT

**REGISTERED PARTNERSHIPS
MARRIAGE**

Comparison of the legislation on registered partnerships with the legislation on marriage arouses controversy as regards real, effective equality, an issue that this paper approaches from the substantive as well as the procedural standpoint, without overlooking the divergences between marriages of persons of the same sex and marriages of persons of different sexes. The paper also looks at the differentiation between the legislation (or lack thereof) enacted by the state and by the autonomous communities, and differentiation amongst autonomous communities, a matter that is tied to legislative competence in matters of substantive law and matters of procedural law.

One particular development is how very relative the substantive facet has been rendered in the wake of the introduction of marriage between persons of the same sex. The author feels compelled to analyse some traits that differentiate between marriage and registered partnership, even though substantive regulations inevitably entail a type of procedural regulation that may at all events pose unequal situations. Indeed, unequal approaches live on from the procedural perspective, but their constitutional scope would be relevant only if the de facto situations were seemingly equal, which is certainly a large «if». Nevertheless, the redefinition of civil marriage without the kinds of moral influences traditionally characteristic of the Catholic religion sometimes does appear confusing, at least in our current cultural context. And that is notwithstanding the fact that morals always put forth interesting arguments in legal construction and, as such, morals are still present in the contents

Por último, se añade a todo lo anterior el cuestionamiento de los intervencionismos estatal y autonómicos frente a decisiones individuales que pretenden optar abiertamente por situaciones ajenas a cualquier tipo de regulación jurídica, decisiones individuales que solamente los intereses de superior protección podrían coartar, introduciéndose en el debate la noción justificadora del menor de edad y, sobre todo, el concepto de familia.

and interpretation of numerous provisions of the law.

Lastly, the paper adds to all the above a questioning of national and regional government interventionism in individual decisions aimed openly at creating situations unregulated by any type of law, individual decisions that only the interests of higher protection could restrict, by introducing into the debate the justifying notion of the minor and, above all, the concept of «family».

(Trabajo recibido el 9-8-2009 y aceptado para su publicación el 20-9-2010)

DICTÁMENES Y NOTAS

Pactos y garantías idóneas para el aseguramiento del patrimonio del mayor/cedente que deviene en discapacitado (1)

por

CARMEN MUÑOZ GARCÍA
Doctora en Derecho Civil
Profesora de Derecho Civil (UCM)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ANTECEDENTES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE:
 1. CONTRATO DE RENTA VITALICIA.
 2. LA DONACIÓN CON OBLIGACIÓN MODAL.
 3. EL CONTRATO DE ALIMENTOS.
 4. LA DONACIÓN *MORTIS CAUSA*.
 5. OTRAS PREVISIONES.

(1) Queda al margen de este estudio la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, por la que se garantiza a las personas mayores y/o con discapacidad, que no se puedan valer por sí mismas, que recibirán de las Administraciones Públicas, las atenciones y cuidados que precisen, mediante la puesta a disposición de centros y servicios, para la mejor calidad de vida de los ciudadanos que se encuentren en situación de dependencia. Dice la Exposición de Motivos de la citada ley, que el reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía. Ahora bien, el incremento progresivo de la población en situación de dependencia (envejecimiento de la población, enfermedades crónicas, riesgos laborales, accidentes...) y la necesaria participación activa de todas las Administraciones Públicas, convierte a esta Ley en un reto, ¿o acaso en una mera declaración de intenciones?

III. SITUACIONES CERTERAS DE DISCAPACIDAD.

IV. PREVISIONES NEGOCIALES DEL ORDENAMIENTO:

1. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA.
2. DERECHO DE HIPOTECA DEL ARTÍCULO 157 DE LA LEY HIPOTECARIA.
3. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO.
4. RESERVA DE USUFRUCTO A FAVOR DEL CEDENTE.
5. CONSIDERACIÓN ESPECIAL A LA CONVERSIÓN DEL INICIAL CONTRATO DE ALIMENTOS EN CONTRATO DE RENTA VITALICIA.

V. OTRAS MEDIDAS DE GARANTÍA Y PROTECCIÓN:

1. ÓRGANOS DE GESTIÓN Y SUPERVISIÓN.
2. EL ARBITRAJE.
3. AMPARO PENAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FAMILIARES.

I. INTRODUCCIÓN

Con clara pero cauta respuesta a las necesidades propias de las personas con discapacidad, y de las de avanzada edad, obedeciendo al mandato constitucional en cuanto, por un lado, en los artículos 39 y 49 se ordena a los poderes públicos el garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia y de los hijos, iguales éstos ante la ley, y por otro, el artículo 50, en el que se ordena a los poderes públicos garantizar la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad, y a promover, con independencia de las obligaciones familiares, su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas de salud, vivienda, ocio y cultura; el Derecho Civil de Galicia primero, Ley 4/1995, de 24 de mayo, artículos 96 a 99, que recoge una práctica consuetudinaria, y las Cortes Generales después, en la Ley 41/2003, de 18 de diciembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, tipifica el contrato de alimentos y lo incluye en el Libro IV del Código Civil, Título XVI, Capítulo II, artículos 1.791 a 1.797. La Exposición de Motivos de la citada Ley, en cumplimiento al mandato constitucional y más allá de lo que el texto ordena, refiere aconsejable que *la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio de la persona discapacitada*, de modo que le permita garantizar su futuro con medios económicos suficientes para atender necesidades vitales y procuren su bienestar.

Ahora bien, la ley mediante la adopción de distintas medidas favorece la protección, pero es obvio que la falta de efectividad de las mismas desvirtúa la previsión originaria de esta figura y de otras. Es por ello que el estudio al que este trabajo está dirigido, nos lleva a analizar las distintas relaciones jurídicas que derivan de los actos de disposición que realizan las personas

mayores en el uso de sus facultades, y que están encaminadas a atender a sus necesidades vitales de futuro (no sólo económicas), o de un presente inmediato, y tendentes a procurarles un bienestar que a buen seguro merecen. A su vez, hemos de considerar que los referidos actos son otorgados en plenas facultades del mayor, otras veces sin embargo, estos actos se otorgan con las facultades minoradas, determinando con ello situaciones de desamparo que quiebran el principio constitucional de garantizar la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad, y con ello su bienestar.

De esta forma, con la cautela que requiere el tema, pero con la determinación que precisa, es necesario que nos centremos en las garantías que ha contemplado nuestro ordenamiento, a veces sólo esbozado, y otras, en la mayoría, que habría resuelto a través de la recuperación o adaptación de instituciones que dispensando la máxima tutela de los menores, ahora también podrían conferir protección a los mayores, y que a nuestro entender, deberían contemplarse en el Código. Nos referimos, esencialmente, al Consejo de Familia o, por qué no, a la autorización judicial para actos de disposición que afectan directamente al patrimonio del mayor y que obtendrían la máxima tutela. Pero, ¿cuáles son, en esencia, estas probables garantías y medidas de resolución de conflicto, que aún cuando constituyen un mayor intervencionismo de los poderes públicos, otorgarían una mayor protección de la parte más débil que no es ajena a nuestro ordenamiento?:

1. Por una parte, mediante la adopción de *medidas de garantía*, como son las previsiones negociales, y a falta de éstas, la renuncia expresa de dichas medidas con ocasión de los actos que realice el mayor, como parte más débil y más necesitada de protección. Nos referimos no sólo a las medidas previstas con ocasión del contrato de alimentos (art. 1.797 CC, tras la reforma por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad) y que se incluyen mediante pacto: la condición resolutoria explícita y el derecho de hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria. También mediante otros mecanismos de protección como son la reserva de usufructo o el pacto de reserva de dominio. Y por qué no, a través de otras garantías de índole personal, como es la prohibición de disponer del bien cedido hasta el fallecimiento del causante, o a través de la donación modal (2).
2. Por otra parte, mediante actuaciones posteriores, a través de órganos de gestión y supervisión, como es la recuperación del Consejo de Familia, o cuando menos mediante la autorización judicial para

(2) En la práctica, la donación modal es menos recurrible por la presión fiscal a la que suele estar sometida.

aquellos actos de disposición que menoscaben el patrimonio del mayor.

3. Finalmente, a través de medidas efectivas de exigencia de cumplimiento o resolución del contrato, mediante el propio recurso al arbitraje o a través de la articulación de un procedimiento ágil y eficaz, a modo de los procesos rápidos que se siguen cuando se dan supuestos de violencia doméstica, o ¿es que desamparar a un mayor, no prestarle asistencia o incumplir lo que tiempo atrás no se pactó, no precisa de toda la protección que el ordenamiento pueda dispensar en el tiempo y forma más breve posible? Así las cosas, la que sin duda constituiría una de las mayores garantías, es la creación de los Juzgados de Mayores, que con jueces con especial sensibilidad se ocuparan de evitar situaciones abusivas y de resolver cuantos conflictos se planteen en relación con el patrimonio de la persona mayor que, a buen seguro, y constituyendo este sector de la población, un tercio de la misma, vería mayor amparo del que en la actualidad le confiere el ordenamiento (3).

También es necesario precisar, y de ello nos ocuparemos a lo largo de la exposición, lo oportuno de dotar a la regulación de esta materia de una cierta imperatividad, para que los mayores dependientes o no gocen de las máximas garantías en todos aquellos actos y contratos que celebren y que supongan disposición de sus bienes. Por ejemplo: ¿por qué no establecer la facultad resolutoria explícita como elemento natural del contrato de alimentos?

La cuestión es, como si no, dar cumplimiento al objeto prioritario que con ocasión de la regulación de la protección de las personas con discapacidad (Ley 41/2003, de 18 de diciembre) se centra en la protección de su patrimonio.

Ahora bien, las soluciones que ha dispensado el ordenamiento no son baladí, pero están carentes de las garantías que precisa un sector de la población —las personas mayores—, que precisan de alimentos y otras atenciones que trasciende del ámbito estrictamente material o real.

En el planteamiento inicial se advierten ya las grandes carencias del sistema, a pesar de haber sido uno de los principales objetivos del legislador, por

(3) GÓMEZ LAPLAZA, «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *Revista de Derecho Privado*, marzo/abril de 2004, pág. 173, apunta, tras un claro análisis de este contrato ya típico, que aún cuando la norma ha resuelto varias cuestiones, quedan muchos problemas por resolver. Así, son cuestiones pendientes, entre otras: cuando el referido contrato se celebra con sujeto obligado legalmente a la prestación de alimentos, el contenido del contrato, garantías, posibilidad de desistimiento unilateral, y un largo etc... Problemas, además, que son el reflejo de una realidad que además apremia, y que indudablemente, sólo pueden ser resueltos a través de mecanismos judiciales, o cuando menos, del arbitraje, con la particularidad además de la inmediatez que se precisa en la resolución de cualquier conflicto.

ser una materia que trasciende del ámbito estrictamente privado y deviene en una cuestión de interés general, la protección de las personas mayores y de su patrimonio, en cuanto éste responde, hasta donde alcance, de necesidades vitales. Veamos en qué medida se materializan los mecanismos legales de protección, y que en esencia son:

1. La Constitución de 1978, artículo 50, atribuye a los poderes públicos la obligación de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. Es obvio que con la atribución del deber atribuido a los poderes públicos, el texto constitucional no olvida la que constituye la obligación legal de los familiares de la persona mayor a dar alimentos y que aparece configurada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, bajo la rúbrica «De los alimentos entre parientes», dentro del Libro I, Título IV.
2. La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de «Derecho Civil de Galicia» (arts. 95 a 99) recoge una institución de larga tradición consuetudinaria en su territorio histórico, el contrato de vitalicio. Con ello, se pretende responder a las necesidades vitales (alimentos, cuidados y afectos) de un sector de la población (las personas de edad avanzada) en clara progresión, que precisa de una plena y efectiva cobertura legal, con un sistema de garantías que se pretende completo, pero que a buen seguro resulta insuficiente.
3. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de «Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», introduce el denominado «contrato de alimentos» en los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil, dentro del Libro IV, Título XII, Capítulo II, estableciendo en el primero de los referidos, que: *«Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos».*
4. La Ley 51/2003, de «Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad», tras admitir en el párrafo I de la Exposición de Motivos que en España, hay alrededor de 3,5 millones de personas con alguna discapacidad, y que en este grupo hay una heterogeneidad de sujetos, reconoce que todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos, y aunque cierta-

mente, conforme al artículo 1 de la citada Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad a los efectos de la misma, aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 (4), nadie cuestiona que en dicho supuesto se encuentran muchos de los sujetos de los que ahora nos ocupamos, y que siendo probablemente capaces para realizar actos de disposición al tiempo en que los otorgó, devienen a una situación «de persona con alguna discapacidad», que no puede quedar sin amparo legal y que precisa, entiendo, de medidas de garantía del cumplimiento por el cesionario y medidas de defensa para la protección de sus derechos más esenciales. Esta Ley determina que es preciso crear estrategias de intervención que actúen sobre las condiciones personales y sobre las ambientales, mediante lo que el legislador denomina: «lucha contra la discriminación» y «accesibilidad universal», este último en conexión con *medidas para personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales*, en definitiva, sujetos en situación de dependencia, como los mayores a los que se ha referido la Ley citada en el párrafo anterior. Para garantizar la protección articula como medidas de defensa, no sólo la tutela administrativa y judicial, también potencia el acceso al arbitraje, en cuanto de forma rápida y eficaz, sin formalidades especiales, y dotado de carácter vinculante y ejecutivo, facilita la resolución inmediata de los conflictos que, sin ninguna duda, precisan de medidas inmediatas.

La citada Ley determina como medida de defensa, y con la misma finalidad ya referida, para asegurar un nivel de protección más efectivo, la legitimación a las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos para que puedan intervenir en procesos en nombre del demandante y con su consentimiento. Aún así, cabe plantearse, ¿qué protección dispensa la norma si no prevé más actuaciones que las que pueda realizar el propio discapacitado?, que ocurre cuando su capacidad no alcanza a discernir para proceder a la exigencia del cumplimiento a la resolución de lo pactado, ¿en qué mayor desprotección puede dejarse a las personas mayores que no ven satisfechas sus necesidades económicas y afectivas? Téngase en cuenta además, que en las relaciones de convivencia o cuando menos de cuidados y asistencia a las personas mayores,

(4) El artículo 1.2 determina que «se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». *In fine*, determina que la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos reglamentariamente establecidos y tendrá validez en todo el territorio nacional.

es muy cuestionable el papel que deben jugar las medidas de ejecución forzosa cuando voluntariamente no se han cumplido por el obligado, y que la mayor parte de estas relaciones contractuales derivan de vínculos personales y afectivos, en su mayoría parentales, que indudablemente dificultan el inicio de las acciones para reclamar el cumplimiento; sin olvidar por ello que la persona mayor haya podido derivar en una *falta de capacidad suficiente para discernir, y en consecuencia, o exigir el cumplimiento más inmediato, o bien, la resolución que le dé amparo en el tiempo más breve posible. En temas de mayores, es evidente que el tiempo se constituye en un elemento esencial, y que las necesidades vitales no pueden esperar.*

II. ANTECEDENTES Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

A nadie escapa que la mayoría de las personas mayores se encuentran con los años, con un patrimonio consolidado que es suficiente para cubrir sus necesidades más elementales. También es cierto que el mayor mantiene en la actualidad una mayor esperanza de vida con una capacidad de autogobierno que se manifiesta en el tráfico negocial. Sin embargo, no es menos cierto que con los años la persona mayor está más necesitada de afectos, y que en tales circunstancias es más vulnerable ante actuaciones cuando menos abusivas por otros sujetos de su círculo más próximo (parientes, amistades o conocidos). En ese estado de cosas, la realidad es que la legislación vigente no protege o lo hace de forma poco efectiva y determinante para responder a la gran mayoría de supuestos que derivan de situaciones muy heterogéneas, por ejemplo, un primer supuesto podría referirse a persona mayor que cede su vivienda habitual a favor de un heredero, pariente allegado o institución y que además, mantiene plenas sus facultades; otro supuesto: el de la persona que tras realizar una cesión análoga a la anterior, ve disminuida su capacidad para discernir y en consecuencia exigir el cumplimiento de la prestación al deudor-cesionario; o el supuesto claramente protegido por el ordenamiento, en el que el mayor es declarado incapaz, y en consecuencia está amparado a través de las instituciones tutelares. Este último supuesto quedará al margen de este estudio por no precisar de las garantías de las que ahora nos ocupamos.

Pero veamos cuáles han sido las soluciones aportadas por el derecho y cuáles son los principios que en él se contienen. Para ello, qué mejor recurso que acudir en primera instancia al que constituye el más reciente supuesto regulado: el contrato de alimentos que tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de «Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», se configura como aquel contrato por el

que «una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos» (art. 1.791 CC). Dicho contrato no es desconocido: frecuentemente celebrado en la práctica y amparado por los Tribunales, ha sido objeto de estudio por los distintos autores bajo la denominación de contrato de vitalicio (5) o de cesión de bienes a cambio de alimentos, y cuyo origen se encuentra en figuras afines que se conocen desde el Derecho Romano tardío (6), y Edad Media. Sin embargo, otras similitudes se encuentran en otros países, como refieren, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1982, o la de 9 de julio de 2002. Esta última refiere que del mencionado contrato se dan muestras en: «*el arrendamiento “à nourriture” (de manutención), que tiene lugar en zonas rústicas de Francia entre padres ancianos y sus hijos, sometido al Derecho Común y no a las normas relativas a la renta vitalicia; el derecho de “alten-teil” (“parte de viejo”) en el Derecho alemán, concerniente al conjunto de prestaciones debidas al viejo labrador que se retira y cede su hacienda agrícola a otro, quien se obliga a concederle habitación, manutención y dinero para los gastos corrientes, el cual, según la doctrina científica germana, no cabe calificarlo como renta vitalicia; la “zádruga” en Yugoslavia, por la que una comunidad acoge con todos sus derechos de miembro a los ancianos sin hijos o que no puedan administrar sus bienes, cuyo patrimonio será explotado por la familia hospitalaria, y que será cedido a ésta durante la vida de aquél o a título de legado después de su muerte; el contrato “d’entretien viager”, por el que una persona se obliga a transferir determinados bienes a otra y ésta a proporcionarle manutención y asistencia durante su vida, que, en el Código Civil de Obligaciones de Suiza, se distingue también de la renta vitalicia*».

En nuestro Derecho consuetudinario encontramos otras similitudes que han sido acogidas en el Derecho positivo, así: la *dación personal*, institución consuetudinaria del Derecho aragonés, que recogida en el artículo 33 de la

(5) Ampliamente estudiado entre otros, por MESA MARRERO, *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Ed. Thomson-Aranzadi, 2009; MARTÍNEZ ORTEGA, *El contrato de alimentos: Formularios y recopilación de jurisprudencia*, Dykinson, 2007; NIETO ALONSO, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Ed. Trivium, Madrid 1988; CHILLÓN PEÑALVER, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*. Ed. Edersa, Madrid, 2000; ZURITA MARTÍN, *Contratos vitalicios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001; NÚÑEZ ZORRILLA, *El contrato de alimentos vitalicio*, Madrid, 2003. También son muy a tener en cuenta los siguientes artículos: GÓMEZ LAPLAZA, «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *Revista de Derecho Privado*, marzo/abril de 2004, págs. 153 a 173; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, «Notas preliminares para el estudio del nuevo contrato de alimentos», en *La Notaria*, Col.legi de Notaris de Catalunya, núm. 4, abril de 2004, págs. 87 a 98.

(6) Así lo pone de manifiesto CHILLÓN PEÑALVER, «El contrato de vitalicio», *op. cit.*, pág. 16 y pág. 158 y sigs.

Compilación del Derecho Civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril, modificada por Ley 31/1985, de 21 de mayo, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo), ahora nuevamente contemplada en la *Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico-matrimonial y viudedad*, que desarrolla y pone al día la regulación de las relaciones patrimoniales en la familia, concretamente en su artículo 19. Institución familiar por la que un célibe, matrimonio sin hijos o viudo sin hijos o descendientes, se asocia con todos sus bienes a una casa o familia, y se obliga a trabajar en la medida de sus aptitudes en beneficio de la misma, instituyendo a la misma, heredero universal al fin de sus días a cambio de ser mantenido y asistido, sano y enfermo, con lo necesario, comprendiendo vestido y calzado, y alcanzando la obligación de que, a su fallecimiento, se costeen el entierro, funeral, misas y sufragios de costumbre en la parroquia; también constituye un claro exponente la subsistente *pensión alimenticia* en Cataluña —ajena a los censales, violarios y vitalicios regulados en su Derecho escrito (7)—, contrato por el que una persona se obliga a prestar alimentos en su domicilio en compensación de la cesión de bienes (muebles o inmuebles), que le hace el alimentado, durante la vida de éste, con la particularidad —contemplada también en el art. 1.792 del Código Civil tras modificación por Ley 41/2003, de 18 de noviembre— de que si surgen desavenencias entre las partes y deviene en la separación, los alimentos se sustituyen por una pensión vitalicia; especialmente contemplada en los artículos 95 a 99 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, que recogiendo una institución consuetudinaria de larga tradición, disponen el primero de ellos: que por el *contrato de vitalicio* una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos con la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista, y que, en todo caso, la prestación alimenticia comprenderá el sustento, la habitación, la vestimenta y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, ajustados a las circunstancias de las partes, con la determinación, en su artículo 99, de admitir que el alimentista podrá resolver el contrato en supuestos tasados, como si de una rescisión se tratara, porque este término, el de rescisión, es el que utiliza.

Es innegable que perfilada la necesidad de protección del patrimonio de las personas mayores, la legislación, con demasiada cautela, y con mayor falta de determinación, ha apuntado la necesidad de otorgarlas protección,

(7) Instituciones reguladas inicialmente en los artículos 330 a 335 de la Compilación catalana, después en los preceptos de la *Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas*. Quedan al margen los pactos de acogida regulados por la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, en virtud de los cuales, los acogedores habrán de cuidar de los acogidos, darles alimentos, prestarles asistencia, darles bienestar general, atenderles en la enfermedad, a cambio de una contraprestación en dinero, bienes muebles o inmuebles.

pero bien es cierto que en la actualidad, esta declaración de intenciones es del todo insuficiente, veamos el contenido de las normas que lo regulan, considerando también otras figuras en las que existiendo cesión de bienes por el mayor, la razón principal del cesionario es asegurarse su subsistencia a través de una asignación periódica o mediante alimentos, éstos últimos con la extensión contemplada en el artículo 142 del Código Civil:

1. CONTRATO DE RENTA VITALICIA

Según el artículo 1.802 del Código Civil, *el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión*. Admite el artículo 1.803 que la renta pueda constituirse a favor de un tercero al determinar que ésta puede recaer *sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas. También puede constituirse a favor de aquella o aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas*. Entendida esta última expresión como obligación de ingreso periódico a favor de quien cede o de otra u otras personas (8). RAMS ALBESA significa del mismo que es un contrato de cambio de prestación de capital por prestación de renta, por tanto, oneroso y sinalagmático. Determinando además, que la onerosidad del contrato parece eliminar toda idea de posible perjuicio de la legítima pese a agotar el capital del contratante (9). La renta en este contrato es un elemento constitutivo de la relación obligacional, si bien, *la falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al preceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras* (art. 1.805 CC). Constituye ésta, como oportunamente indica RAMS ALBESA, una clara excepción a la regla contenida en el artículo 1.124,

(8) Se ocupan de la materia, entre otros: BÁDENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995; BELTRÁN DE HEREDIA, *La renta vitalicia*, Madrid, 1963; DEL MORAL Y DE LUNA, «La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta», en *RDP*, 1952, pág. 797 y sigs.; GUILARTE ZAPATERO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T. XXII-1.º (arts. 1.802-1.808), Madrid, 1982, pág. 381 y sigs.; NIETO ALONSO, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998; QUIÑONERO CERVANTES, *La situación jurídica de renta vitalicia*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1979; también en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «La naturaleza *ob rem* de la obligación de renta vitalicia», en *RCDI*, 1980, pág. 1335 y sigs.

(9) RAMS ALBESA, en LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Madrid, 2002, pág. 316.

y aunque la opinión más extendida fundamenta dicha excepción en la necesidad de evitar un enriquecimiento sin causa si se restituye al pensionista el capital entregado y se queda con las rentas percibidas, el autor referido argumenta: *mas, ¿por qué podría retener el acreedor las pensiones en caso de resolución? Al contrario, cada parte ha de restituir lo recibido de la otra: tanto capital como pensiones. De donde no es el posible desequilibrio patrimonial la causa de que se suspenda aquí la aplicación del artículo 1.124, sino razones de oportunidad y de conveniencia, más apremiantes en una obligación que se cumple en diversos vencimientos, que pueden ser frecuentes y de escaso volumen, por lo que el impago de uno solo no debe acarrear la resolución* (10).

Reducidas las garantías con la negación expresa de la acción resolutoria, es manifiesto que el ordenamiento no prohíbe que *a priori* se pacte en el contrato de renta vitalicia una *condición resolutoria explícita* que protege al cedente frente al impago del deudor, constituyéndose a su favor como un derecho real de garantía indirecta (11); o que se constituya *hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas* (art. 157-1.º LH), haciéndose constar en la inscripción cuándo debe satisfacerse *la última pensión o prestación, o, en otro caso, el evento o condición que determine su extinción* (art. 248-3.º del RH). La cancelación se hará a solicitud del titular del inmueble, siempre que haya transcurrido el plazo de seis meses de haberse extinguido la obligación de pago de la pensión (art. 157-4.º LH). Cabe también la posibilidad de que se constituya una *prohibición de disponer o enajenar que no tendrá acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento* (art. 27 LH). Téngase en cuenta, en todo caso, lo que al respecto refiere el artículo 57 RH.

2. LA DONACIÓN CON OBLIGACIÓN MODAL

También la *donación modal* se configura como una de las formas de ceder bienes a cambio de alimentos, cuidados y asistencia: el artículo 619 de nuestro Código determina que *es también donación aquella en que se*

(10) RAMS ALBESA, *op. cit. ant.*, pág. 319.

(11) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T.II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Madrid, 2001, pág. 409 y sigs., con gran acierto, precisa que la titularidad preventiva del transmitente funciona como un derecho real de garantía porque comporta de algún modo, una situación de poder sobre la cosa transmitida, con la cual se asegura la efectividad del crédito, cualquiera que sea el poseedor de la cosa. Además, es indirecta porque en caso del impago del crédito y de hacerse efectiva la garantía, la efectividad no comporta la satisfacción inmediata de la prestación debida, sino la desaparición del crédito por resolución del contrato y la restitución del bien cedido al transmitente.

impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado. Donación de la que se ocupan entre otros, DE LOS MOZOS y DOMÍNGUEZ RODRIGO (12), y que reflejan la preocupación de la doctrina por la que ha venido siendo una práctica constante, la de ceder bienes con la carga de cuidar y atender al donante u otra persona determinada. La carga establecida en la donación constituye una obligación que reduce su contenido y determina un régimen jurídico aplicable peculiar. Así, el artículo 622 en términos de RAMS (13), debe ser entendido con una redacción matizada que a buen seguro responde a la voluntad del autor, y que no determina el claro sentido de la donación con carga, en cuanto *las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos*, —a lo que hay que adicionar el final de la frase del precepto—, *y... por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del gravamen impuesto*. Apareciendo así, como un contrato mixto, sometido hasta la concurrencia del gravamen a las reglas de los contratos, y en cuanto al exceso a las de la donación (14).

Llegados a este punto y dada la amplitud de posibilidades de la carga, especialmente por lo que a su duración en el tiempo se refiere, un primer problema que se plantea es que la carga no es en principio evaluable. DÍEZ-PICAZO (15) así lo manifiesta cuando haciéndose eco de algunas sentencias del Tribunal Supremo (18 de diciembre de 1953 y 30 de diciembre de 1961), refiere que el modo se utiliza esencialmente para conseguir servicios o atenciones del favorecido que son de un valor inestimable económicamente. Ciertamente, el artículo 633 impone para la donación de cosa inmueble, la obligación de que en la escritura pública además de expresarse los bienes donados, ha de constar *el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario*. Por lo que, aún cuando al constituirse la donación, sea precisa la estimación económica «por los servicios» que consisten en dar cuidados y atenciones al donatario, es indudable que esta obligación que es, en su inicio, preceptivamente

(12) DE LOS MOZOS, «El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial», en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pág. 223 y sigs.; DOMÍNGUEZ RODRIGO, «La revocación de la donación modal», en *Anuario Derecho Civil*, 1983, pág. 65 y sigs. También sobre el tema, entre otros autores: AMORÓS GONZALBEZ, *La donación remuneratoria y la carga en nuestro Derecho*, Curso de conferencias, 1945, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, pág. 185 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971; PRADA GONZÁLEZ, «La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos», en *AAMN*, T. XVI, 1968, pág. 257 y sigs.; RODRÍGUEZ ADRADOS, «La donación con cláusula de reserva de la facultad de disponer», en *AAMN*, T. XVI, 1968, pág. 419 y sigs.; TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho Civil*, Madrid, 1967.

(13) RAMS ALBESA en LACRUZ y SANCHO, «Elementos...», II, vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 108 y sigs.

(14) Esta misma idea es la que se repite con ocasión del saneamiento de la cosa objeto de la donación en el artículo 638 *in fine* del Código, en cuanto determina que *el donante responderá de la evicción hasta la concurrencia del gravamen*.

(15) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10.ª ed., Madrid, 2001, pág. 529.

evaluable, puede superar el valor de lo donado por el alea que en sí constituye el tiempo de vida del donante.

Una segunda cuestión es que el valor de la carga supere el valor de lo donado en contra del propio *animus donandi*, en el que prima la idea de liberalidad como así determina el artículo 619, que reconoce también como donación *aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado*. En caso contrario, desaparecería el propósito inicial de enriquecer al donatario, con el consiguiente empobrecimiento del donante, desvirtuando con ello la donación y dejándola sin contenido.

Quedan por resolver cuestiones como el supuesto de la donación con carga que encubre una donación simple, en la que conociendo que no se va a dar la asistencia y cuidados por existir otras previsiones o por estar ante una enfermedad a término, esta donación deviene en ordinaria y le serían de aplicación las reglas referentes a las legítimas, colación y demás de Derecho Sucesorio. Pero también las normas fiscales que afectarán al total valor de lo donado de verificarse la donación en su integridad o por lo que reste tras el pago de las legítimas.

Finalmente referirnos a la posibilidad admitida por el ordenamiento jurídico en cuanto a la reserva de la facultad de disponer por el donante. A ésta alude el artículo 639 del Código cuando determina que *podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados* (16), reserva que se extingue y repercute directamente en el patrimonio del donatario al tiempo del fallecimiento del donante. Esta facultad, entiendo, es plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa, garantizando con ello el cumplimiento de la carga contenida en la donación. En la donación, igualmente admite el contenido del artículo 640 del Código Civil, que puedan *separarse válidamente la propiedad y el usufructo*, constituyéndose a favor de sujetos distintos, con la única limitación —que no es el caso— contenida en el artículo 781 del Código. No siendo este el lugar y el momento para profundizar en estas cuestiones, entiendo suficiente con referir lo que al respecto concreta con ocasión de la obligación modal SANCHO (17), que además de citar los medios de protección que el ordenamiento jurídico tiene previstos para garantía de las pretensiones del acreedor (arts. 1.096, 1.098 y 1.099), prenda, hipoteca, fianza, y cuantas sean precisas, reconoce que la obligación modal puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad, para que de darse incumplimiento, pueda darse la revocación de la donación y afectar a los terceros titulares de derechos inscritos (art. 37,2, 2.º LH). En todo caso, pueden ser inscritas las obligaciones modales que constituyan una prohibición de disposición (art. 26, 2.ª LH).

(16) Ver en cuanto a la reserva de determinados bienes, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de julio de 1978.

(17) SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II, vol. 1.º, nueva edición revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, 1999, pág. 481.

Soluciones todas ellas, que igualmente propugnamos para el resto de los supuestos en los que exista cesión de bienes a favor de quien se obliga a una prestación de tracto sucesivo.

3. EL CONTRATO DE ALIMENTOS

A tenor del artículo 1.791 del Código Civil, en virtud del contrato de alimentos, *una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos.*

También se ha referido, y así lo hacen constar distintos autores, que los artículos 95 a 99 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, configuran el *contrato de vitalicio* como la adecuada respuesta a las necesidades y atenciones que precisa el cedente. Concretamente, el artículo 99 (18), determina que la Ley gallega establece como supuestos específicos de rescisión los que constituyen sin duda, posibilidades de resolución: en el apartado *a*) como consecuencia de la conducta gravemente injuriosa o vejatoria del obligado a prestar alimentos (en la misma línea de lo dictado en el art. 152.4 CC, como causa de extinción de la obligación de prestar alimentos entre parientes); *b*) supuesto de incumplimiento total o parcial de la obligación de prestar alimentos, siempre que no sea imputable al acreedor; *c*) cuando el cesionario no cuidase o no atendiese en lo necesario al cedente, según la posición social o económica de las partes y en todo cuanto haga posible el capital cedido en el mantenimiento de su calidad de vida; *d*) por el incumplimiento de lo demás pactado; deja sin garantías al cedente que haya disminuido su capacidad para valorar el incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de «Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», que introduce el *contrato de alimentos*, dentro del Título XII del Libro IV del Código Civil dedicado a los contratos aleatorios, establece *una regulación sucinta pero suficiente de los alimentos convencionales... La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista.* Los alimentos legales entre

(18) En la línea apuntada por CHILLÓN PEÑALVER, *op. cit.*, págs. 153 a 155.

parientes (deuda alimenticia entendida en toda la extensión del art. 142 CC) aparecen regulados en el Título VI del Libro I del Código, pero es el artículo 153 el que determina que las disposiciones que le preceden (arts. 142 a 152 CC) *son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate*. Las reglas aplicables al incumplimiento de la obligación de alimentos pueden agruparse, fundamentalmente, en torno a dos conceptos: exigir el cumplimiento o la resolución del contrato con repercusión en ambos casos, de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

4. LA DONACIÓN *MORTIS CAUSA*

Es, probablemente, la mejor garantía de la que puede gozar el mayor, por lo que no procede reparo alguno, a pesar del desuso en el que se encuentra esta institución, en recuperar esta figura, en aras de proteger el patrimonio y los intereses de quien cediendo, precisa de las máximas cautelas y garantías. Pero, ¿cuáles son las razones que nos llevan a apuntar esta alternativa? Para ello, ¿qué mejor que analizar la previsión negocial contemplada en el propio Código Civil?

La definición de la donación en el artículo 618 como *acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta*, la configura en términos generales, como acto de liberalidad contractual tendente a generar empobrecimiento patrimonial del donante y enriquecimiento del donatario. Ahora bien, este acto no queda desvirtuado cuando el propio Código Civil admite, a casi renglón seguido, las donaciones de futuro (19) (véase art. 1.271 CC). Así, el artículo 620 determina que, *las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria*, lo que dota a estas donaciones de una individualidad propia: mientras que por un lado, la primera parte de la norma se refiere a la liberalidad misma, al acto de disposición por el donante, que ha determinado el nacimiento de la donación misma, y que entra en la esfera de los actos *inter vivos*, debiendo ser aceptada por el donatario (art. 633 CC); el segundo punto significativo del texto, y que las distingue del resto de las donaciones, hace referencia a la adquisición definitiva del derecho, en cuanto el donatario no entrará en la propiedad de los

(19) Estas donaciones no deben confundirse con la promesa de donación o el precontrato de donación. Ver al respecto el análisis que con ocasión de la promesa de donación hace de estas figuras ALBALADEJO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VIII, vol. 2.º, artículos 618 a 656, Edersa, 1986.

bienes donados hasta el fallecimiento del donante, estando sometida a las disposiciones testamentarias. Ahora bien, ninguna duda ofrece que, al regirse por las normas de la sucesión testamentaria la donación es esencialmente revocable (art. 737 CC), por la sola voluntad del donante. Llegados a este punto, es claro que, la *donación realizada inter vivos*, produce plenos efectos, o más exactamente, *efectos definitivos con el fallecimiento del donante*, y ahora sí, se regirá por las disposiciones testamentarias, aunque no tenga su origen en testamento, adquiriendo el donatario el bien donado, con independencia de las incidencias y eventualidades de la herencia (salvo a lo que a inoficiosidad se refiere).

La regulación de estas donaciones tan discutidas a la vez que excluidas doctrinal y jurisprudencialmente, que no en la práctica, amplía y mejora las garantías de quien cede bienes a cambio de unos mínimos o máximos cuidados, afectos y/o alimentos. Su utilidad resulta patente, y su entendimiento se ve favorecido por la regulación que de la misma se hizo en dos compilaciones: la Compilación de Cataluña lo regula inicialmente en los artículos 245 a 247, si bien, el régimen de sucesiones ya no forma parte de la Compilación, estando en la actualidad regulado por el Código de Sucesiones de 1991 (conteniéndose en los arts. 392 a 396, en el Título VI, bajo la rúbrica de *Donaciones por causa de muerte*) y cuya vigencia se determinó hasta el 1 de enero de 2009 (fecha de entrada en vigor de la *Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, concretamente*, que en los artículos 432-1 a 432-5, y bajo la misma rúbrica traza iguales contenidos al código de 1991). También se ocupa la Compilación Navarra (Libro II, Título III, Ley 165 a 171). En ésta, y bajo la rúbrica *De las donaciones mortis causa*, se determina la presunción de que *la donación se hace en consideración a la muerte del donante cuando la adquisición de los bienes donados queda diferida al fallecimiento de aquél* (Ley 165), *que para su eficacia es necesaria la aceptación del donatario* (Ley 168), y que el donante podrá en cualquier momento revocar libremente la donación, salvo pacto en contrario o renuncia de la facultad de revocar (Ley 169). Ahora bien, de la plena eficacia de la donación, producida la muerte del donante, da cumplidas muestras el texto cuando refiere que *los bienes donados mortis causa no forman parte de la herencia, y el donatario podrá tomar posesión de ellos sin intervención de los herederos o albaceas del donante* (Ley 170). En parecidos términos, tanto el anterior artículo 395.1 (Código de 1991), como el artículo 432-4 del vigente Código de Sucesiones de Cataluña (en vigor desde enero de 2009), que dicen literalmente: *Al fallecer el donante, el donatario hará suyos los bienes donados, independientemente de que el heredero acepte la herencia y de la validez o subsistencia del testamento del donante o de sus disposiciones. El donatario podrá posesionarse de dichos bienes sin necesidad de entrega por el heredero o por el albacea.*

Es claro que la regulación en Cataluña y Navarra, junto con los beneficios fiscales para el donatario, favorecen la recuperación de esta figura y la necesidad de dotarla de una mayor autonomía que parece quiso restarle la propia redacción del Código, y por ende, la doctrina y jurisprudencia. Ciertamente, que existió una falta de interés del legislador de 1889, pero ésta no es obstáculo para que, ante la nueva realidad social, derivada del incremento progresivo de la población en situación de dependencia (envejecimiento de la población, enfermedades crónicas, riesgos laborales, accidentes...), que precisa de cuidados y atenciones —difíciles de satisfacer por las Administraciones Públicas—, se plantee la necesidad de recuperar estas donaciones que dotan de mayor protección al cedente (donante), y que se basan, en esencia, en la posibilidad de revocación (arts. 647, 648 y 659).

El problema radica, a su vez, en que siendo esencialmente revocable, el donatario puede no llegar a adquirir el dominio del bien donado, con lo que, cabría plantearse por el donatario no consolidado, exigir a los herederos del donante, el valor de los bienes y servicios prestados. Es más, ¿podría haberse previsto en el documento notarial? ¿En qué medida podemos proteger los intereses frustrados de quien aceptó como donatario? Ciertamente, *hemos pasado a una amplia protección del cedente en detrimento del donatario no consolidado*. Eso sí, en aras de evitar un enriquecimiento injusto del donante (que revoca unilateralmente, con causa o sin ella), o de sus herederos, y que deviene en perjuicio de quien ya no obtiene la transmisión del dominio, éste podrá exigir a los beneficiados en virtud de las prestaciones realizadas. No olvidemos que el donatario aceptó la donación, y en virtud de la misma se obligó.

Ahora bien, es preciso, por pragmático, referirnos a lo que podría estimarse un beneficio fiscal, o suspensión de la obligación de tributación por el donatario, dado que, la donación misma ha estado sujeta a condición suspensiva, y que la transmisión de la propiedad de la cosa dada se supedita al hecho de que la donación sea definitivamente firme, ésta no produce efectos hasta el fallecimiento del donante, y en consecuencia, el donatario no tributará hasta que haga suyos los bienes. Diremos más, como por regla general, para un mismo bien o derecho objeto de transmisión, las transmisiones *mortis causa* acostumbran a ser más ventajosas fiscalmente que las transmisiones *inter vivos*, las primeras gozarían de más reducciones sobre la base imponible de este impuesto.

Una cuestión más, ¿cuál será el valor de los bienes donados, el que tuviesen al tiempo de la donación (aceptada por el donatario), o bien, el de la fecha en que deviene en firme la misma? Nada dice el Código Civil (art. 620), tampoco el Código de Sucesiones de Cataluña, ni la regulación de Navarra, salvo que la adquisición queda diferida al fallecimiento del causante, por lo que habrá de tenerse en cuenta el valor de los bienes al momento en que la donación deviene en firme, y se produce la transmisión de lo donado. Con-

sidérese, que tanto la normativa de Cataluña como la de Navarra determinan que el donatario, al fallecimiento del donante, hace suyos los bienes donados, con independencia de las incidencias y eventualidades de la herencia.

5. OTRAS PREVISIONES

El artículo 46 de la Ley andaluza 6/1999, hace la siguiente declaración de intenciones: *Cuando las Administraciones Públicas tengan noticia de que el patrimonio de una persona mayor está siendo objeto de expoliación, bien por sus propios familiares o por terceros, se procederá a comunicarle de forma expresa las acciones judiciales que pueda iniciar, proporcionándole asistencia jurídica si fuera necesario, sin perjuicio de traslado de tales hechos al Ministerio Fiscal.* En parecidos términos, el artículo 13.6 de la Ley castellano-leonesa 5/2003, de 3 de abril (20).

Es indudable que la protección de los mayores y por ende de su patrimonio preocupa, y que son muchas las razones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de cesión de bienes, entre otras que el cumplimiento de la obligación por parte de quien cede se produce de forma inmediata, en único acto de disposición, mientras que la obligación por parte del obligado a pagar renta o dar alimentos se sucede en el tiempo. Puede decirse que, tanto en el contrato de renta vitalicia como en el contrato de alimentos, la obligación principal del cedente de bienes o derechos consiste principalmente en la transmisión del dominio, pero como precisa REBOLLEDO (21), no siendo siempre traslativo del dominio en cuanto puede serlo de cualquier otro derecho real e incluso de un derecho no real, determina lo oportuno del término «cesión». Es claro, que *es el cedente el que cumple entregando, y el que siendo acreedor de una prestación de cumplimiento continuado debe gozar de todas las garantías explícitas para su constancia en el Registro de la Propiedad y su oponibilidad frente a terceros.* Ahora bien, dejamos al margen los *supuestos de cesión de bienes a favor de un tercero* (22), que contemplan básicamente la posibilidad de que los padres (ce-

(20) Estas leyes autonómicas de protección del patrimonio del anciano aparecen citadas por ZURITA MARTÍN, en *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, 2004, pág. 221.

(21) REBOLLEDO VARELA, «El contrato de vitalicio (especial consideración de su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia)», en *AC*, 1996, pág. 862.

(22) Sobre los contratos a favor de tercero, podemos citar entre otros: BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 221 y sigs.; CASALS COLLDECARRERA, «Contrato a favor de tercero», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. V, Barcelona, 1953, pág. 365 y sigs.; DE BUEN, «La estipulación en provecho de tercero», en *RGLJ*, núm. 142, 1923, pág. 193 y sigs.; LEÑA FERNÁNDEZ, *El Notario y la protección del discapacitado*, Madrid, 1997, pág. 124 y sigs.; MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985; QUINONERO CERVANTES, *La situación*, pág. 132; PACHIONNI, *Los contratos a favor de terceros*, traducido por Fran-

dente) de una persona con discapacidad (beneficiario), cedan bienes a un tercero que se obliga a prestar alimentos y asistencia (cesionario), en cuyo caso aún cuando deba dotarse de iguales garantías, presenta, en síntesis, la particularidad, con todo lo que deriva de la misma, de que hay un tercero beneficiario que no es parte en el contrato otorgado a su favor, pero que al amparo del artículo 1257.2 del Código (23), tiene derecho a exigir (puede no estar facultado) el cumplimiento de la obligación. Admitía RIVERO (24), que aún cuando nada se regulase respecto de la facultad de exigir el cumplimiento por parte del cedente, el estipulante estaba facultado a exigir al promitente que cumpla frente a él, en provecho del tercero, en cuanto parte del contrato. Dice además, que entre estipulante y beneficiario se establece una relación denominada *de valuta*, y un vínculo de comunidad en el crédito, puesto que ambos pueden reclamar el cumplimiento al promitente.

En todo caso, siempre que medie la transmisión de inmuebles, la relación jurídico-real que determina obligaciones que revierten en la esfera personal del cedente y en sus necesidades más elementales, debe estar amparada por unos principios latentes en cuanto se ha referido, y siempre en interés de la parte más débil en el contrato, interpretando las dudas del mismo, y dada su onerosidad *a favor de la mayor reciprocidad de intereses* (art. 1.289 CC).

III. SITUACIONES CERTERAS DE DISCAPACIDAD

La problemática que se puede plantear ante el incumplimiento derivado del contrato es distinta en función de que el titular del derecho de alimentos esté facultado (incapacitado o no) para la exigencia del cumplimiento de la obligación. A este respecto, nos interesan los supuestos en los que la persona mayor tenga limitada, o cuando menos minorada su capacidad para discernir y ejercitar acciones.

cisco Javier OSSET, Madrid, 1948, pág. 365. Ver también Díez-PICAZO Y GULLÓN, en *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/2, Madrid, 1998, pág. 75 y sigs., en cuanto refiere que el titular del poder de revocación, pese a la indeterminación del artículo 1.257, p. 2.º, es normalmente el estipulante, aunque nada impide, precisamente por aquella indeterminación, que se pacte la revocación conjunta por el obligado y el estipulante.

(23) La Exposición de Motivos, en su apartado VIII, admite que la utilidad del contrato de alimentos es especialmente relevante en el supuesto mencionado. «a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1.257 del Código Civil».

(24) RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil, II*, vol. I, Madrid, 1999, pág. 529 y sigs., al tratar de *Los contratos a favor de tercero* y del sistema de relaciones que se forman, analiza las siguientes: *a)* entre estipulante y promitente, llamada relación de cobertura; *b)* entre beneficiario y promitente; y *c)* entre estipulante y beneficiario (llamada *de valuta*), que puede obedecer a *solvendi causa*, o *causa credendi*, o *causa donando*. Para un análisis más detallado nos remitimos a cuanto dicho autor refiere.

No es baladí afirmar que es probable que quien con plenas facultades consintió, carezca de iguales al tiempo en que exista incumplimiento de la obligación de prestar alimentos y que el obligado a prestarlas puede aprovecharse del estado del alimentista para dejar de cumplir o cumplir indebidamente, por lo que los estatus reales de discapacidad (incapacitado, discapacitado), imponen la necesidad de establecer limitaciones en interés del mayor.

IV. PREVISIONES NEGOCIALES DEL ORDENAMIENTO

A nadie extraña la protección que a lo largo de todo el ordenamiento se otorga a la parte más débil en una relación jurídica, por ejemplo, en lo que respecta a condiciones generales en la contratación, o en la protección del arrendatario, especialmente cuando lo es de vivienda habitual, etc. Tampoco sorprende que el ordenamiento a este y otros supuestos, les dote de la máxima tutela a través de normas de derecho necesario. Llegados a este punto, cabe plantearse si el legislador no debería haber incluido normas que resolvieran las situaciones de desamparo en las que puede derivar la falta de garantías para con los mayores, no sólo al tiempo de la realización de actos de disposición, también *a posteriori*, como es a través de órganos de control o vía procedimientos ágiles, rápidos y eficaces. ¿O es que los intereses de los mayores no necesitan de mayor protección que los de los consumidores o el de los acreedores antes, durante, y después del concurso? Debe tenerse en cuenta que los perjuicios patrimoniales que individualmente afecten a cada mayor, y que recordemos, lo constituye un tercio de la población, revierten también en el conjunto de la colectividad; por lo que el empobrecimiento del mismo, sin causa, sin la efectividad de la contraprestación pactada, que a buen seguro es de necesidad, debe ser amparado en todo caso y en todo tiempo. Por ello, es oportuno acudir a todas las previsiones negociales posibles en la configuración de la cesión, cuando menos, a modo de «cláusulas de estilo», *que reproduciendo fórmulas admitidas por el ordenamiento impidan desplazamientos patrimoniales definitivos, sin causa existente en cuanto real y continuamente efectiva.*

Llegados a este punto, es incuestionable que existiendo acción para exigir el cumplimiento, o la resolución misma, el ordenamiento no debe escatimar esfuerzos en reforzar las garantías que protejan el interés del acreedor, que es fundamental se vea satisfecho. Por ello, lo más viable es tener como determinantes cuestiones ya consideradas a lo largo de resoluciones jurisprudenciales y que se basan en una idea principal: no siendo esencial la transmisión del dominio pleno, la protección de los derechos del alimentista están a buen seguro, mejor protegidos (25).

(25) Véase al respecto CHILLÓN, en «El contrato...», *op. cit.*, pág. 93 y sigs.

Puesto que es la ley la que determina que ante el incumplimiento de la obligación de alimentos, esencialmente, el legitimado para ejercitar acciones es el alimentista, lo lógico es atender a aquellos supuestos en los que el que consintió, carece de igual capacidad de obrar para exigir la prestación al deudor de alimentos.

Ciertamente es oportuno que en el contrato de alimentos se legitime a un tercero para reclamarlos, lo que determina que a través de poderes preventivos para cualquier reclamación de futuro, y que tiene su asiento no en un precepto legal, sino en el contrato inicial que contiene un acuerdo perfectamente lícito. La presencia de un apoderamiento, como claro exponente del principio de autonomía de la voluntad, en aplicación de la doctrina emanada de los artículos 1.254 y siguientes del Código Civil, determina que el ejercicio de acciones por un tercero encuentren en el ámbito procesal el amparo preciso, legitimación tanto en su aspecto causal (*legitimatío ad causam*), como en su aspecto procesal (*legitimatío ad procesum*). Por ser este tema objeto de estudio en capítulo aparte, nos centraremos en otras previsiones negociales, que en todo caso, deben amparar al cedente que cumplió con su prestación de tracto único frente al cesionario obligado a una prestación de tracto duradero (ya sea permanente en el caso de alimentos, o periódica en el caso de rentas. Por lo que, ¿cuáles son esas garantías que es posible pactar al amparo del ordenamiento jurídico, *cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de alimentos sean registrables* (en términos del art. 1.797 CC)?:

1. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA

Los artículos 10 y 11 LH admiten que el trasmittente se reserve sobre el bien objeto del contrato una titularidad preventiva a través de la condición resolutoria explícita con efectos reales. Esta garantía es posible en cuantos contratos «haya mediado precio o entrega de metálico» y resulte aplazamiento en el cumplimiento, surtiendo este aplazamiento efectos frente a terceros, si se garantiza aquél con hipoteca o cuando «se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita». En efecto, siguiendo a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (26), los argumentos a favor de la incorporación de la condición resolutoria explícita como clara garantía del cumplimiento de la prestación debida, podrían resumirse en los siguientes: 1.º) producida la transmisión, *el derecho real transmitido se encuentra en una situación de pendencia en garantía de la obligación principal*; 2.º) *la titularidad preventiva de quien cede actúa como un derecho real de garantía indirecta del crédito*:

(26) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en «Derechos Reales. Derecho Hipotecario», T. II, «Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», *op. cit.*, pág. 409 y sigs.

garantía en cuanto situación de poder sobre la cosa en tanto no se cumpla con la total prestación, e indirecta porque en caso de resolución por incumplimiento, y haciéndose efectiva la garantía, ésta no comporta la satisfacción del crédito garantizado, sino la desaparición del mismo por resolución, y su sustitución por la reintegración de la cosa al transmitente; 3.º) *el adquirente adquire* con la tradición sólo *un dominio resoluble*. En él se dan, además de una titularidad preventiva que previsiblemente será definitiva, una titularidad interina; y 4.º) el cedente, que se desprende de la posesión de la cosa que trasmite, sólo tiene como medio de dar publicidad a la garantía a través de la *constancia en documento público e inscripción en el Registro de la Propiedad* (27), con lo que la resolución del contrato de cesión sólo afectará a terceros cuando haya sido inscrito el pacto expreso por el que se da al incumplimiento de la obligación el carácter de condición resolutoria. Esta modalidad, la de pactar expresamente la resolución del contrato, apunta RAMS (28), equivale a una cláusula penal, y los tribunales podrán moderar, en todo caso, el alcance de la misma.

Y aunque es posible la previsión en los negocios de cesión de bienes que celebre el mayor en atención a cubrir sus necesidades, no es menos cierto que, cuando realiza actos de disposición de todo o parte de su patrimonio, lo hace en base a la relación de confianza que media con la otra parte y con la certeza del cumplimiento de la prestación por el obligado. Esa misma relación le lleva a no prever incumplimientos y a no estipular más garantías que las que derivan de la ley (fundamentalmente arts. 1.911 como garantía natural de las obligaciones, y 1.124 como garantía natural de las recíprocas). Por lo que es oportuno insistir en la incorporación en el contrato de cesión, de otros medios de garantía con efectos reales sobre el bien cedido.

El problema se plantea si llegado el incumplimiento, el mayor no incapacitado no está en condiciones de ejercer el derecho a resolver, manteniéndose con ello una situación de desatención que se prolonga en el tiempo, sin que órganos de gestión o supervisión hagan valer el derecho.

(27) Nuestro sistema actual, tras la reforma del texto de la LH de 1944, sigue la línea marcada por el artículo 1.043 del Proyecto de Código Civil de 1851, que refería con precisión, en cuanto a la resolución en los contratos bilaterales ante el incumplimiento de la obligación por una de las partes, lo siguiente: *cuando se funde en la falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no ha sido estipulado expresamente e inscrita en el Registro*. El artículo 1124-4.º del Código determina que la facultad de resolver se entiende: *sin perjuicio de los derechos adquiridos, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria*. Pues bien, considerando los artículos 10 y 11 LH, ésta determina el carácter constitutivo de la inscripción de la condición resolutoria.

(28) RAMS ALBESA en LACRUZ y SANCHO, «Elementos...», II, vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 335, con ocasión del contrato de renta vitalicia, tras un análisis detallado de la negación de la acción resolutoria que establece el artículo 1.805 del Código.

2. HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTA Y PRESTACIONES PERIÓDICAS

El artículo 1.797 del Código Civil, referente al contrato de alimentos, prevé que: *cuando los bienes o derechos sean registrables podrá garantizarse, frente a terceros, el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria*. La razón de admitir estas garantías es clara: el legislador quiere proteger al cedente que se encuentra en una posición de debilidad frente al deudor que sólo asume una obligación de índole personal de tracto duradero. Este medio de garantía aplicable a los supuestos a los que ahora nos referimos, es sólo el reflejo de una medida ya admitida por la doctrina y jurisprudencia, y contemplada en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria y por el 248 del Reglamento, y se constituye en garantía de una obligación principal (29), en este caso: *a) de un contrato de alimentos, b) de una donación modal, o c) de una renta vitalicia cuando el acreedor en virtud del artículo 1.805 del Código reclama el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras*, lo que determina, junto con lo contenido en el artículo 1.861 del Código Civil (el contrato de hipoteca puede asegurar *toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria*), que es posible la constitución de hipoteca *en garantía de obligaciones futuras*, como así admiten los artículos 142 y 143 LH, determinando el primero de ellos que *la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción*. Además, refiere en el segundo de sus párrafos que: *si la obligación asegurada estuviere sujeta a condición resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto, en cuanto a tercero, hasta que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condición*. Para la admisibilidad de esta hipoteca en garantía de una deuda, PEÑA (30), desde una posición

(29) De la hipoteca constituida en garantía de una obligación que tiene por objeto rentas o prestaciones periódicas, se ocupan entre otros: ÁVILA NAVARRO, *La hipoteca; estudio registral de sus cláusulas*, Madrid, 1990, pág. 78; CABELLO DE LA SOTA, «La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas», en *AAMN*, T. V, Madrid, 1950, pág. 63 y sigs.; CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Madrid, 2001; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, T. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1979.

(30) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en «Derechos Reales. Derecho Hipotecario», T. II, *op. cit.*, en pág. 299 y sigs., cita entre otros ejemplos de relaciones jurídicas básicas que se quieren garantizar, las relaciones familiares, en cuanto a la obligación futura de indemnizar que pueda originarse por infracción de los deberes que comporta determinada relación económico-familiar. De igual consideración entiendo, las obligaciones derivadas de relaciones parentales o de relaciones de confianza, que no excluyen las obligaciones a favor de un tercero.

estricta, argumenta que es posible constituir esta hipoteca cuando existe ya una relación jurídica básica vinculante para el deudor, como es, por ejemplo, la de prestar cuidados y atenciones ante una enfermedad degenerativa que puede o no manifestarse, o la de cubrir unas necesidades cuando el mayor no pueda valerse por sí mismo. Realidades todavía no existentes, pero ya determinables.

Igualmente, *la hipoteca que garantiza cualquier clase de obligación puede serlo de una obligación no dineraria*, y en consecuencia, ser de mayor complejidad, a saber, la de prestar alimentos para cubrir las necesidades asistenciales de la persona mayor.

Finalmente, y en virtud de otros medios de garantía apuntados hasta el momento, el artículo 107,10.º LH determina que podrán también hipotecarse *los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante*.

Admitido que la hipoteca puede garantizar *toda clase de obligaciones* (art. 1.861 CC y 105 LH), aún las futuras, en garantía de una obligación de dar, hacer y no hacer, y sabido el carácter de accesoriedad de la misma en cuanto aseguramiento de la obligación principal, el pago de rentas u otras prestaciones periódicas análogas (art. 157 LH y 248 RH), el problema deriva de la probable falta de capacidad del acreedor, o la falta de tiempo para iniciar un largo proceso para hacer efectivas mediante la ejecución hipotecaria, las obligaciones no cumplidas. Ello determina, una vez más, la probable inadecuación, cuando menos insuficiente, de la medida de garantía.

3. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

El planteamiento es absolutamente inverso al de la condición resolutoria explícita, en cuanto se introduce una cláusula en el contrato de cesión cuya transmisión del dominio queda sujeta al cumplimiento de una condición suspensiva (31). Sin embargo, la previsión legal del pacto de reserva de dominio para los bienes inmuebles y su inscripción en el Registro es inexistente, a dife-

(31) De la reserva de dominio se ocupan, entre otros: AMORÓS GUARDIOLA, «El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles», en *RCDI*, 1972, enero-febrero, pág. 9 y sigs.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La cláusula de reserva del dominio*. Madrid, 1971; CASAS VALLÉS, «La reserva de dominio en la venta de inmuebles», en *RJC*, 1986, pág. 615 y sigs.; GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*. Madrid, 1992; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles*. Madrid, 1988; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Madrid, 2001; RIVERA FERNÁNDEZ, *La posición del comprador en la venta a plazo con pacto de reserva de dominio*, Valencia, 1994. De condición suspensiva a la que quedan sujetas estas transmisiones, se ocupan múltiples sentencias. Por citar algunas: STS de 19 de octubre de 1982, de 11 de julio de 1983, y de 12 de julio de 1996.

rencia de lo que ocurre para los otros bienes menores (32), los muebles, para los que el artículo 13 del Reglamento de la Ley del Registro de Hipoteca Mobiliaria, y el artículo 15.1 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, sí prevé expresamente la inscripción del pacto. Ante esta ausencia de regulación, es preciso acudir a la jurisprudencia, pero también, por su trascendencia, a autores que como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, se ocupan de manera pormenorizada del tema. El pacto de reserva opera al igual que la anterior como garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación de tracto sucesivo, ya sea periódico o permanente. Se constituye, al igual que en el supuesto de la condición resolutoria explícita, una situación que describe la STS de 19 de mayo de 1989, y que recoge el citado autor: *una doble situación jurídica* sobre la cosa que comporta determinadas facultades y limitaciones. En rigor, la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 1995, aunque está referida a un contrato de compraventa con precio aplazado, determina que *el dominio, aunque sea resoluble, se transmitió al adquirente... con restricciones dispositivas en tanto no pagara el total*, encontrándose, dice otra sentencia de 3 de julio de 1966, en situación de simple poseedor no de bienes ajenos, sino de *poseedor a título legítimo de dueño*.

Para PEÑA, aunque pueda fundamentarse que el pacto de reserva de dominio, que sujeta la adquisición a condición suspensiva, es admisible al amparo del principio de libertad de contratación (art. 1.255 CC) y de los *numerus apertus* de los derechos reales (es una garantía real atípica), estima más cierto que le son de aplicación las normas imperativas —dice— que rigen la condición resolutoria explícita en garantía del cumplimiento de la obligación. Por lo que en la línea aludida podemos considerar: 1.º Que el pacto, al igual que en el supuesto anterior, se constituye con la *finalidad de garantizar el cumplimiento de la prestación*, puesto que el derecho real transmitido se encuentra en situación de pendencia; 2.º Que *el adquirente recibe el dominio resoluble* que le resta la plena disponibilidad del bien; 3.º Que *el pacto de reserva tiene eficacia resolutoria en el supuesto de incumplimiento* de la prestación de tracto sucesivo; 4.º y para que la resolución pueda afectar a terceros, se configura como precisa la publicidad mediante la *inscripción del pacto* en el Registro (carácter constitutivo pues de la inscripción), siendo de aplicación cuanto se ha referido respecto de la condición resolutoria explícita, artículos 1124.4.º CC y 11 LH.

(32) Calificación que no puedo evitar, dejándome llevar, como ya lo hizo el codificador, por los antecedentes del Derecho romano que relativizó el valor de los muebles frente al valor de los bienes inmuebles. Es obvio, que en la actualidad, hay muebles de indudable valor que superan, con creces, el de muchos inmuebles, pero que se configura como excepción.

4. RESERVA DE USUFRUCTO A FAVOR DEL CEDENTE

En muchas ocasiones conviene referirse a supuestos concretos para exponer con mejor acierto un tema. Piénsese en el supuesto de un matrimonio mayor que cede su vivienda con reserva de usufructo vitalicio del bien cedido. La garantía para el cedente se deriva no sólo porque mantiene la posesión del bien mientras viva, con el consiguiente disfrute del mismo, sino que además, si se produce un hipotético incumplimiento por parte del obligado a la prestación duradera, ya sea renta o alimentos (con el alcance que sea), el cedente, con independencia del procedimiento que se inicie o no para resolver o para exigir el cumplimiento a instancia de cualquiera de las partes en la relación obligacional, se mantiene en la posesión de la cosa cedida.

El cedente, de esta forma, no sólo tiene un derecho de crédito frente al obligado a la prestación, también tiene el derecho a seguir poseyendo con efectos *erga omnes*.

5. CONSIDERACIÓN ESPECIAL A LA CONVERSIÓN DEL INICIAL CONTRATO DE ALIMENTOS EN CONTRATO DE RENTA VITALICIA

En el contrato de alimentos, y para caso de incumplimiento por el obligado a la prestación, el acreedor podrá optar por la resolución o por el cumplimiento de la prestación debida, conforme al artículo 1.795 del Código Civil. Pues bien, además de estas dos opciones previstas, el cedente, al igual que el obligado a dar alimentos, y en virtud de otra previsión legal contenida en el artículo 1.792, determina que cualquiera de las partes *podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para estos eventos hubiera sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente* (33). A este extremo alude NÚÑEZ ZORRILLA (34) cuando refiere que el deudor de la renta se obliga siempre a una prestación de dar que generalmente implica la entrega de sumas de dinero, mientras que la prestación del alimentante en el vitalicio es más variada y compleja, con componentes tan subjetivos como los asistenciales y afectivos, siendo en este último caso, la existencia del estado de necesidad en la persona del acreedor de los alimentos en toda su extensión, condición esencial. El contrato de vitalicio, dice, se dirige a propor-

(33) LEÑA FERNÁNDEZ, en *El Notario y la protección del discapacitado*, Madrid, 1997, pág. 127, ya proponía como medida preventiva, que las partes dejaran pactado en el contrato, para el caso de incumplimiento garantizado con hipoteca, la conversión del entonces contrato atípico de vitalicio en el de renta vitalicia.

(34) NÚÑEZ ZORRILLA, en «Comentario a los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil sobre el contrato de alimentos vitalicio», en *RGLJ*, III Época, año 2005, núm. 3, julio-septiembre, págs. 424-425.

cionar medios de subsistencia al alimentista, y ésta debe ser siempre su única finalidad y por lo tanto su causa, sin excepción alguna. Por tal motivo, el contenido de las prestaciones es en ambos contratos esencialmente distinto.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1982, contemplaba el contrato de vitalicio (precedente del vigente contrato de alimentos), como un género que tiene dos especies: 1) renta vitalicia, y 2) contrato de alimentos, por lo que, ¿no responderá el artículo 1.797 del Código Civil a dicha conceptualización jurisprudencial?

El contenido inicial del citado precepto admite la posibilidad, razonable por otro lado, de que la sustitución de una prestación por otra pueda darse no sólo de producirse la muerte del obligado a prestar alimentos, sino también *por concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes*. En este cajón de sastre, que puede darse a iniciativa de cualquiera de las partes, se quiebra el principio de identidad de la prestación debida del artículo 1.166 del Código, en cuanto de manera excepcional —o no tanto desde el momento que puede alegarse incompatibilidad de caracteres, como si de una relación matrimonial se tratase—, el deudor puede optar por el cumplimiento de otra prestación, como si de una obligación alternativa se tratase. Con ello, a mi juicio, el legislador ha restado rigurosidad a la que constituye la obligación principal, la de prestar alimentos, que sólo debería venir justificada por dos razones: la imposibilidad material por parte del deudor de cumplir la prestación, o por la excesiva onerosidad de la misma si es de tal relevancia que de encuadrarse en el supuesto de resolución por alteración de circunstancias determinarían la resolución que el deudor cumplidor hasta entonces quiere evitar vía sustitución de la prestación por una pensión.

Ciertamente, la obligación derivada de la cesión de bienes a cambio de alimentos es una obligación alternativa, determinada por el legislador y admitida con anterioridad en contratos que al amparo del artículo 1.255 del Código Civil así lo reflejaban. Pues bien, admitida esta facultad, es incuestionable aludir al carácter de la prestación de tracto duradero, que con el denominador común de estar basada en una relación de confianza, y por tanto por ser tan personalísimo el cumplimiento de la misma, no cabe plantearse, *a priori*, «el pago hecho por un tercero», ni siquiera por los herederos del obligado a la prestación. Refiere ZURITA MARTÍN (35) que precisamente por considerar el carácter de *intuitu personae* de la obligación, la atención personalizada por quien se obligó sólo puede ser realizada por ésta, sin que sea posible la sustitución por los herederos del sujeto pasivo, a tenor de lo que dispone el artículo 1.257 del Código, salvo que medie acuerdo de las partes sobre la transmisión de la obligación. Sin embargo, *si por dar cumplimiento se produce la sustitución del objeto de la obligación por una renta por parte del obligado*, ¿no estaríamos

(35) ZURITA MARTÍN, «Contratos vitalicios», *op. cit.*, págs. 284 y 285.

admitiendo ya la posibilidad del cumplimiento por un tercero que, indudablemente, tiene un claro interés en el cumplimiento de la obligación? (36). Cabe pensar que la *sustitución de una obligación personalísima por una obligación genérica determina un cambio de régimen tal, que la aplicación del artículo 1.158 se haría en toda su extensión*, en cuanto cualquiera puede hacer el pago; siendo así que las personas legitimadas para cumplir validamente, con la generalidad y generosidad que se produce en estos supuestos, entiendo, debería haberse evitado.

V. OTRAS MEDIDAS DE GARANTÍA

Es claro que todas las medidas que se adopten al tiempo de la constitución de la relación jurídica, tendentes a proteger el patrimonio del mayor, y dirigidas a garantizar alimentos, cuidados y atenciones, son beneficiosas para el cedente. Sin embargo, no es menos cierto que de no dotar al sistema de inmediatez a través de órganos de gestión y control, y de procedimientos ágiles y eficaces, el fin del pacto puede verse frustrado por haber fallecido el anciano desatendido, antes de recuperar el bien cedido. Efectivamente, cuando el tiempo avanza en perjuicio del mayor, a pesar de los principios de protección de su persona y patrimonio, a pesar de las múltiples garantías adoptadas en el contrato y, porqué no decirlo, tras la inscripción de las cláusulas, tras una no menos incesante lucha en los Registros para la anotación de las garantías (que son denegadas en ocasiones por una rigurosidad que ampara paradójicamente al que adquiere), el mayor requiere de una protección eficaz que trasciende todas sus previsiones.

(36) Piénsese en el supuesto del anciano que ha optado por celebrar un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos, precisamente porque ha querido ser amparado en toda su extensión, excluyendo con ello la posibilidad no deseable de cesión de bienes a cambio de renta. ¿Es oportuno, en ese caso, que la ley supla una voluntad no querida por el otorgante-cedente? ¿No es un derecho de este disponente elegir la contraprestación?, ¿por qué el legislador suple una voluntad obstativa? A mayor abundamiento, imaginemos el supuesto en que el obligado a prestar alimentos, a sabiendas, una vez le ha sido transmitido el derecho, opta por aplicación del artículo 1.792 a la sustitución por una pensión. Esta renta, es indudable que será o no abonada por el obligado, puesto que en virtud del artículo 1.158, cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, puede hacer el pago. Llegados a este punto, es evidente que el heredero del obligado inicialmente a dar alimentos, devenido en obligado a pagar una renta, tiene un claro interés en que se dé el cumplimiento de la prestación que «consolide» en todo caso la cesión de bienes.

1. ÓRGANOS DE GESTIÓN Y SUPERVISIÓN

El artículo 1.797 prevé soluciones legislativas ya conocidas, aplicadas y admitidas con anterioridad: *Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria*. Pues bien, estas posibilidades de garantizar el cumplimiento de la prestación es, en muchas ocasiones, ineficaz. Bien es cierto que el panorama legislativo ha cambiado en los últimos años, y que las necesidades sociales y las reformas legislativas, derivadas de la Constitución Española, obligan a reconsiderar la necesidad de recuperar determinadas figuras que inicialmente fueron recogidas en el Código Civil, y que en la actualidad, dada la problemática planteada, se considerarían de gran utilidad: el Consejo de Familia, pero que también se hace preciso, como ya hemos apuntado, dotar al sistema de la máxima efectividad y garantía, a través de procesos rápidos y eficaces y de la creación de Tribunales con cierta sensibilidad en la materia y que sean capaces de dar la respuesta más adecuada ante las situaciones de incumplimiento y desasistencia.

A mi entender, el resultado de este análisis no hace más que plantear una buena dosis de interrogantes que, sin lugar a dudas, no hace sino alentar el afán de nueva revisión que ayude a perfilar el verdadero sentido de la protección a los mayores, y aunque pueda parecer un tema muy recurrido es indudable que cualquier relación de Derecho Privado que afecte a los derechos más elementales de la persona, especialmente a los de un sector tan necesitado de protección, y al que individualmente se le produce un daño irreparable, denota la necesidad, no ya de responder a un deber de indemnizar para resarcir al perjudicado en sus propios intereses lesionados, sino la necesidad de dotar de la máxima protección posible de sus intereses que devienen en colectivos o sociales, puesto que *la producción del daño también se proyecta sobre el sistema socio-económico general*, en cuanto el denominado «bienestar social» deriva no sólo de la facultad de exigir el cumplimiento o de resolver, sino de la prevención misma del daño.

2. EL ARBITRAJE

La Ley 51/2003, de «Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad», en el apartado II de la Exposición de Motivos potencia como medida de defensa que revierte en las condiciones personales y patrimoniales del sujeto, el recurso al arbitraje. Efectivamente, para dar respuesta rápida y eficaz, y con el mínimo coste,

se ha regulado y aceptado de manera rápida el recurso al arbitraje. Su regulación inicial, por Ley 36/1988, de 5 de diciembre, contemplada nuevamente en la LEC 1/2000, de 7 de enero (sin precedentes en la anterior LEC 1881), consolida esta figura, que de acuerdo con los artículos 1 y 5.1.º de la Ley de Arbitraje de 1988, definió como la institución mediante la cual las personas naturales o jurídicas someten, por medio de una declaración de voluntad (convenio o testamento) a la decisión de uno o varios árbitros, las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, comprometiéndose a acatar la resolución del tercero que culmina mediante el laudo arbitral. El contrato o convenio arbitral está regulado actualmente en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (37), y supletoriamente por las normas del Código Civil. Ahora bien, sabido es que el origen del arbitraje está siempre en la voluntad de las partes (al igual que en la mediación), y que podrá adoptar cualquier forma, incluso la de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente (art. 9.1 LA), siendo susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición (art. 2.1 LA); si bien, en la medida en que el arbitraje deriva en el laudo arbitral, con efecto de cosa juzgada (art. 43 LA), y excluye por tanto la posibilidad de acudir a los tribunales, ha de tener necesariamente carácter facultativo, debiendo estimarse inconstitucionales las normas que impongan cualquier tipo de arbitraje obligatorio, como así se refiere en la STC 174/1995. Refiere el artículo 43 que cuando el laudo deviene en firme, *produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*. Ahora bien, por su inmediatez y firmeza, constituye sin duda, una clara garantía para el cedente.

(37) Refiere la Exposición de Motivos que la nueva Ley de Arbitraje se dicta con conciencia de los innegables avances que su precedente, la Ley 39/1988, supuso para la regulación y modernización del régimen de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico. Es claro, que *durante su vigencia se ha producido una notable expansión del arbitraje en nuestro país; ha aumentado en gran medida el tipo y el número de relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, para las que las partes pactan convenios arbitrales; se ha asentado el arbitraje institucional; se han consolidado prácticas uniformes, sobre todo en arbitrajes internacionales; se ha generado un cuerpo de doctrina estimable, y se ha normalizado la utilización de los procedimientos judiciales de apoyo y control del arbitraje*. Nuestro legislador deja claro que en la nueva regulación, su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, *teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional*.

3. AMPARO PENAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FAMILIARES

Sin duda, la tipicidad que introduce la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, por la que se determina en el artículo 618, 2, como autor de una falta, a quien *incumpliera obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito*, y en el artículo 619 en el que se sanciona a *quienes dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados, abre nuevas vías de búsqueda de soluciones efectivas para el cumplimiento de las obligaciones contractuales ante la insuficiencia de las medidas garantes del patrimonio del mayor en el ámbito civil*.

Del examen del supuesto contemplado en los artículos 618, párrafo 2.º y 619 del Código Penal bajo la rúbrica sobre *faltas contra las personas*, se infiere que atendiendo a la interrelación de las dos ramas del Derecho, y considerando subsumible en el incumplimiento de las obligaciones planteado no sólo el de las prestaciones económicas, sino también el abandono de otras obligaciones, como es la asistencia, cuidados y atenciones, en definitiva el abandono de mayores, es claramente posible obtener una mayor eficacia en la ejecución de las obligaciones contractuales derivadas de los actos de disposición otorgados. No obstante, es preciso determinar que dicha eficacia devine en inmediata, *si el acuerdo es aprobado judicialmente*, aunque sea a través de un proceso de jurisdicción voluntaria, que dota al mismo acto de disposición realizado por el mayor, de una protección adicional y claramente eficaz. Sin embargo, es necesario precisar que *el supuesto objeto de protección por la Jurisdicción Penal, aunque tenga su origen en la Jurisdicción Civil, no sólo es posible cuando el incumplimiento lo es de obligaciones familiares*, ex lege, también, *entiendo, cuando exista obligación de origen contractual, de prestar cuidados y atenciones a una persona en edad avanzada o discapacitada*, con el mismo contenido que la obligación de origen legal, aún cuando los sujetos no estén obligados a darse alimentos por vínculos familiares, a tenor de lo dispuesto en el artículo 619 CP, que sanciona a *quienes dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados*.

Así las cosas, no es baladí afirmar que el legislador sigue configurando tipos penales especialmente referidos al incumplimiento de obligaciones familiares *ex lege*, pero también, entiendo, respecto de obligaciones de asistencia, cuidado y alimentos de origen contractual.

Sin embargo, resulta paradójico que amparando el legislador supuestos específicos más allá del incumplimiento de las obligaciones familiares, en cuanto alcanzan también a las obligaciones contractuales respecto de personas de edad avanzada o discapacitada en el artículo 619 del Código Penal, *no contemple dentro del Libro II del Código Penal (De los delitos y sus penas), en el Título XII (Delitos contra las relaciones familiares), una norma que condene a quien en la misma línea que la contenida en el artículo 619 CP, deje de prestar asistencia a la persona de edad avanzada o discapacitada que dependa de sus cuidados. Es más, los artículos 226 y 227 del referido texto legal, nada más que contemplan el supuesto del incumplimiento de la obligación ex lege de dar alimentos entre familiares, dejando al margen el supuesto de desobediencia de obligaciones de origen contractual que deriven de actos de disposición entre sujetos no obligados ex lege a prestarse alimentos, aún cuando se trate de una obligación aprobada judicialmente.*

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VIII, vol. 2.º, artículos 618 a 656, EDERSA, 1986.
- AMORÓS GONZÁLBEZ, *La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho*, Curso de Conferencias, 1945, Ilustre Colegio Notarial de Valencia.
- AMORÓS GUARDIOLA, «El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles», en *RCDI*, 1972, enero-febrero.
- ÁVILA NAVARRO, *La hipoteca; estudio registral de sus cláusulas*, Madrid, 1990.
- BÁDENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995.
- BELTRÁN DE HEREDIA, *La renta vitalicia*, Madrid, 1963.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La cláusula de reserva del dominio*, Madrid, 1971.
- CABELLO DE LA SOTA, «La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas», en *AAMN*, T. V, Madrid, 1950.
- CASAS VALLÉS, «La reserva de dominio en la venta de inmuebles», en *RJC*, 1986.
- CASALS COLLDECARRERA, «Contrato a favor de tercero», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. V, Barcelona, 1953.
- CASTILLO MARTÍNEZ, *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999.
- CHILLÓN PEÑALVER, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Ed. Edersa, Madrid, 2000.
- CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971.
- DE BUEN, «La estipulación en provecho de tercero», en *RGLJ*, núm. 142, 1923.
- DE LOS MOZOS, «El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial», en *Revista de Derecho Privado*, 1978.
- DEL MORAL Y DE LUNA, «La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta», en *RDP*, 1952.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10.ª ed., Madrid, 2001.
- *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/2, Madrid, 1998.

- DOMÍNGUEZ RODRIGO, «La revocación de la donación modal», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983.
- GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, 1992.
- GÓMEZ LAPLAZA, «Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos», en *Revista de Derecho Privado*, marzo/abril de 2004.
- GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, T. XXII-1.º (arts. 1.802-1.808), Madrid, 1982, pág. 381 y sigs.
- LEÑA FERNÁNDEZ, *El Notario y la protección del discapacitado*, Madrid, 1997.
- MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ ORTEGA, *El contrato de alimentos: Formularios y recopilación de jurisprudencia*, Dykinson, 2007.
- MESA MARRERO, *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Ed. Thomson-Aranzadi, 2009.
- NIETO ALONSO, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Ed. Trivium, Madrid, 1988.
- NÚÑEZ ZORRILLA, *El contrato de alimentos vitalicio*, Madrid, 2003.
- «Comentario a los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil sobre el contrato de alimentos vitalicio», en *RGLJ*, III Época, año 2005, núm. 3, julio-septiembre.
- PACHIONNI, *Los contratos a favor de terceros*, traducido por Francisco Javier OSSET, Madrid, 1948.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, T. II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Madrid, 2001.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, «Notas preliminares para el estudio del nuevo contrato de alimentos», en *La Notaria*, Col.legi de Notaris de Catalunya, núm. 4, abril de 2004.
- PRADA GONZÁLEZ, «La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos?», en *AAMN*, T. XVI, 1968.
- QUINONERO CERVANTES, *La situación jurídica de renta vitalicia*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 1979. También en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- RAMS ALBESA, en LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Madrid, 2002.
- REBOLLEDO VARELA, «El contrato de vitalicio (especial consideración de su regulación en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia)», en *AC*, 1996.
- RIVERA FERNÁNDEZ, *La posición del comprador en la venta a plazo con pacto de reserva de dominio*, Valencia, 1994.
- RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil II*, vol. 1, Madrid, 1999.
- ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, T. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1979.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, «La donación con cláusula de reserva de la facultad de disponer», en *AAMN*, T. XVI, 1968.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, «La naturaleza *ob rem* de la obligación de renta vitalicia», en *RCDI*, 1980, pág. 1335 y sigs.

TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho Civil*, Madrid, 1967.
ZURITA MARTÍN, *Contratos vitalicios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
— *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, 2004.

RESUMEN

ASEGURAMIENTO PATRIMONIO
MAYORES/DISCAPACITADOS

La obligación ex lege de «dar alimentos entre parientes» deriva de la regulación contemplada en el Código Civil español, artículos 142 y siguientes. A dicha regulación se suma, en paralelo, la obligación contractual, que tras entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de «Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», introduce el denominado «contrato de alimentos» en los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil, dentro del Libro IV, Título XII, Capítulo II, en virtud del cual, se pueden incluir, entre otras medidas de garantía para el aseguramiento del patrimonio del cedente, otras previsiones negociales, que propuestas por el legislador unas, y fuera de la regulación propia del contrato de alimentos, otras, garantizan, a quien cede, los alimentos, asistencia y cuidados precisos. Soluciones legislativas que, de haberse pactado, en aras de proteger el patrimonio del cedente, pueden devenir, en muchas ocasiones, en ineficaces, especialmente cuando el sujeto legitimado para exigir el cumplimiento, es persona mayor con sus facultades minoradas.

Mención especial merece la facultad de desistir conferida a cualquiera de las partes obligadas (art. 1.792 CC), al permitir la conversión del inicial contrato de alimentos, en contrato de renta vitalicia, con la consiguiente quiebra del principio de identidad de la prestación debi-

ABSTRACT

PROPERTY ASSURANCE
ELDERLY/DISABLED

The ex lege obligation «to provide support among relatives» stems from the regulation envisaged in the Spanish Civil Code, articles 142 et seqq. To that regulation is added the parallel contractual obligation that was introduced, after the entry in force of Act 41/2003 of 18 November (on the protection of the assets of persons with disabilities and the amendment of the Civil Code, the Civil Proceeding Act and tax legislation for this purpose), by what is termed a «support contract» in articles 1791 to 1797 of the Civil Code (in Book IV, title XII, chapter II). Among the security measures to assure the property of the assigner under such a contract, other business provisions can be included. Some of these provisions are proposed by legislation, outside the customary regulations governing support contracts; others guarantee the assigning person will receive the food, aid and care he or she requires. When such legislative solutions are arranged to protect the assigner's property, they can on many occasions become ineffectual, especially when the individual who has the standing to demand compliance is an elderly person of diminished faculties.

Special mention should go to both parties' faculty to abandon the contract (CC, art. 1792) upon allowing the initial support contract to be converted into a life annuity agreement. When this happens, the principle of identity of the consideration owed is broken (twisted from what we might regard as an extremely

da (de obligación, que podríamos calificar de personalísima, a obligación genérica), en perjuicio, probablemente, de la parte más débil en el contrato.

El incumplimiento de lo pactado, con indudable incidencia en la vida del mayor, y probablemente también con daño para las Administraciones Públicas —que se verán obligadas a dar asistencia y cuidados al desasistido—, no encuentra tampoco el amparo legal suficiente en el ámbito penal, en cuanto penaliza, con rigor, el incumplimiento de las obligaciones familiares, y muy vagamente esas mismas prestaciones nacidas de pactos.

personal obligation to a generic obligation), probably to the detriment of the weaker party to the contract.

Breach of contract would have an indubitable impact on the life of the elderly person and would probably also be injurious to government (which will be obligated to provide the insufficiently assisted elderly person with aid and care). Yet insufficient coverage is provided by criminal law, which harshly penalizes breach of family obligations and only very vaguely penalizes breach of the same obligations if they are born of agreements.

(Trabajo recibido el 31-8-20009 y aceptado para su publicación el 20-9-2010)

DERECHO COMPARADO

Aspectos de Derecho Internacional Privado en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007): Nuevos modelos de análisis

por

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II. SISTEMA DE FUENTES APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO.
- III. ARTÍCULO 6 DEL REGLAMENTO ROMA I.
- IV. TIPO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU: *NORMAS DE EXTENSIÓN*.
- V. DIRECTIVAS COMUNITARIAS RECOGIDAS EN EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU:
 1. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: DIRECTIVA 93/13:
 - A) *Elección de ley a favor de un tercer Estado.*
 - B) *Estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.*
 2. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA: DIRECTIVA 97/7.
 3. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE GARANTÍAS: DIRECTIVA 99/44.

- VI. CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU FRENTE A LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE CONSUMIDORES:
 1. VÍNCULO ESTRECHO CON LA UNIÓN EUROPEA.
 2. CUALQUIERA QUE SEA LA LEY ELEGIDA POR LAS PARTES PARA REGIR EL CONTRATO.
- VII. RELACIONES ENTRE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I, LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU:
 1. RELACIONES ENTRE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU.
 2. RELACIONES ENTRE EL REGLAMENTO ROMA I Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU.
 3. RELACIONES ENTRE EL REGLAMENTO ROMA I Y LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE CONSUMO.
- VIII. ARTÍCULO 67 TR-LGDCU Y ARTÍCULO 3.4 DEL REGLAMENTO ROMA I.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. El Reglamento número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales —en adelante «Roma I»—, *DOUE* L 177 de 4 de julio de 2008 (LCEur 2008, 1070), regula en su artículo 6 la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumo. Sin embargo, no es la única norma de Derecho Internacional Privado que regula en la Unión Europea este problema. Existen varias Directivas Comunitarias en materia de consumidores que determinan su ámbito de aplicación en el espacio. A saber: la Directiva 93/13 CE, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo; la Directiva 97/7 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; y la Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de venta y garantías de los bienes de consumo.

Se trata de normas unilaterales comunitarias que determinan el ámbito de aplicación en el espacio del Derecho Privado Comunitario en aras de los intereses de los consumidores, frente a las normas de conflicto multilaterales recogidas en el Reglamento Roma I (1). En principio las Directivas Comunitarias tienen su propio ámbito de aplicación en el espacio, por lo que el Reglamento Roma I no debería inmiscuirse en su aplicación.

(1) A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 11-112; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 71-74 y 287.

2. Esta multiplicidad de fuentes comunitarias crea una cierta complejidad en los operadores jurídicos, básicamente por dos razones.

En primer lugar, porque rompe la unidad de fuentes del Derecho Internacional Privado contractual en la Unión Europea. En este sentido, el Reglamento Roma I, considerado como una especie de «codificación global europea en materia de contratos» (2), puede verse corregido por la presencia de estas normas de Derecho Internacional Privado que se encuentran «fuera del Reglamento Roma I» y que prevalecen sobre lo dispuesto en el Reglamento Roma I, tal y como dispone el artículo 23 del Reglamento Roma I en relación con el Considerando 40, en la medida en que no puedan aplicarse junto con la ley designada por el Reglamento Roma I. Se produce, de este modo, una «erosión del Reglamento Roma I» (3).

En segundo lugar, estas Directivas constituyen un conjunto de normas de Derecho Internacional Privado «para los supuestos intracomunitarios» (4). Se crean así «dos sistemas de Derecho Internacional Privado»: uno para los supuestos internacionales «no comunitarios», y otro para los supuestos internacionales pero «intracomunitarios», sin definir claramente la diferencia entre unos supuestos y otros (5).

(2) I. J. BENNETT, «The Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations», en *CMLR*, 1980, vol.17, págs. 269-277; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pág. 73; G. SACERDOTI, «Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma. La volontà delle parti come criterio di collegamento», en G. SACERDOTI/M. FRIGO (coord.), *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2.^a ed., Giuffrè, Milán, 1994, págs. 1-16; R. VANDER ELST, «L'unification des règles de conflits de lois dans la CEE», en *Journal des Tribunaux*, 1973, págs. 243-254.

(3) J. BASEDOW, «Europäisches Internationales Privatrecht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, págs. 1921-1930; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pág. 287; D. MARTINY, «Europäisches Internationales Vertragsrecht – Erosion der Römischen Konvention?», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1997, págs. 107-119. En sentido similar, B. VON HOFFMANN, «Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht», en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1995, págs. 52-65; J. BASEDOW, «Europäisches Internationales Privatrecht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, págs. 1921-1939; H. J. SONNENBERGER, «Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts», en *Juristenzeitung*, 1998, págs. 982-989; S. LEIBLE, «Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVUe und in EG-Richtlinien», en H. SCHULTE-NOELKE/R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, págs. 353-382; G. FISCHER, «Das Kollisionsrecht der Verbraucherverträge jenseits von Artikel 5 EVUe», en *Festschrift für Bernhard Grossfeld*, Heidelberg, 1999, págs. 277-287.

(4) S. GRUNDMANN, «Binnenmarktkollisionsrecht – vom klassischen IPR zur Integrationsordnung», en *RabelsZ*, 2000, págs. 457-470; ID., «Das Internationale Privatrecht der E-Commerce- Richtlinie – was ist kategorial anders im Kollisionsrecht des Binnenmarkts und warum?», en *RabelsZ*, 2003, págs. 246-262.

(5) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 73-74.

3. Ahora bien, las Directivas Comunitarias no se aplican de oficio ni son de directa aplicación por los jueces de los Estados miembros de la Unión Europea. A diferencia de los Reglamentos comunitarios necesitan una Ley de transposición en cada uno de los Estados miembros. Por ello, su transposición puede variar de país a país con una clara lógica, en la mayoría de los casos, *legeforista* (6). Esta disparidad de transposiciones va a provocar la quiebra del principio de uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario; sobre todo si se tiene en cuenta que la mayoría de las Directivas Comunitarias en materia de consumidores son normas que se aplican porque el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio del Espacio Económico Europeo, sin precisar claramente qué debe entenderse por tal vinculación o en qué casos no quedaría justificada la aplicación de la normativa comunitaria.

4. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007 [Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TR-LGDCU)] tenía la difícil tarea de unificar en un solo cuerpo normativo todas las normas aplicables a los contratos de consumidores en España, incluyendo todas las normas de transposición de las Directivas Comunitarias en materia de consumidores (7). Esta labor no era nada fácil si tenemos en cuenta la cantidad de normas en materia de consumidores diseminadas por nuestro ordenamiento jurídico, su diferente contenido, el tiempo de su elaboración y los principios jurídicos en los que se habían basado (8).

Así, el artículo 67 del TR-LGDCU transpone y desarrolla lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 CE, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo; en el artículo 12 de la Directiva 97/7CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; y en el artículo 7.2 de la Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de venta y garantías de los bienes de consumo.

El artículo 67 TR-LGDCU dispone textualmente: *Artículo 67. Puntos de conexión. 1. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, serán aplicables a los consumidores y usua-*

(6) M. FALLON/S. FRANCO, «Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?», en *Private Law in the International Arena – Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague / Zürich, 2000, págs. 155-169; K. BITTERICH, «Die kollisionsrechtliche Absicherung der AGB-Richtlinie (Art. 6 Abs. 2) – Rechtszersplitterung statt Kollisionsrechtseinheit in Europa», en *Zeitschrift fuer Rechtsvergleichung*, 2002, págs. 122-133.

(7) Publicado en el *BOE* de 30 de noviembre de 2007.

(8) A. PENDÓN MELÉNDEZ, «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», en *Derecho de los Negocios*, año 19, núm. 209, febrero de 2008, pág. 6.

rios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro. 2. Las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, contenidas respectivamente en los artículos 92 a 106 y en los artículos 114 a 126, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.

5. A pesar del esfuerzo unificador del artículo 67 TR-LGDCU no existe un instrumento legislativo que garantice la aplicabilidad del Derecho Comunitario en materia de consumidores.

En la actualidad existe una iniciativa del legislador comunitario en materia de consumidores que vendría a derogar las Directivas citadas. Se trata de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, de 8 de octubre de 2008 (Documento COM 2008 614 final). Las novedades más importantes de esta Directiva respecto a las existentes son las siguientes, tal y como se señala en su Exposición de Motivos:

- a) Las Directivas objeto de reexamen contienen cláusulas de armonización mínima, lo que significa que los Estados miembros pueden mantener o adoptar normas más estrictas de protección de los consumidores. Los Estados miembros han hecho amplio uso de esta posibilidad. El resultado es un marco normativo fragmentado a través de la Comunidad, que ocasiona unos costes significativos de cumplimiento a las empresas que desean realizar transacciones transfronterizas. La propuesta se aleja del enfoque de armonización mínima de las cuatro Directivas existentes (que permite a los Estados miembros mantener o adoptar normas nacionales más estrictas que

las establecidas en la Directiva) para adoptar un enfoque de armonización plena (que prohíbe a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones divergentes de las establecidas en la Directiva). Como tendremos ocasión de comprobar, el texto del artículo 67 TR-LGDCU es parcialmente incompatible con las Directivas en materia de consumidores citadas, justamente por el poder que tienen los Estados a la hora de transponer las Directivas en su propio ordenamiento jurídico.

- b) La Exposición de Motivos también señala que las normas sobre conflicto de leyes, como las incluidas en el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, no abordan este problema. Con arreglo al Reglamento Roma I, los consumidores que contratan con un comerciante extranjero no pueden ser privados de la protección que les proporcionan las normas de aplicación obligada de su país de origen. Parece que la Propuesta de Directiva quisiera quitar importancia a la determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumo. Ya de hecho, el artículo 3.4 del Reglamento Roma I parte de la armonización del Derecho Comunitario del que las partes no pueden disponer, a pesar de haber elegido la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea, cuando el contrato está conectado con uno o varios de los Estados miembros de la Unión Europea. Y como el legislador comunitario sabe que tal armonización no es plena señala que se aplicará el Derecho Comunitario tal como se aplica en el Estado miembro del foro. Actitud *legiforista* que ha sido muy criticada, tal y como se verá a continuación.

6. Uno de los problemas más graves que existe en la regulación de los contratos de consumidores es la coordinación en la aplicación de las normativas comunitarias de Derecho Privado existentes en materia de consumidores. Así, por un lado, el operador jurídico se encuentra con el Reglamento Roma I y, por otro lado, las Directivas Comunitarias en materia de consumidores y las leyes de transposición de dichas Directivas, como el TR-LGDCU.

II. SISTEMA DE FUENTES APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO

7. Encontrar la norma aplicable a la determinación del Derecho que debe regir un contrato internacional de consumidores no es tarea fácil para los operadores jurídicos. Por ello, se hace necesario establecer previamente el sistema de fuentes al que el operador jurídico se enfrenta a la hora de aplicar la normativa protectora en materia de consumidores:

1.º) Por un lado, el Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 [DOUE L 177, de 4 de julio de 2008 (LCEur 2008, 1070)], sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) —ya citado— que ha venido a sustituir al Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 (LCEur 1980, 398) (en adelante CR) —salvo para Dinamarca—, que dejó de aplicarse a partir del 17 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual ha entrado en vigor el Reglamento Roma I, respecto a los contratos internacionales celebrados a partir de esa fecha (9). Esta normativa comunitaria no establece de forma directa y material las normas protectoras aplicables a los contratos internacionales de consumo sino que, a través de normas de conflicto, las normas más importantes de Derecho Internacional Privado, nos señalan de entre los ordenamientos jurídicos conectados con el contrato internacional de consumidores cuál de ellos es el aplicable. Se trata de una normativa de remisión que no soluciona de forma material y sustantiva los problemas, sino que remite la solución material del caso a un ordenamiento jurídico concreto, que puede ser el del foro o el de un tercer Estado. Dicho de otro modo, el Reglamento Roma I sólo determina la Ley aplicable a los contratos internacionales en los que interviene un consumidor.

(9) Sobre el Reglamento Roma I, vid., T. BALLARINO, «Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto», en *CDT*, vol. 1, núm. 1, marzo de 2009, págs. 5-18; A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 11-112; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009; S. FRANCO, «Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements...», en *JDI Clunet*, 136, 1, 2009, págs. 41-69; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», en *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, versión *on line*; H. KENFACK, «Le règlement (CE), núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?», en *JDI Clunet*, 136, 1, 2009, págs. 3-39; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», en *RCDIP*, 97, 4, 2008, págs. 727-780; O. LANDO/P. A. NIELSEN, «The Rome I Regulation», en *CMLR*, 45, 2008, págs. 1687-1725; S. LEIBLE/M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom I”)», en *RiW*, 8, 2008, págs. 528-544; L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo Regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução», en *Id.*, *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, 2009, págs. 401-471; P. MANKOWSKI, «Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», en *IHR*, 2008, págs. 133-152; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

- 2.º) Por otro lado, las Directivas Comunitarias, que son objeto de transposición en cada uno de los Estados miembros, como son la Directiva 93/13, la Directiva 97/7 y la Directiva 99/44, ya citadas. Se trata de una normativa material y directa, a diferencia de las normas de conflicto, que no regulan la Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados por un consumidor, pero que contienen normas que limitan la autonomía de las partes cuando se elige el Derecho de un tercer Estado en aras de la aplicación del Derecho Comunitario protector de los consumidores.
- 3.º) Y, por último, las Leyes de transposición de las Directivas Comunitarias, a través del artículo 67 TR-LGDCU, que sí fijan de forma directa, sustantiva y material las normas de protección de los contratos internacionales de consumidores, pero que al tratarse de una normativa reguladora de contratos internos de consumo, excepcionalmente aplicable a los contratos internacionales de consumidores cuando se den las circunstancias contempladas en el artículo 67 TR-LGDCU, tampoco fija la Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados entre un consumidor y un profesional.

8. El problema que surge es la compatibilidad de la aplicación de todas estas normativas materiales y conflictuales a los contratos internacionales de consumo. A pesar de la complementariedad de los textos comunitarios, en realidad la aplicación de esta normativa material y conflictual comunitaria aplicable a los contratos internacionales de consumo se hace muy complicada.

La característica más importante, común a todas las normas que regulan la Ley aplicable a los contratos de consumidores, es la restricción de la autonomía de la voluntad de los contratantes en aras de la protección del consumidor, especialmente si es un consumidor comunitario. Partiendo de esta premisa, se hará un estudio de las normas aplicables a los contratos de consumo en la Unión Europea.

III. ARTÍCULO 6 DEL REGLAMENTO ROMA I

9. Sin ánimo de exhaustividad, y a modo de resumen para poder entender la relación del Reglamento Roma I con el Derecho Comunitario armonizado en materia de consumo, se hará una breve referencia a la regulación de la Ley aplicable a los contratos de consumidores. El artículo 6 del Reglamento Roma I es una norma de conflicto multilateral que establece la Ley aplicable a los contratos de consumidores sobre la base de la restricción de la autonomía de la voluntad conflictual buscando la mayor protección del consumidor. La ley rectora de un contrato internacional de consumidores es la

Ley del país de residencia habitual del consumidor, salvo que las partes hayan elegido otra ley estatal que disponga un mayor nivel de protección para el consumidor (art. 6.2 del Reglamento Roma I) (10).

El artículo 6 del Reglamento Roma I protege la posición jurídica de los consumidores porque no tienen el mismo «poder de negociación». Por ello existe un alto riesgo de que la «elección de Ley» sea, realmente, y con mucha frecuencia, una «Ley impuesta» por el empresario o profesional al consumidor, que no tiene otra salida que aceptar dicha «elección de Ley» si quiere contratar.

10. Según este precepto son dos los puntos de conexión subsidiarios que utiliza el legislador para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumidores: la Ley elegida por las partes siempre que disponga de un mayor nivel de protección que la Ley de la residencia habitual del consumidor y, en su defecto, la Ley de la residencia habitual del consumidor (11):

- 1.º) Autonomía de la voluntad conflictual limitada. Tal y como establece el artículo 6.2 del Reglamento Roma I, la Ley elegida no puede privar al consumidor de la «protección que le proporcionen las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo y contenidas en la Ley del país en que dicho consumidor tenga su residencia habitual». Esta disposición que, en principio parece clara, no lo es tanto si se tiene en cuenta que no establece los mecanismos para comprobar si efectivamente la Ley elegida no ha sido impuesta por el empresario al consumidor y, sobre todo, partiendo de que es una elección válida libremente elegida por las partes, cómo, quién y en qué momento se decide si la Ley elegida es más o menos protectora que la Ley de la residencia habitual del consumidor (12). En cuanto al cómo, la mejor solución es aplicar la Ley elegida por los particulares corregida por las normas más favorables en materia de consumidores de la Ley de la residencia habitual del consumidor (13).

(10) A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, pág. 86, con especial atención a la nota a pie núm. 185 sobre la extensísima bibliografía sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumo.

(11) H. KENFACK, «Le règlement (CE) núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I"), navire stable aux instruments efficaces de navigation?», en *JDI Clunet*, 136, 1, 2009, pág. 33.

(12) A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, pág. 104.

(13) G. PIZZOLANTE, «I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, pág. 229.

En cuánto al quién y en qué momento, son cuestiones procesales que deben regirse por la *lex fori*.

- 2.º) Ley de la residencia habitual del consumidor. Tal y como establece el artículo 6.1 del Reglamento Roma I, la Ley objetivamente aplicable, en defecto de elección, es la Ley de la residencia habitual del consumidor. Este punto de conexión hay que tenerlo en cuenta en el momento de la celebración del contrato, *ex* artículo 10.3 del Reglamento Roma I. Esta Ley debe aplicarse, aunque no sea la más favorable para el consumidor. No se trata de una norma de conflicto materialmente orientada (14). Se trata de una Ley previsible para las partes con la que el consumidor se encuentra familiarizado y que, en caso de litigio, supone un ahorro de costes, pues coincide con el *forum* (art. 16 del Reglamento 44/2001) (15). Ello es así porque el Reglamento Roma I sólo se centra en los consumidores pasivos y no en los consumidores activos que se trasladan a un país extranjero, distinto al de su residencia habitual, por propia iniciativa para consumir.

11. El artículo 6 del Reglamento Roma I define como contrato de consumo: «el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, siempre que el profesional: *a*) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o *b*) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera incluido en el ámbito de dichas actividades» (art. 6.1 del Reglamento Roma I).

Cuando no se reúnan estos requisitos, la ley aplicable se determinará conforme a las reglas generales del Reglamento Roma I (arts. 3 y 4) (art. 6.4 del Reglamento Roma I). En definitiva, la norma de conflicto especial para los contratos internacionales de consumidores sólo regula aquellos contratos que reúnen ciertas *condiciones*, que la mejor doctrina, considera *subjetivas, materiales y espaciales*. Faltando cualquiera de ellas, la cuestión de la determinación de la ley aplicable al contrato internacional se resuelve conforme a las normas de conflicto generales del Reglamento Roma I. En cuanto a lo que se refiere a las condiciones «materiales», todo contrato celebrado

(14) P. BERTOLI, «Il ruolo della Corte di giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento “Roma I”», en P. FRANZINA (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I» – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 de marzo de 2006*, Padova, 2006, págs. 9-28, esp. págs. 19-20.

(15) G. PIZZOLANTE, «I contratti con i consumatori e la nuova disciplina comunitaria in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, pág. 226.

entre profesional y consumidor está cubierto por el artículo 6 del Reglamento Roma I (16). En cuanto a las condiciones «subjetivas», el artículo 6 del Reglamento Roma I exige, para su propia aplicación, que el contrato haya sido celebrado entre un «consumidor» y un «profesional», entendiendo por consumidor la persona física que celebra un contrato «para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional» (17). Por tanto, de ningún modo las personas jurídicas pueden ser consumidores a efectos del Reglamento Roma I. Por último, en lo que se refiere a las condiciones «espaciales», el artículo 6.1 *in fine* del Reglamento Roma I exige también que concurra algún factor que permita «localizar», total o parcialmente, la operación de consumo en el «Estado de residencia habitual» del consumidor. Protege así, exclusivamente, al llamado «consumidor pasivo», que es un consumidor que se ve «asaltado» en su país por ofertas de consumo procedentes de empresarios y profesionales radicados en el extranjero. El consumidor pasivo, por tanto, no provoca la internacionalidad del contrato (18). Sin embargo, el Reglamento Roma I no protege a los consumidores activos, es

(16) Vid. S. LEIBLE/M. LEHMANN, «Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom I")», en *RfW*, 8, 2008, págs. 528-544, concr. pág. 537; P. MANKOWSKI, «Consumer Contracts under Article 6», en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (eds.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20^e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zürich, 2008, pág. 123; D. SOLOMON, «Verbraucherverträge», en F. FERRARI/S. LEIBLE (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, págs. 96-97.

(17) Vid., *ad ex*, A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 94-98; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 271-275; F. DENKINGER, *Der Verbraucherbegriff: eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzbereichen in Europa*, Berlin, 2007; E. H. HONDIUS, «The notion of consumer: European Union versus Member States», en *The Sidney Law Review*, 28, 1, 2006, págs. 89-98; D. MARTINY, «Verbraucherverträge», en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6.^a ed., Köln, 2004, págs. 645-703, concr. págs. 662-664; M. L. ULTSCH, *Der einheitliche Verbraucherbegriff: §§ 13, 14 BGB: nationale Vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben*, Baden-Baden, 2006; K.-U. WIEDENMANN, *Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff im deutschen und europäischen Privatrecht: eine Untersuchung zur Störung der Vertragsparität im Verbraucher-Unternehmer-Verhältnis und den Instrumenten zu deren Kompensation*, Frankfurt am Main, 2004.

(18) L. RADICATI DI BROZOLO/F. SALERNO, «Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa», en P. FRANZINA (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I» – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 de marzo de 2006*, Padova, 2006, págs. 1-8, esp. pág. 6; A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 98-100; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 277-281.

decir, a los consumidores que se desplazan al país del empresario en busca de unas buenas condiciones contractuales. Dicho de otro modo, los contratos de consumo celebrados entre un empresario y un consumidor activo se regularán por las normas generales aplicables a los contratos internacionales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I (art. 6.3 del Reglamento Roma I). Podría pensarse que los consumidores quedan desprotegidos por el simple hecho de ser activos, sin embargo, estos consumidores activos quedan protegidos por las Directivas Comunitarias en materia de consumo ya citadas y las normas de transposición de las mismas en cada uno de los ordenamientos jurídicos que deben aplicarse con prioridad a lo dispuesto en el Reglamento Roma I, *ex* artículo 23 del Reglamento Roma I. Así lo señala también expresamente el artículo 3.4 del Reglamento Roma I.

12. En resumen, en el caso de contratos celebrados por consumidores en las condiciones materiales, subjetivas y espaciales exigidas por el artículo 6 del Reglamento Roma I, el contrato se regirá por la Ley elegida por los contratantes si se verifican las exigencias del artículo 6.2 del Reglamento Roma I y, en su defecto, por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor.

IV. TIPO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU: *NORMAS DE EXTENSIÓN*

13. Con la expresión «Puntos de conexión», el artículo 67 TR-LGDCU regula una serie de casos en los que, con independencia de la ley elegida por las partes para regir el contrato de consumo, las normas de protección frente a las cláusulas abusivas, recogidas en los artículos 82 a 91 TR-LGDCU, y las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, recogidas en los artículos 92 a 106 y en los artículos 114 a 126 TR-LGDCU respectivamente, son siempre aplicables, incluso aunque sean contrarias a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico elegido por los contratantes. En realidad se tratan de *normas de extensión* no de «puntos de conexión» propios de las normas de conflicto, por lo que esta rúbrica no es acertada.

14. Las *normas de extensión*, como su propio nombre indica, extienden el ámbito de aplicación espacial de una ley interna reguladora de supuestos internos a determinadas situaciones «internacionales». Esto quiere decir varias cosas:

- 1.º) Los artículos 82 a 91, así como los artículos 92 a 106 y 114 a 126 TR-LGDCU son normas de «Derecho Privado interno» que sólo se aplican a los supuestos enteramente nacionales y nunca a las «situaciones privadas internacionales». Ahora bien, como el legislador

español quiere que estos preceptos citados se apliquen también a casos «internacionales», utiliza las normas de extensión recogidas en el artículo 67 TR-LGDCU. Esta afirmación puede comprobarse cuando el artículo 67 TR-LGDCU señala que, con independencia de «la ley elegida por las partes para regir el contrato» de consumo, las normas de protección frente a las cláusulas abusivas, recogidas en los artículos 82 a 91 TR-LGDCU, y las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, recogidas en los artículos 92 a 106 y en los artículos 114 a 126 TR-LGDCU, serán siempre aplicables.

Hay que entender que este precepto se refiere a un contrato «internacional» de consumo porque es el único supuesto en las partes que pueden elegir la *lex contractus*, a través del poder que les otorga la autonomía de la voluntad *conflictual*. Se entiende que un contrato de consumidores es *internacional*, según la tesis del «elemento extranjero puro» —tesis seguida en el ordenamiento jurídico español en la mayoría de los casos— cuando el contrato presenta, al menos, un «elemento extranjero», con independencia de su naturaleza —como *ad ex* la nacionalidad o residencia habitual del consumidor—, de su intensidad —es decir, que el contrato internacional de consumo esté más o menos conectado con otros ordenamientos o Estados— y de su relevancia —es decir, la importancia objetiva del elemento extranjero en el contexto del contrato de consumidores—. En consecuencia, el «elemento extranjero» es cualquier dato presente en el contrato de consumidores que no aparece conectado con el país cuyos tribunales conocen del asunto. Para que se pueda aplicar lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU es necesario que el juez español, que conoce del litigio, compruebe que el contrato presenta algún elemento que no está conectado con el territorio o el ordenamiento jurídico español. Si el juez español comprueba que todos los elementos del contrato de consumo están localizados en el territorio español, no sería de aplicación jamás el artículo 67 TR-LGDCU que, sólo es aplicable, cuando las partes pueden elegir la *lex contractus* al contrato de consumidores, es decir, cuando el contrato de consumo es «internacional».

La consecuencia jurídica más importante de este hecho es que el contrato internacional de consumo va a dejar de regularse por el Derecho material interno español para entrar a ser regulado por normas de Derecho Internacional Privado, como es el artículo 67 TR-LGDCU, norma de extensión que permite aplicar las normas reguladoras de los contratos internos de consumo a los contratos internacionales. Si esta norma de extensión no existiera las normas

del TR-LGDCU no podrían aplicarse jamás a los contratos internacionales de consumidores.

- 2.º) El artículo 67 TR-LGDCU es una norma *pro lex fori*, puesto que sujeta los contratos internacionales de consumo al Derecho Sustantivo español, es decir, al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex fori*). Para ello es necesario que el contrato internacional de consumo esté conectado con el ordenamiento jurídico español o con el Derecho Comunitario, pues la norma de extensión contemplada en el artículo 67 TR-LGDCU, en definitiva, recorta el ámbito de aplicación de la norma de conflicto reguladora de los contratos de consumo contemplada en el artículo 6 del Reglamento Roma I, que entró en vigor el 17 de diciembre de 2009. El Reglamento Roma I ha sustituido al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo Dinamarca (art. 24.1 del Reglamento Roma I). Así el artículo 67 TR-LGDCU señala expresamente que sólo son aplicables los preceptos citados, con independencia de la ley aplicable al contrato internacional de consumo, «cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo».

Aunque el artículo 67 TR-LGDCU se refiera expresamente a puntos de conexión, ya ha quedado claro que en realidad debería decir normas de extensión, pues el artículo 67 TR-LGDCU no regula normas de conflicto en materia de consumidores, las únicas normas de Derecho Internacional Privado que contienen puntos de conexión. Las normas de conflicto en materia de contratos de consumo nos señalan, entre los distintos ordenamientos vinculados al contrato internacional de consumo, cuál de ellos debe regular la situación. Por tanto, emplea un método de reglamentación «indirecto» cuyo cometido es «localizar» el contrato internacional de consumo en un país concreto, y su ordenamiento jurídico proporcionará la solución concreta a la situación privada internacional objeto del litigio. La norma de conflicto es la norma más utilizada por el Derecho Internacional Privado en todos los países. Su estructura es muy peculiar porque está formada por un supuesto de hecho, un punto de conexión y una consecuencia jurídica. En nuestro caso, el supuesto de hecho es el contrato internacional de consumo, los puntos de conexión los fijados por las normas de conflictos recogidas en el Reglamento Roma I, y la consecuencia jurídica la aplicación bien, de la ley elegida por las partes, o bien de la ley designada mecánicamente a través de los puntos de conexión objetivos recogidos en el Reglamento Roma I citado. El punto de conexión es aquella circunstancia empleada por el legislador para señalar el Dere-

cho aplicable a una situación privada internacional, que expresa un vínculo entre un supuesto internacional y un determinado país. Ahora bien, las normas de conflicto recogidas por el Reglamento Roma I se van a ver desplazadas por las Directivas Comunitarias en materia de contratos de consumo y por las Leyes de transposición de las mismas, como establece el artículo 67 TR-LGDCU, siempre que se esté conociendo por un juez español y se cumplan las condiciones de aplicación del Derecho armonizado del Estado español (19).

V. DIRECTIVAS COMUNITARIAS RECOGIDAS EN EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU

15. El Texto Refundido de 2007 supone una transposición de las numerosas Directivas existentes en materia de consumidores. En concreto, por lo que a efectos del artículo 67 nos interesa, las Directivas que nos atañen son las siguientes:

- a) Artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo:
«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad».
- b) Artículo 12 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia:
«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros».
- c) Artículo 7.2 de la Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo:

(19) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm 2/2009, versión *on line*, págs. 8-9.

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando éste presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros».

16. Se trata de Directivas de «tercera generación» porque incorporan la obligación de los Estados de asegurar que el consumidor no pierda la protección que ofrecen las Directivas debido a la elección de una Ley de un tercer Estado en los casos en los que el contrato presenta vínculos estrechos con el territorio de los Estados miembros. Regulan de forma especial el ámbito de aplicación espacial de las Directivas a relaciones internacionales en las que interviene un consumidor (20). Tanto la Directiva en materia de contratos a distancia como la Directiva sobre garantías de los bienes de consumo recogen la misma formulación que la Directiva en materia de cláusulas abusivas. Por ello, todos los problemas que plantea la transposición de la Directiva, relativa a las cláusulas abusivas con los instrumentos normativos previos aplicables a los contratos de consumidores se pueden trasladar a los supuestos de integración de las Directivas sobre contratos a distancia y garantías.

17. Los preceptos de Derecho Internacional Privado, contenidos en estas Directivas, indican que los derechos reconocidos al consumidor por tales Directivas pueden hacerse valer (21):

- 1.º) Aunque las partes hayan elegido como Ley aplicable al contrato, la Ley de un «tercer Estado» o «Estado no miembro».
- 2.º) Siempre que el contrato presente una «estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad» (Directiva 93/13, relativa a las cláusulas abusivas), un «vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros» (Directiva 97/7, relativa a los contratos a distancia, y Directiva 2002/65, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros), o un «vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros» (Directiva 99/44, relativa a la venta y garantías de bienes de consumo). De este modo, si el contrato está de algún modo «vinculado con la Unión Europea», el consumidor se beneficia de los derechos que le concede el Derecho comunitario material, sin que ello se vea perjudi-

(20) B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, 2003, págs. 128-130; P. DE MIGUEL ASENSIO, «Mercado global y protección de los consumidores», en L. COTINO HUESO (dir.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 174-175.

(21) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 291-292.

cado por el hecho de que el profesional haya impuesto en el contrato una cláusula de elección de Ley aplicable al contrato en favor del «Derecho de un tercer país».

1. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: DIRECTIVA 93/13

18. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (cláusulas abusivas), indica en su artículo 6.2 que los derechos recogidos en la Directiva en favor del consumidor deben poder hacerse valer siempre que «*el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*», con independencia de que las partes hayan elegido «*el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato*».

19. Aunque esta fórmula se recoge en las Directivas posteriores en materia de consumidores, como veremos a continuación, algunos autores consideran que esta limitación sólo tiene sentido en el contexto de la Directiva sobre cláusulas abusivas, puesto que la cláusula de elección de Ley puede ser por sí misma una cláusula abusiva que desproteja al consumidor (22). Sin embargo, otros autores matizan esta afirmación partiendo de que implícitamente también es aplicable la limitación establecida en el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 en los casos en los que no hay elección de Ley (23). Esta idea fue la base de la STJCE, de 9 de noviembre de 2000, as. C-381/98, *Ingmar*. Sin embargo, esta última opción no es viable, puesto que el tenor literal del artículo 6.2 de la Directiva 93/13 es muy claro (24).

20. Tanto la Directiva 93/13 como las posteriores que se aprobaron en materia de consumo protegen tanto a los consumidores activos como a los consumidores pasivos, siempre que se cumpla con las condiciones de aplicación espacial de las Directivas, en los casos en los que se ha elegido la Ley aplicable de un Estado no miembro de la Unión Europea (25). Sin embargo, algunos au-

(22) M. FALLON/S. FRANCO, «Towards internationally mandatory directives for consumer contracts?», en *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum K. Siehr*, TCM, Asser Press, 2000, pág. 160; M. FALLON, «Le principe de proximité dans le droit de l'Union Européenne», en *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pág. 254.

(23) W. H. ROTH, «Grundfragen im künftigen internationalen Verbrauchervertragsrecht der Gemeinschaft», en *Privatrecht in Europa (Vielfalt, Kollision, Kooperation)*, Fs. Für H. J. Sonnenberger, CH Beck, München, 2004, págs. 597-598.

(24) M. REQUEJO ISIDRO, «Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional», en *REDI*, 2005, vol. LVII, págs. 263-265.

(25) A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Incorrecta transposición de la noción de “vínculo estrecho con el territorio comunitario” de las Directivas de Consumo (STJCE de 9-9-2004, as. 70/03 Comisión c. España)», en *RDCE*, 2005, págs. 535-551; M. REQUEJO ISIDRO, «Régimen

tores han entendido que las Directivas también son aplicables cuando el contrato está «estrechamente vinculado con la Unión Europea» pero el contrato queda regulado objetivamente por la Ley de un tercer país (26). Esta idea es la recogida por la Ley de transposición actual en España de las Directivas en materia de consumo, tal y como se recoge en el artículo 67 TR-LGDCU, en virtud del cual las normas de protección de los consumidores recogidas en el TR-LGDCU se aplican con independencia de cuál sea la Ley elegida por las partes para regir el contrato, siempre que éste presente una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

21. En definitiva, son dos los problemas que se plantearon por vez primera con la interpretación del artículo 6.2 de la Directiva 93/13: 1.º) La obligatoriedad o no de que las partes hubieran hecho uso de su autonomía conflictual y en concreto, a favor del Derecho de un tercer Estado; y 2.º) Qué debía entenderse por relación estrecha.

A) Elección de Ley a favor de un tercer Estado

22. ¿Cabe la posibilidad de la protección de las Directivas Comunitarias en materia de consumidores cuando las partes no han elegido la Ley aplicable al contrato?

A mi entender, el tenor literal del precepto no deja dudas: es necesaria una elección de Ley, a pesar de que la doctrina considera que también son aplicables las Directivas en defecto de elección de Ley. Existe, por tanto, un sector doctrinal que no parte de la existencia de un acuerdo de elección de Ley sino simplemente de que el Derecho aplicable al contrato sea el Derecho de un «Estado tercero», aunque no exista elección de Ley (27). El artículo 6.2 de la Propuesta se refería a la adopción por los Estados miembros de las medidas necesarias para que el consumidor no se viera privado de la protección resultante de la Directiva, «sea cual fuere la ley aplicable al contrato». De esta redacción se dedujo claramente que se refería tanto a la elección de

men de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional», en *REDI*, 2005, vol. LVII, pág. 264.

(26) E. JAYME, «Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles», en *Droit international et droit communautaire (Actes du colloque, París, 5-6 abril 1990)*, París, 1991, págs. 77-86; P. v. WILMOWSKY, «EG-Freiheiten und Vertragsrecht», en *Juristenzeitung*, 1996, págs. 590-596.

(27) E. JAYME, «Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles», en *Droit international et droit communautaire (Actes du colloque, París, 5-6 abril 1990)*, París, 1991, págs. 77-86; ID., «Allgemeine Geschäftsbedingungen und IPR», en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1978, págs. 105-123; B. VILÁ COSTA, «Artículo 3 LCGC», en I. ARROYO MARTÍNEZ/J. MIQUEL RODRÍGUEZ (COORDS.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pág. 39.

ley como a la determinación objetiva de la Ley. El texto aprobado, sin embargo, rechazó esta limitación en los casos en los que las partes no habían hecho uso de su autonomía conflictual. Queda claro, por tanto, que el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 sólo limita la autonomía de la voluntad.

23. Una vez resuelto el problema de la Ley elegida por las partes, también ha sido objeto de polémica si tal elección de Ley debía ser la de un Estado no miembro de la Unión Europea. Todas las Directivas en materia de consumo parten de la elección del «Derecho de un tercer país». De hecho, en la Propuesta de Directiva sobre cláusulas abusivas, el artículo 6.2 se refería a «cualquier ley aplicable al contrato» y con la nueva redacción se incluyó expresamente el «Derecho de un tercer país» (28). Por ello, no se podrán aplicar jamás las Leyes de transposición de las Directivas en materia de consumidores, si el contrato es internacional y se celebra entre un consumidor y un profesional en el caso de que las partes hayan elegido como Ley rectora del contrato la ley de un Estado miembro de la Unión Europea, como *ad ex*, el Derecho italiano. Ello iría en contra del Derecho material comunitario en materia de consumo. Siempre que se aplique el Derecho armonizado de uno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, sin importar cuál, se cumplen los criterios de funcionamiento del mercado interior (29).

B) *Estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea*

24. ¿Qué debe entender por «estrecha relación»? En realidad el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 limita la autonomía de la voluntad de los contratantes «cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». Dicho de otro modo, estaría introduciendo un límite a la autonomía conflictual de los contratantes que los instrumentos internacionales, como el Reglamento Roma I, *ex* artículo 3, no recogen.

Básicamente con la STCE (Sala 1.^a) de 9 de septiembre de 2004, asunto C-70/03, *caso Comisión vs. España* [STJCE 2004, 227] ha quedado claro que no se pueden utilizar los criterios establecidos en el artículo 5 CR ni, por supuesto, en el artículo 6 del Reglamento Roma I, en vigor actualmente, porque las Directivas incorporan una noción más flexible que los criterios de

(28) M. REQUEJO ISIDRO, «Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional», en *REDI*, 2005, vol. LVII, pág. 264.

(29) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm 2/2009, versión *on line*, págs. 16-17.

vinculación recogidos en el Convenio de Roma o en el Reglamento Roma I. Lo que no queda nada claro es qué elementos del contrato son los que hay que tener en cuenta para considerar que hay una «estrecha vinculación» con la Unión Europea, pues según el TJCE, el concepto de vínculo estrecho está deliberadamente formulado para que no se pueda restringir con ninguna normativa convencional. Así se permite que cada tribunal pueda tomar en consideración los diversos «contactos» de «cada contrato» con la Unión Europea en «cada caso concreto» para comprobar la existencia de una «estrecha vinculación entre el contrato y la Unión Europea» (30). Serán las Leyes de transposición de cada Estado de la Unión Europea las que deberán definir qué se entiende por «estrecha relación». El problema surge porque las legislaciones que transponen las Directivas pueden ser distintas de país a país con lo que, de optar siempre por el Derecho del foro, con independencia de la Ley elegida por los contratantes, podría provocar una situación *legeforista* si, por ejemplo, el contrato estuviera más vinculado con otro Estado de la Unión Europea (31). En este caso, tendría más sentido aplicar la Ley de transposición del Estado más conectado con el contrato aunque no fuera la del foro. Esta idea se conjuga mal con el nuevo artículo 3.4 del Reglamento Roma I, donde se limita la ley elegida a los contratos internacionales cuando se trate de relaciones jurídicas intracomunitarias y se haya elegido la Ley de un tercer Estado. El Reglamento Roma I opta, en cualquier caso, por la aplicación del Derecho Comunitario, tal y como se aplique en el Estado cuyo juez está conociendo del caso y no por la aplicación del Derecho estatal comunitario más conectado con el contrato. Ello es así porque, en realidad, las Directivas comunitarias no contemplan normas de conflicto unilaterales sino «normas de extensión comunitarias», es decir, normas que extienden la aplicación del Derecho Comunitario a contratos internacionales de consumo, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con la Unión Europea y las partes hayan hecho uso de autonomía conflictual en favor del Derecho de un tercer Estado. De ahí que el Reglamento Roma I, *ex* artículo 3.4, parta de la aplicación del Derecho Comunitario del foro en lugar del Derecho Comunitario del Estado más conectado. Si fuera una norma de conflicto comunitaria, entonces sí tendría sentido aplicar el Derecho Comunitario armonizado más vinculado con el contrato internacional. Esta misma argumentación puede trasladarse, *mutatis mutandis*, a la aplicación de las normas contempladas en las Directivas sobre consumidores a los contratos de consumo.

(30) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, págs. 292.

(31) P. DE MIGUEL ASENSIO, «Mercado global y protección de los consumidores», en L. COTINO HUESO (dir.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 175.

25. La normativa que desarrollaba en España esta norma de Derecho Internacional Privado se contenía en el artículo 10 bis.3 de la LGDCU (Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios) 26/1984, de 19 de julio, al que se refiere expresamente el artículo 3 de la LCGC (Ley de Condiciones Generales de la Contratación) 7/1998, de 13 de abril, y que fue modificado por la Disposición Adicional 1.^a de la LCGC (32). Por otro lado, la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación dispone en su artículo 3, párrafo segundo, que dicha norma *también se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales.*

Frente a estos preceptos, el Tribunal de Justicia consideró, en su sentencia de 9 de septiembre de 2004, ya citada, que el ámbito de aplicación material de la protección al consumidor que otorga la Directiva abarca a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, mientras que el artículo 5 del Convenio de Roma sólo se aplica a determinados contratos. También consideró que el concepto *estrecha relación* utilizado en el apartado 2 del artículo 6 de la Directiva no debe resultar restringido por la combinación de criterios de conexión previamente definidos, tales como los requisitos acumulativos a la residencia y celebración del contrato, contemplados en el artículo 5 del Convenio de Roma. Todo ello ha supuesto, según el Tribunal de Justicia, que España habría introducido en este ámbito una restricción incompatible con el nivel de protección fijado en la Directiva 93/13/CEE. Por ello, para adecuar la STJCE con la normativa española, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, ha declarado, en su Exposición de Motivos IV, que al objeto de cumplir con este aspecto de la sentencia, se ha tenido en cuenta que la regulación del artículo 6 de la LCGC se dirige no tanto a los consumidores como a las relaciones entre empresarios o profesionales, por lo que se matiza que los supuestos en los que el adherente sea un consumidor, su regulación se encuentra en la LGDCU. Por su parte, la redacción del artículo 10 bis, apartado 3 de la LGDCU, se aproxima a la del precepto de la Directiva 93/13/CEE, añadiendo un segundo párrafo, con un claro carácter explicativo, propuesto por la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.

Por ello, a la vista de la mencionada sentencia, en la Exposición de Motivos VI de la Ley 44/2006, se consideró necesario la modificación de los preceptos citados al objeto de adecuarlos a los términos de la Directiva 93/13/CEE.

(32) G. A. BOTANA GARCÍA, «Comentario al artículo 10 bis.3», en I. ARROYO MARTÍNEZ/J. MIQUEL RODRÍGUEZ (coords.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 254-255; M. J. LUNAS DÍAZ, «La Ley de Condiciones Generales de la Contratación: especial referencia a las normas de aplicación extraterritorial», en *Derecho de los Negocios*, 99, 1998, pág. 7.

Unas modificaciones puntuales que afectaron al artículo 10 bis.3 LGDCU y al artículo 3, párrafo segundo LCGC, en lo que al objeto de trabajo interesa.

A este respecto, el artículo 3 LCGC, modificado por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, señala que la Ley española sobre condiciones generales de la contratación, que protege a los adherentes a tales condiciones se aplica: *a) En el caso de contratos internacionales sujetos a la Ley española; b) En el caso de contratos internacionales sujetos a una Ley extranjera, la LCGC se aplica siempre que el contrato esté «particularmente conectado con España» con el objetivo de defender al pequeño y mediano comerciante frente a imposiciones de las grandes multinacionales extranjeras. El artículo 3 LCGC indica que dicha conexión concurre cuando se verifican, cumulativamente, dos circunstancias (art. 3.II LCGC). Primera: emisión de la declaración negocial del adherente en territorio español. Segunda: residencia habitual del adherente en España. Todo ello, «sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales». Cuando el adherente sea un consumidor se aplicará el artículo 10 bis.3 LGDCU.*

El artículo 10 bis.3 ha sido modificado por la Ley 44/2006 para cumplir con lo indicado por la STJCE de 9 de septiembre de 2004. Así el precepto establece: *«Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, cuando el mismo mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro».*

26. Estos preceptos siguen vigentes, pues la LCGC no ha sido derogada por el TR-LGDCU, como establece el artículo 59.3 TR-LGDCU: *«Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación».* Y no hay que olvidar que el artículo 3 LCGC señala que cuando el adherente sea un consumidor se aplicará el artículo 10 bis.3 LGDCU.

Varios aspectos deben tomarse en consideración:

- 1.º) El actual artículo 67.1 TR-LGDCU recoge básicamente lo señalado en el artículo 6 de la Directiva 93/13, pero con la actual redacción del precepto, resultante de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Simplemente el Texto Refundido hace alusión expresa a los artícu-

los 82 a 91, que son los preceptos donde se regulan las normas sustantivas relativas a la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas.

Con esta nueva redacción España cumple lo indicado por la STJCE (Sala 1.^a) de 9 de septiembre de 2004, asunto C-70/03, *Comisión vs. España* [STJCE 2004, 227] para respetar lo recogido por el artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE. Siempre había existido la opinión generalizada de que el artículo 5 del Convenio de Roma, al que aludía expresamente el artículo 10 bis. 3 LGDCU, se adaptaba mal a lo recogido por el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 (33). En este sentido, la STJCE no supuso ninguna sorpresa. Según el TJCE, España no había adaptado correctamente su legislación a los artículos 5 y 6.2 de la Directiva 93/13. Por un lado, el TJCE consideró que el ámbito de aplicación material de la protección al consumidor, que otorga la Directiva 93/13, abarca a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, mientras que el artículo 5 del Convenio de Roma sólo se aplica a determinados contratos celebrados por los consumidores pasivos. Por otro lado, el TJCE consideró que el concepto «estrecha relación» utilizado en el apartado 2 del artículo 6 de la Directiva citada no debía resultar restringido por la combinación de criterios de conexión previamente definidos, tales como los requisitos acumulativos a la residencia y celebración del contrato, contemplados en el artículo 5 del Convenio de Roma; es decir, la Directiva protege tanto al consumidor «pasivo» como al «activo» y el Convenio de Roma protege a los contratos celebrados por consumidores pasivos y no a todos, pues ni siquiera en lo que se refiere estrictamente a los consumidores pasivos los elementos de comparación entre la Directiva y el Convenio de Roma coinciden (34). Se entiende por consumidor activo los que sobrepasan las fronteras estatales en busca de unas condiciones contractuales más ventajosas. Por ello, el TJCE consideró que España había introducido una restricción incompatible con el nivel de protección fijado por la Directiva 93/13 (35).

(33) M. FALLON, «Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive núm. 93/13, de 5 avril 1993», en *REDC*, 1996-1, págs. 3-27; L. FUMAGALLI, «Le clausule abusive nei contratti con i consumatori tra Diritto comunitario e Diritto internazionale privato», en *Riv.dir.int.priv.pr.*, 1994-1, págs. 15-32; L. CANNADA BARTOLI, «Questioni di Diritto internazionale privato relative alla Direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori», en *Riv.Dir.Int.*, 1995, págs. 324-344.

(34) M. J. LUNAS DÍAZ, «El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, págs. 493-494.

(35) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La inadecuación del sistema español de Derecho Internacional Privado de las cláusulas abusivas al Derecho Comunitario: claves para una

2.º) El artículo 90 TR-LGDCU precisa que se considera cláusula abusiva la «sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza». El problema está en determinar cuándo es de aplicación este precepto. Podría interpretarse que su aplicación no depende de que el Derecho extranjero elegido sea el de un tercer Estado. Sin embargo, esta interpretación sería contraria al artículo 6.2 de la Directiva 93/13, objeto de transposición en el TR-LGDCU. Por tanto, habría que optar por la interpretación en favor de la aplicación del artículo 90 TR-LGDCU sólo en los supuestos en los que se designa el Derecho extranjero de un tercer Estado (36). Igualmente este artículo 90 TR-LGDCU es aplicable en el caso de que la Ley española rija las «cláusulas abusivas» del contrato internacional de consumo.

2. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE CONTRATOS A DISTANCIA: DIRECTIVA 97/7

27. La Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997 (contratos a distancia) indica en su artículo 12 que los derechos reconocidos a los consumidores por tal Directiva deben poderse hacer valer «cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros» y aunque las partes hayan elegido como Ley aplicable al contrato, «el Derecho de un país tercero». Se trata de una Directiva de «tercera generación» porque incorpora la obligación de los Estados de asegurar que el consumidor no pierde la protección que ofrece la Directiva debido a la elección de una Ley de un tercer Estado.

Esta Directiva fue desarrollada en España por el artículo 48.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, precepto redactado por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre de 2002. Este artículo

nueva transposición y propuesta legislativa», en *Diario La Ley*, núm. 6242, 29 de abril de 2005, págs. 1932-1942; *Id.*, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*; S. VILALTA MENADAS, «Características básicas de la reforma introducida en materia de consumidores y usuarios en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Modificaciones legales en materia de cláusulas abusivas», en *Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 38, 2007, págs. 22-33.

(36) J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pág. 289; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*, pág. 17.

señalaba: «Cuando el comprador sea un consumidor, entendiendo por tal el definido en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los derechos que el presente capítulo le reconoce serán irrenunciables y podrán ser ejercitados por los mismos aunque la legislación aplicable al contrato sea otra distinta de la española, si el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de cualquier Estado miembro de la Unión Europea».

Este artículo 48 ha sido derogado y, en la actualidad, es el artículo 67.2 TR-LGDCU el que transpone el artículo 12 de la Directiva 97/7 al regular las normas de protección en materia de contratos a distancia (37). El artículo 67.2 TR-LGDCU indica que las normas de protección en materia de contratos a distancia contenidas en los artículos 92-106 TR-LGDCU son aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Y se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea. Este precepto no desarrolla fielmente el artículo 12 de la Directiva 97/7/CE. En particular, porque protege de manera indebida mediante la aplicación del Derecho europeo de consumo al consumidor que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, circunstancia que bien puede no reflejar un vínculo real con la Unión Europea. Ejemplo: contrato celebrado a distancia por empresa canadiense con español que dispone de su residencia habitual en Boston (38).

3. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE GARANTÍAS: DIRECTIVA 99/44

28. La Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999 (determinados aspectos de la venta y garantías de bienes de consumo), en su artículo 7.2 indica que los derechos recogidos en favor del consumidor en la Directiva deben poder hacerse valer incluso cuando la «legislación de un Estado no miembro» es el Derecho elegido por las partes para regir el contrato, siempre que el

(37) M. A. PENDÓN MELÉNDEZ, «Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre», en *Derecho de los Negocios*, año 19, núm. 209, febrero de 2008, pág. 8.

(38) J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pág. 290.

contrato «*presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros*». Se trata de una fórmula idéntica a la recogida por la Directiva sobre cláusulas abusivas (39).

Esta Directiva fue desarrollada en España por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, cuyo artículo 13 transpone lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Directiva 99/44. El artículo 13 de la Ley 23/2003 señalaba: «*Puntos de conexión. Las normas de protección de los consumidores contenidas en esta Ley serán aplicables, cualquiera que sea la Ley elegida por las partes para regir el contenido cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea*».

Este precepto ha sido derogado y la cuestión se rige ahora por el artículo 67.2 TR-LGDCU en cuya virtud, «*las normas de protección en materia de garantías contenidas en los artículos 114-126 TRLGDCU serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Y se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea*».

VI. CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU FRENTE A LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE CONSUMIDORES

29. El artículo 67 TR-LGDCU establece que serán de aplicación a los consumidores las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91 y las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, contenidas respectivamente en los artículos 92 a 106 y en los artículos 114 a 126:

(39) M. REQUEJO ISIDRO, «Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional», en *REDI*, 2005, vol. LVII, págs. 262-263.

- 1.^a) Siempre que el contrato mantenga una «estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo».
- 2.^a) Cuando las partes hayan elegido la Ley aplicable a su contrato.

30. Estos criterios que utiliza el legislador español atribuyen a la legislación española un ámbito de aplicación excesivo e injustificado, pues los criterios que recoge el artículo 67 TR-LGDCU van mucho más allá de lo exigido por el legislador comunitario para dar cumplimiento a lo dispuesto en las Directivas Comunitarias en materia de consumidores (40). De hecho, se podrían plantear las mismas cuestiones y responder con los mismos argumentos que en el caso de la STJCE de 9 de septiembre de 2004 citada. Veamos cada una de las dos condiciones de aplicación del artículo 67 TR-LGDCU.

1. VÍNCULO ESTRECHO CON LA UNIÓN EUROPEA

31. Para que pueda aplicarse lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU, como norma que transpone las Directivas en materia de consumidores, es necesario que el contrato presente un vínculo con la Unión Europea. De no existir este vínculo, son las normas de conflicto del Reglamento Roma I, o en su caso del Convenio de Roma de 1980, las que determinan la ley aplicable al contrato internacional de consumidores.

32. Se han utilizado varias interpretaciones para explicar qué debe entenderse por «vínculo estrecho con la Unión Europea o con el Espacio Económico Europeo», tal y como lo entiende el artículo 67 TR-LGDCU.

Por un lado, se ha entendido por «vínculo estrecho» el que la situación cumpla con las exigencias del artículo 5 CR y actual artículo 6 del Reglamento Roma I (41). Se exige, así, que el consumidor tenga su residencia habitual en la Unión Europea y que se trate de un consumidor pasivo en los términos de los preceptos citados. Esta primera interpretación es rechazable, porque no resuelve los problemas generados por los «consumidores activos» en la Unión Europea, que es precisamente, el objetivo de estas Directivas.

Por otro lado, la STJUE de 9 de septiembre de 2004 estableció claramente que no era posible ni deseable concretar la noción de «vinculación estrecha con la Unión Europea» mediante «fórmulas rígidas», como pueden ser el lugar de celebración del contrato, la residencia de las partes, el lugar de celebración del contrato, etc. La «formulación genérica» o «flexible» de la «proximidad entre el contrato y la Unión Europea», que se encuentra en las

(40) P. DE MIGUEL ASENSIO, *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, Iustel, 2005, págs. 300-303.

(41) G. PIZZOLANTE, «L'incidenza del diritto comunitario sulla determinazione della legge applicabile ai contratti dei consumatori», en *RDIPP*, 2005, pág. 377.

Directivas citadas, es totalmente deliberada. Así se permite que cada tribunal pueda tomar en consideración los diversos «contactos» de «cada contrato» con la Unión Europea en «cada caso concreto». En la labor de concretar, «caso por caso», la existencia de una «estrecha vinculación entre el contrato y la Unión Europea», los tribunales pueden tener presentes distintas variables. Así *ad ex* los jueces y tribunales comunitarios pueden tener en cuenta el principio de «previsibilidad de la Ley aplicable», de modo que el Derecho material comunitario de protección de consumidores debe aplicarse cuando ambas partes, profesional y consumidor, pueden «prever», razonablemente, que tal Derecho es el que debe regir el contrato. Se entiende que el Derecho comunitario material de los consumidores es perfectamente previsible cuando el «contexto del contrato» es el «mercado comunitario». Así, *ad ex* un consumidor con residencia habitual en la Unión Europea y profesional con establecimiento en la Unión Europea; un profesional con establecimiento en la Unión Europea y consumidor residente en un tercer país, siempre que el consumidor se desplace a la Unión Europea para consumir, o dicho consumidor realice la oferta de contrato al profesional; consumidores con residencia habitual en la Unión Europea y profesionales radicados fuera de la Unión Europea, pero el contrato se ha celebrado previa publicidad o iniciativa comercial del profesional «dirigida a la Unión Europea».

Sin embargo, es imprevisible la aplicación del Derecho material comunitario cuando el «contexto del contrato» no es el «mercado comunitario». Así, *ad ex*, consumidores con residencia habitual fuera de la Unión Europea y profesional con establecimiento fuera de la Unión Europea; profesional radicado en la Unión Europea y consumidor con residencia habitual en un tercer país, si el contrato se ha celebrado previa publicidad o a iniciativa comercial del profesional «dirigida al tercer país» donde reside habitualmente el consumidor o a través de establecimientos del empresario sitios en el tercer país de residencia habitual del consumidor; consumidores con residencia habitual en la Unión Europea y profesionales radicados fuera de la Unión Europea, pero el contrato se ha celebrado a iniciativa del consumidor, bien a distancia o bien porque el consumidor se desplaza al tercer país para consumir (42).

33. Ahora bien, el artículo 67 TR-LGDCU, a diferencia de las Directivas Comunitarias que transpone, sí define qué debe entenderse por «estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo», diferenciando este vínculo entre la aplicación de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas, por un lado, y la aplicación de las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, por otro. No se entiende muy bien por qué esta diferenciación a la hora de establecer los «vínculos

(42) J. CARRASCOSA GÓNZALEZ, «CAPÍTULO XXVII. Operaciones internacionales de consumo», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.^a ed., 2009-2010, Granada, Comares, pág. 679.

estrechos» cuando en realidad las normas comunitarias que transpone son muy similares. La única justificación que puede haber es el hecho de que no se elaboraron al mismo tiempo ni por el mismo legislador (43).

34. Así, según el artículo 67.1 TR-LGDCU, para aplicar las normas de protección frente a las cláusulas abusivas de los artículos 82 a 91, se entiende que el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo cuando se dé cualquiera de las siguientes circunstancias:

- el profesional ejerza sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo;
- el profesional dirija sus actividades a uno o varios Estados miembros por cualquier medio de publicidad o comunicación, siempre que el contrato esté comprendido en el marco de sus actividades;
- si el contrato se refiere a un bien inmueble debe estar situado en el territorio de un Estado miembro.

Bastaría con que se diera una sola de estas circunstancias para entender que existe un «vínculo estrecho» y que debe aplicarse, en consecuencia, el Derecho español. Este elenco de circunstancias es ejemplificativo. No se trata de un *numerus clausus* sino de que, en particular, existen una serie de elementos que pueden suponer que el contrato de consumidores está vinculado con el Espacio Económico Europeo. En principio, del tenor literal de este precepto, podría desprenderse la protección del consumidor por parte del Derecho armonizado español, incluso en relación con determinados contratos ajenos al territorio de la Unión Europea, puesto que bastaría con que el empresario dirigiera sus actividades por cualquier medio de publicidad a un Estado miembro para que pudiera aplicarse lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU, aunque el consumidor tuviera su domicilio fuera de la Unión Europea (44).

35. Sin embargo, para aplicar las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, según el artículo 67.2 TR-LGDCU, se entiende que el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo cuando se den cualquiera de las siguientes circunstancias:

- el bien que haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea;

(43) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm 2/2009, versión *on line*, págs. 18-19.

(44) En contra de esta solución, vid. P. DE MIGUEL ASENSIO, «Mercado global y protección de los consumidores», en L. COTINO HUESO (dir.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 179.

- el contrato se ha celebrado total o parcialmente en un Estado de la Unión Europea;
- una de las partes contratantes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea;
- el contrato presenta cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.

36. Como la definición de los vínculos estrechos con la Unión Europea es distinta en estos dos casos, puede ocurrir que un contrato internacional de consumidores no presente vínculos estrechos según el artículo 67.1 TR-LGDCU y, sin embargo, por ser el consumidor ciudadano español, *ad ex*, sí sean de aplicación las normas contempladas en el artículo 67.2 TR-LGDCU. Además, siguiendo con este ejemplo, la mera referencia a la nacionalidad de un consumidor en la Unión Europea puede no suponer que exista un vínculo estrecho real con el territorio del Espacio Económico Europeo. Si un ciudadano español compra un bien en Marruecos a una empresa española, es totalmente exagerado aplicar el Derecho español contemplado en el artículo 67.2 TR-LGDCU. Igualmente el lugar de celebración del contrato es totalmente desproporcionado como para considerarlo un vínculo suficiente de cara a la aplicación del Derecho protector de los consumidores. En definitiva, la redacción del artículo 67.2 no desarrolla fielmente el artículo 12 de la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia y el artículo 7.2 de la Directiva 99/44 sobre determinados aspectos de las ventas y garantías de bienes de consumo. En particular, porque protege de manera indebida mediante la aplicación del Derecho europeo de consumo al consumidor que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, circunstancia que bien puede no reflejar un vínculo real con la Unión Europea. Así, *ad ex*, un contrato celebrado a distancia por empresa canadiense con español que dispone de su residencia habitual en Nueva York no presenta un vínculo estrecho con la Unión Europea. Igualmente la conexión del lugar de celebración del contrato en la Unión Europea puede no implicar una verdadera vinculación con el territorio comunitario, pues puede tratarse de un lugar completamente ocasional.

37. Estas críticas hay que entenderlas teniendo en cuenta la consecuencia jurídica que implica que el operador jurídico español considere que existen vínculos estrechos con el territorio de la Unión Europea. Esta consecuencia jurídica no es otra que la aplicación de una Ley interna española reguladora de situaciones internas, de Derecho Privado, aplicable incluso a los contratos internacionales de consumo por el mero hecho de que el consumidor sea nacional comunitario o el contrato se haya celebrado, incluso parcialmente, en la Unión Europea, porque así lo establece expresamente el artículo 67.2 TR-LGDCU. Sin embargo, esta consecuencia jurídica tiene sus límites. A saber, sólo son aplicables las normas internas españolas del TR-LGDCU ci-

tadas por el propio artículo 67 TR-LGDCU si las partes han hecho uso de su autonomía conflictual; dicho de otro modo, si las partes han elegido la *lex contractus*. Ello no implica que el Derecho elegido no sea aplicable al caso, sino que su aplicación no puede contrariar lo dispuesto en los artículos 82 a 91, en relación con las cláusulas abusivas, y en los artículos 92 a 106 y 114 a 126, en materia de contratos a distancia y garantías. Por tanto, no es suficiente que el tribunal español se declare competente de un litigio derivado de un contrato de consumidores para no tener en cuenta la designación de un Derecho extranjero sino que además ese Derecho extranjero debe ser el de un Estado no miembro del Espacio Económico Europeo.

Sin embargo, se ha criticado que el artículo 67 TR-LGDCU no contemple la posible aplicación de otro Derecho comunitario distinto al español, si el juez español comprobara que, en realidad, el contrato internacional de consumidores presenta vínculos más estrechos con otro Estado de la Unión Europea (45). A mi entender, esta crítica no tiene mucho sentido si partimos de dos hechos. Primero: que el artículo 67 TR-LGDCU no es una norma de conflicto unilateral, sino una norma de extensión que, como su propio nombre indica, extiende el ámbito de aplicación espacial del Derecho interno español a una situación privada internacional que presenta vínculos estrechos con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Segundo: el problema se puede plantear porque para aplicar las normas de extensión españolas, la situación privada debe presentar vínculos con el territorio español. De ahí que la consecuencia jurídica sea la aplicación de un Derecho que regula situaciones privadas internas a situaciones privadas internacionales. Sin embargo, el que no se refiera al territorio español sino al territorio del Espacio Económico Europeo no debe suponer un problema, pues las Directivas Comunitarias lo que pretenden es la protección del consumidor dentro de la Unión Europea, con lo que, en principio, la aplicación de cualquiera de los derechos armonizados en esta materia estaría cumpliendo esta labor. Lo único que hace el artículo 67 TR-LGDCU es afirmar que, en los casos en los que se cumplan las condiciones allí previstas, el Derecho armonizado que debe aplicarse es el español, es decir, el Derecho recogido en los artículos 82 a 91 del TR-LGDCU para proteger a los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y en los artículos 92 a 106 y 114 a 126 para proteger a los consumidores en materia de contratos a distancia y de garantías.

(45) P. DE MIGUEL ASENSIO, «Mercado global y protección de los consumidores», en L. COTINO HUESO (dir.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 178.

2. CUALQUIERA QUE SEA LA LEY ELEGIDA POR LAS PARTES PARA REGIR EL CONTRATO

38. Además de que exista un vínculo estrecho entre el contrato internacional de consumo y el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo es necesario, como condición de aplicación del artículo 67 TR-LGDCU, que las partes hayan elegido la Ley aplicable al contrato internacional, como manifestación de la autonomía conflictual de los contratantes. Esta ley debe ser siempre, para que pueda quedar limitada por las normas de Derecho español, contempladas en el artículo 67 TR-LGDCU, de transposición de las Directivas en materia de consumidores, la de un Estado no miembro de la Unión Europea, tal y como establecen expresamente los artículos 6.2 de la Directiva 93/13, artículo 12 de la Directiva 97/7 y artículo 7.2 de la Directiva 99/44: el Derecho de un tercer Estado.

Sin embargo, el artículo 67, tanto en su apartado 1 como en su apartado 2 sólo exige, para que la elección realizada por las partes se vea limitada por la aplicación de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas y/o por la aplicación de las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, que el contrato esté conectado con un Estado del territorio del Espacio Económico Europeo «cualquiera que sea la Ley elegida por las partes para regir el contrato».

Esta afirmación es totalmente incompatible e incoherente con las disposiciones de las Directivas citadas que transpone. Todas las Directivas que transpone este precepto parten de la elección del «Derecho de un tercer país». De hecho, en la Propuesta de Directiva sobre cláusulas abusivas, el artículo 6.2 se refería a «cualquier ley aplicable al contrato» y con la nueva redacción se incluyó expresamente el «Derecho de un tercer país» (46). Por lo que no cabe duda que la redacción del artículo 67 se adapta mal a los objetivos de las Directivas Comunitarias que transpone. Por ello, no se podrá aplicar jamás el Derecho español, tal y como señala el artículo 67 TR-LGDCU, si el contrato es internacional y se celebra entre un consumidor y un profesional, en el caso de que las partes hayan elegido como Ley rectora del contrato la ley de un Estado miembro de la Unión Europea, como *ad ex*, el Derecho italiano. Ello iría en contra del Derecho material comunitario en materia de consumo. Siempre que se aplique el Derecho armonizado de uno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, sin importar cuál, se cumplan los criterios de funcionamiento del mercado interior (47).

(46) M. REQUEJO ISIDRO, «Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional», en *REDI*, 2005, vol. LVII, pág. 264.

(47) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*, pág. 16.

39. Lo que no plantea dudas es que las partes deben haber elegido la Ley aplicable al contrato internacional de consumidores, sin que sea posible aplicar esta norma en los casos en los que se determina objetivamente la *Lex contractus*. El artículo 67 TR-LGDCU sí deja claro este extremo, que también sufrió una gran modificación en la Propuesta de Directiva respecto a la Directiva que después se aprobó. El artículo 6.2 de la Propuesta se refería a la adopción por los Estados miembros de las medidas necesarias para que el consumidor no se viera privado de la protección resultante de la Directiva, «sea cual fuere la ley aplicable al contrato». De esta redacción se dedujo claramente que se refería tanto a la elección de ley como a la determinación objetiva de la Ley. El texto aprobado, sin embargo, rechazó esta limitación en los casos en los que las partes no habían hecho uso de su autonomía conflictual. No se entiende muy bien por qué nuestro legislador sí tuvo en cuenta esta modificación y no la que sufrió el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 en relación con la elección de la Ley de un tercer Estado.

VII. RELACIONES ENTRE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I, LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU

40. Una de las cuestiones más complejas es determinar el ámbito de aplicación en el espacio de cada una de las normativas comunitarias materiales y conflictuales existentes en materia de consumidores, pues en principio todas ellas son aplicables a los contratos internacionales de consumo (48).

1. RELACIONES ENTRE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU

41. El artículo 67 TR-LGDCU debe aplicarse a los contratos internacionales de consumo, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación y los objetivos perseguidos por las Directivas que transpone. Sin embargo, el artículo 67 TR-LGDCU va más allá de las Directivas por dos razones básicamente:

- 1.^a) Porque no exige que la Ley elegida por las partes para regir el contrato sea la de un tercer Estado, entendido como Estado no miembro de la Unión Europea. De la dicción literal del precepto también podrían aplicarse las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91 y las normas de protec-

(48) M. J. LUNAS DÍAZ, «El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, págs. 473-499.

ción en materia de contratos a distancia y de garantías contenidas en los artículos 92 a 106 y 114 a 126, respectivamente, en los casos en los que las partes eligen como *lex contractus* la Ley de un Estado miembro. Sin embargo, las Directivas citadas exigen, para que puedan aplicarse las medidas adoptadas por los Estados miembros conforme a las Directivas Comunitarias, que se haya optado por la legislación de un Estado no miembro de la Unión Europea como Derecho aplicable al contrato internacional de consumo.

- 2.^a) Porque el concepto de consumidor es mucho más amplio que el empleado por las Directivas Comunitarias. El artículo 3 del TR-LGDCU señala que, a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas *físicas o jurídicas* que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Sin embargo las Directivas que transpone el TR-LGDCU se refieren a un concepto de consumidor mucho más estricto. Así el artículo 2 de la Directiva 93/13 señala que se entenderá por «consumidor» toda persona *física* que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada. Igualmente el artículo 2 de la Directiva 97/7 señala que se entenderá por consumidor toda persona *física* que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe ajeno a su actividad empresarial. Y en el mismo sentido, el artículo 1.2 de la Directiva 1999/44 señala que se entiende por consumidor, a efectos de la Directiva, toda persona *física* que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad empresarial.

En estos casos los objetivos de las Directivas Comunitarias deben primar sobre la dicción literal del artículo 67 TR-LGDCU. De tal modo que el artículo 67 sólo puede aplicarse e interpretarse sobre la base de las Directivas que transpone, nunca más allá de lo que las Directivas comunitarias quisieron regular.

2. RELACIONES ENTRE EL REGLAMENTO ROMA I Y EL ARTÍCULO 67 TR-LGDCU

42. Las relaciones entre las Leyes de transposición de las Directivas y el Reglamento Roma I, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, se rigen por el principio de *especialidad*, por lo que las Leyes de transposición de las Directivas se aplican antes que lo dispuesto en el Reglamento Roma I para la determinación de las normas aplicables a los contratos inter-

nacionales de consumo, siempre que los ámbitos de aplicación espacial, material, temporal y personal coincidan.

Si los ámbitos de aplicación de ambas normativas comunitarias —el Reglamento Roma I y el TR-LGDCU, como reflejo de las Leyes de transposición de las Directivas Comunitarias en el ordenamiento jurídico español— no coinciden prima siempre la aplicación del Reglamento Roma I sobre la aplicación del artículo 67 TR-LGDCU. En este caso es el principio de *jerarquía* y no el de especialidad el que se impondría y, por tanto, el Reglamento Roma I no se vería desplazado por el Derecho material comunitario armonizado. Pongamos un ejemplo para la mejor comprensión del problema. El TR-LGDCU considera consumidores también a las personas jurídicas (art. 3 TR-LGDCU); sin embargo ni para el Reglamento Roma I ni para las Directivas las personas jurídicas pueden considerarse consumidores. En este caso, los consumidores personas jurídicas no están protegidos por el Derecho comunitario, ¿se aplica entonces el TR-LGDCU? A mi entender no podría aplicarse el Derecho interno español porque prima la aplicación, en este caso, del Reglamento Roma I en materia de contratos internacionales, por el principio de jerarquía establecido en el sistema de fuentes. Ahora bien, como las personas jurídicas no son consideradas consumidores por el Reglamento Roma I, no podría determinarse la Ley aplicable por el artículo 6 del Reglamento Roma I, norma específica en materia de consumidores, sino por los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I, normas que regulan la Ley aplicable a los contratos en general cuando no existe una parte débil en el mismo. El Reglamento Roma I no considera a las personas jurídicas consumidores, pero sí que regula la Ley aplicable a cualquier contrato internacional, incluidos los celebrados por personas jurídicas, con lo cual no puede verse desplazada la aplicación de un Reglamento comunitario por una norma de Derecho Privado interno como es el TR-LGDCU.

43. En consecuencia, para saber el instrumento normativo aplicable y comprobar si la aplicación del Reglamento Roma I puede verse desplazada por la aplicación del TR-LGDCU, a través de lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU, habría que examinar varios supuestos de hecho distintos:

1.º *Consumidor persona jurídica*. Si se trata de regular contratos internacionales en los que una de las partes es un consumidor persona jurídica habría que aplicar los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable, siempre que estemos dentro del ámbito de aplicación material, temporal y espacial del Reglamento Roma I. No es aplicable el artículo 6 del Reglamento Roma I, norma protectora de los consumidores, porque el Reglamento Roma I no considera consumidores a las personas jurídicas. ¿Puede verse la elección de Ley realizada por los contratantes limitada por lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU cuando, a efectos del Reglamento Roma I, no se trata de un contrato de consumidores? Para contestar correctamente a esta pregunta hay que diferenciar tres casos distintos:

1. Si el Reglamento Roma I, *ex* artículos 3 y 4, lleva a la aplicación del Derecho sustantivo material español, como el Derecho material español lo protege, entonces podemos aplicar también el artículo 67 TR-LGDCU, a los efectos de determinar el régimen sustantivo material. En definitiva, partiendo de la teoría de la segunda calificación sí podría aplicarse lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU como corrección en la aplicación de la Ley española cuando el consumidor es una persona jurídica. Veamos un ejemplo para entender este complicado problema: un Juez español para saber qué norma de Derecho Internacional Privado debe aplicar a un contrato de consumo internacional debe calificar el contrato como de consumidores, en virtud del artículo 12.1 del Código Civil, conforme a la *lex fori*, si se trata de una norma de producción interna, o conforme a la calificación convencional o comunitaria, si se trata de un Convenio o de una norma comunitaria. Imaginemos que el contrato es realizado entre un profesional y una PYME española que actúa como parte consumidora. En este caso, es aplicable el Reglamento Roma I por parte del juez español, y según la calificación otorgada por el Reglamento no puede considerarse como un contrato de consumidores. Por tanto, hay que aplicar las normas de conflicto recogidas en los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I, que regulan la Ley aplicable a los contratos internacionales en general. Pero si las partes eligen como ley rectora del contrato la Ley española, según la teoría de la «segunda calificación», habría que volver a calificar el contrato según el Derecho material interno español para saber qué concretas normas materiales y sustantivas se van a aplicar al contrato internacional. Como el TR-LGDCU lo considera como un contrato de consumo, el juez español tendría que aplicar las normas recogidas en el TR-LGDCU en cuanto que normas materiales y sustantivas aplicables al fondo del contrato en cuestión, como parte de la *Lex causae*.
2. Si el Reglamento Roma I lleva a la aplicación de un tercer Estado, en este caso, aunque el contrato presente vínculos estrechos con la Unión Europea, como se trata de un contrato no cubierto por las Directivas Comunitarias, aunque el TR-LGDCU haya incluido los contratos de consumidores personas jurídicas en su ámbito de aplicación, no podría aplicarse la protección de las Directivas ni de las Leyes de transposición. En definitiva, el artículo 3 del TR-LGDCU donde se define qué se entiende por consumidores es parcialmente contrario a las Directivas Comunitarias citadas. Así, *ad ex*, si las partes eligen el Derecho turco aplicable a un contrato internacional de consumo entre un profesional y una persona jurídica como *lex contractus*, aunque la persona jurídica tenga su domicilio en Espa-

ña no puede verse protegido por la aplicación del artículo 67 TR-LGDCU, porque para las Directivas Comunitarias que transpone no se considera contrato de consumo al entender que no hay parte débil y, por tanto, no puede beneficiarse del Derecho protector material comunitario en materia de consumidores. Este contrato en cuestión se vería regulado por el artículo 3 del Reglamento Roma I, porque al ser un Reglamento universal o con carácter *erga omnes* se aplica con independencia de que la Ley elegida por los contratantes sea la de un Estado miembro de la Unión Europea o la de un tercer Estado, como es Turquía.

3. En ningún caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU cuando las partes eligen la Ley de un Estado miembro de la Unión Europea que no sea España, pues ese es el espíritu de las Directivas, aunque el TR-LGDCU considere que lo dispuesto en el artículo 67 es de aplicación con independencia de cualquier ley elegida por las partes, sea la de un Estado miembro o sea la de un tercer Estado. Esta afirmación del artículo 67 también es parcialmente contraria a lo dispuesto en las Directivas citadas en materia de consumo.

2.º *Consumidor pasivo persona física.* Los contratos internacionales de consumo celebrados entre un profesional de la contratación y un consumidor pasivo quedan protegidos por la aplicación de la normativa conflictual comunitaria recogida por el Reglamento Roma I. El Reglamento Roma I contiene una norma de conflicto especialmente diseñada para determinar la Ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores: artículo 6 del Reglamento Roma I. El artículo 6 del Reglamento Roma I protege la posición jurídica de los consumidores porque no tienen el mismo «poder de negociación». Por ello existe un alto riesgo de que la «elección de Ley» sea, realmente, y con mucha frecuencia, una «Ley impuesta» por el empresario o profesional al consumidor, que no tiene otra salida que aceptar dicha «elección de Ley» si quiere contratar. Sin embargo, el artículo 6 del Reglamento Roma I sólo regula ciertos contratos concluidos por consumidores pasivos a la hora de fijar su «Ley aplicable». Para ello, el contrato debe cumplir ciertas «condiciones subjetivas», ciertas «condiciones materiales» y ciertas «condiciones espaciales» —como se precisó con anterioridad—.

Visto que si se trata de regular contratos internacionales en los que una parte es un consumidor pasivo persona física habría que aplicar el artículo 6 del Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable, pues es la norma específica diseñada para la regulación de contratos de consumo, siempre que estemos dentro del ámbito de aplicación material, temporal y espacial del Reglamento Roma I, habría que preguntarse si, en este caso, la elección de Ley puede verse parcialmente limitada por lo dispuesto en el artículo 67

TR-LGDCU. Dicho de otro modo, habría que preguntarse en qué casos el artículo 6 del Reglamento Roma I es desplazado por el artículo 67 TR-LGDCU cuando se trata de regular un contrato internacional entre un consumidor pasivo y un profesional de la contratación cuyo contrato está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I y, por tanto, presenta un «vínculo estrecho» con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.

En este caso, es el principio de *especialidad* el que debe regir la relación entre ambas normativas, teniendo en cuenta que lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU no es de aplicación cuando las partes han elegido la ley de un Estado miembro de la Unión Europea. Como indican las Directivas Comunitarias es necesario que las partes hayan elegido la Ley de un tercer Estado, aunque no lo diga expresamente el TR-LGDCU. Hay que hacer énfasis en que sólo puede aplicarse el artículo 67 TR-LGDCU si la ley elegida es la de un tercer Estado, pues lo dispuesto en el artículo 67 va en contra de las Directivas Comunitarias de consumidores citadas. En este mismo sentido, el artículo 6.2 del Reglamento Roma I señala que la elección de Ley no puede contrariar jamás la aplicación de las normas imperativas del país de la residencia habitual del consumidor que supongan un mayor nivel de protección que la Ley elegida. Con lo cual si el consumidor tiene su residencia habitual en España, independientemente de la Ley elegida por los contratantes, habrá que aplicar junto a la Ley elegida por las partes lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU, como Derecho imperativo del ordenamiento jurídico donde se encuentra la residencia habitual del consumidor, si es una normativa más protectora para el consumidor.

3.º *Consumidor activo*. El TR-LGDCU protege tanto a los consumidores activos como a los consumidores pasivos, tal y como se regulaba en las Directivas objeto de transposición por esta normativa española. El Reglamento Roma I, sin embargo, sólo protege a los consumidores pasivos. Por ello, surge la duda de cuál es la ley aplicable a los contratos de consumo cuando el consumidor es activo.

Para entender la problemática de este tema hay que hacer varias precisiones. El artículo 6.3 del Reglamento Roma I regula el contrato de consumo celebrado por un consumidor activo, es decir, un consumidor cosmopolita que se desplaza para consumir al país del empresario o profesional en busca de unas condiciones contractuales más ventajosas (49). Según este precepto, el contrato de consumo se rige por la Ley determinada de conformidad con los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I. Por tanto, dicho contrato se rige por la Ley elegida por las partes y, en su defecto, normalmente, por la Ley del país donde tiene su sede el empresario. Sin embargo, la solución recogida en este

(49) M. J. LUNAS DÍAZ, «El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, pág. 493.

artículo 6.3 del Reglamento Roma I produce consecuencias negativas, porque permite al empresario «imponer» una Ley aplicable al contrato bajo la apariencia de una auténtica y real elección de Ley de las partes. En efecto, numerosos consumidores que contratan en el mercado comunitario están desprotegidos, de forma que el empresario les puede «imponer» una Ley aplicable, camuflada bajo una elección de Ley por las partes. Si dicha Ley «elegida» por las partes resulta ser la Ley de un «Estado no comunitario», el consumidor carece de los derechos que le otorga el Derecho comunitario. Ahora bien, en los casos en los que el contrato presenta vínculos estrechos con la Unión Europea, son de aplicación las Directivas Comunitarias y las Leyes de transposición, en concreto, el artículo 67 TR-LGDCU, reflejo de dicha transposición, que protege a los consumidores tanto si son activos como si son pasivos cuando deciden celebrar un contrato internacional con un profesional de la contratación, con independencia de la Ley elegida por los contratantes.

La falta de protección del «consumidor activo» que opera «en el mercado comunitario» es incompatible con la idea de «mercado único comunitario». En efecto: el consumidor debe «poder elegir» con qué profesional o empresa contratar, ya sea una empresa radicada en el Estado de su residencia habitual o radicada en otro Estado comunitario y en condiciones de igualdad. Si no se protege al «consumidor activo», éste no puede aprovecharse de las ventajas de operar en un «mercado único», pues sólo le compensa contratar con las empresas radicadas en su propio país, y no con las empresas radicadas en otros países comunitarios, pues en este caso no está «protegido» por el Derecho Internacional Privado. No existe ni «mercado único» ni sirve para nada la «armonización» de los Derechos nacionales de consumo de los Estados miembros.

En definitiva, si se trata de regular contratos internacionales en los que una parte es un consumidor activo persona física habría que aplicar los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I, pues son los preceptos que regulan la Ley aplicable a los contratos internacionales con carácter general para determinar la Ley aplicable, siempre que estemos dentro del ámbito de aplicación material, temporal y espacial del Reglamento Roma I, porque no es un contrato de consumidores a efectos del Reglamento Roma I, no entiende que exista una parte débil en el contrato a la que proteger. En este caso, el principio de *especialidad* debe regir las relaciones entre el Reglamento Roma I y el Derecho comunitario armonizado, con la consecuencia de que la elección de Ley puede verse parcialmente limitada o desplazada por lo dispuesto en el artículo 67 TR-LGDCU en dos supuestos: 1. Si el Reglamento Roma I remite al Derecho sustantivo material español, como *ad ex*, si las partes eligen como *lex contractus* la ley española, en virtud del artículo 3 del Reglamento Roma I. 2. Y también si se elige la Ley de un tercer Estado, pero la situación presenta un vínculo estrecho con la Unión Europea. En este supuesto es aplicable lo previsto en el artículo 67 TR-LGDCU. En ningún caso el artículo 67 TR-

LGDCU puede corregir la aplicación de la Ley elegida por los contratantes si se trata de una Ley de un Estado miembro de la Unión Europea, con independencia de que el artículo 67 establezca lo contrario.

3. RELACIONES ENTRE EL REGLAMENTO ROMA I Y LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE CONSUMO

44. Aunque las Directivas Comunitarias no son directamente aplicables, muchas veces se utilizarán como marco para la aplicación de las Leyes de transposición de las Directivas en aquellos casos en los que las Leyes de transposición van más allá de lo que quería el legislador comunitario, como es el caso del TR-LGDCU, como norma que transpone las Directivas en materia de consumidores. Por ello es necesario plantearse las relaciones existentes entre el Reglamento Roma I y las Directivas Comunitarias. El Reglamento Roma I no protege a los consumidores activos en su artículo 6, como acabamos de ver. Pues bien, la laguna del artículo 6 del Reglamento Roma I, que es una laguna consciente y querida por el legislador, se explica porque la protección del consumidor «activo» llega a través de las Directivas Comunitarias citadas y sus Leyes de transposición (50). Varios aspectos deben ser destacados al respecto:

- 1.º) Estas Directivas adoptan un «enfoque unilateral», por lo que vienen a decir que los consumidores pueden hacer valer los derechos que les reconocen las mismas cuando el caso está «estrechamente vinculado con la Unión Europea». Esta solución es la que recoge el artículo 67 TR-LGDCU. Con otras palabras, si el contrato está estrechamente vinculado con la Unión Europea, el Derecho Comunitario de protección del consumidor contenido en las Directivas Comunitarias, extiende su aplicación a tales contratos internacionales de consumo. Ello permite proteger a los «consumidores activos» en los casos «estrechamente conectados con la Unión Europea».
- 2.º) La prevalencia en la aplicación de las Directivas Comunitarias en materia de consumo sobre el Reglamento Roma I se recoge de forma expresa en el propio Reglamento Roma I, *ex* artículo 23. Ello es debido a que, a pesar del principio de primacía del Derecho Comunitario, como el Reglamento Roma I y las Directivas en materia de consumidores son normas de Derecho Comunitario, su relación se rige por el principio de especialidad, recogido en el artículo 23 del

(50) M. FALLON/S. FRANCO, «Towards internationally mandatory directives for consumer contracts?», en *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum K. Siehr*, TCM, Asser Press, 2000, pág. 161.

Reglamento Roma I citado (51). El Considerando 40 del Reglamento Roma I deja muy claro este extremo al señalar que el Reglamento Roma I «no debe excluir la posibilidad de incluir normas de conflicto de leyes relativas a obligaciones contractuales en disposiciones de Derecho Comunitario en relación con materias específicas». Habría que señalar que, en realidad, las Directivas Comunitarias sobre protección de consumidores no recogen normas de conflicto —como dice el Reglamento Roma I— sino *normas de extensión*, como ya se ha señalado con anterioridad; por lo que no señalan la Ley aplicable a los contratos de consumo sino que extienden la aplicación del Derecho protector comunitario a los contratos de consumo cuando las partes eligen la Ley de un tercer Estado. Y, de hecho, se aplica el Derecho Comunitario tal y como es transpuesto en el Estado al que pertenece el juez que está conociendo del caso (art. 3.4 del Reglamento Roma I). Si las Directivas recogieran normas de conflicto, no limitarían simplemente la autonomía conflictual de los contratantes sino que establecerían los puntos de conexión para determinar la Ley aplicable en defecto de elección. Por ello, no se aplica el Derecho Comunitario más conectado sino el Derecho Comunitario del foro, pues, en realidad, cualquier Derecho armonizado en la materia cumpliría con los objetivos de protección del mercado único.

- 3.º) La consecuencia jurídica de lo anterior es que la aplicación del Reglamento Roma I no puede solaparse sobre la aplicación de las Directivas Comunitarias en materia de consumo. En definitiva, hay que aplicar el Derecho Comunitario de consumo en los casos «estrechamente vinculados con la Unión Europea», partiendo de la prevalencia de las soluciones de Derecho Internacional Privado contenidas en estas Directivas sobre las soluciones de Derecho Internacional Privado contenidas en el Reglamento Roma I, evitándose que el contrato de consumo se rija por la Ley elegida por las partes. En efecto, sea cual sea la Ley elegida por los contratantes, serán de aplicación al contrato las disposiciones de estas Directivas, tal y como se formula en el artículo 67 TR-LGDCU, respecto a las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91 y respecto a las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías contenidos respectivamente en los artículos 92 a 106 y en los artículos 114 a 126, siempre que la aplicación de esta normativa interna de Derecho Privado español

(51) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*, pág. 8.

no vaya en contra de lo dispuesto en las Directivas que transpone. Ello no deja de ser paradójico, si tenemos en cuenta que la determinación de la ley aplicable a los contratos de consumidores a través de las leyes de transposición de las Directivas comunitarias en materia de consumo puede provocar la aplicación de una Ley distinta a la contemplada en el Reglamento Roma I, *ex* artículo 6 (52).

45. El artículo 6 del Reglamento Roma I y las Directivas Comunitarias protectoras del consumidor son plenamente aplicables, también, para la determinación de la Ley aplicable a los contratos electrónicos de consumo. En efecto, ni la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000 [comercio electrónico en el mercado interior], ni la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico —que transpone la Directiva 2000/31—, ni las Directivas Comunitarias en materia de contratos celebrados por consumidores contienen normas sobre la determinación de la «Ley aplicable» a los contratos internacionales electrónicos de consumo (art. 1.4 de la Directiva 2000/31 y art. 26 de la Ley 34/2002). Tampoco el artículo 6 del Reglamento Roma I ha introducido normas o cautelas específicamente previstas o diseñadas para los contratos *on line* o los contratos electrónicos de consumo. El legislador comunitario de 2008 fue consciente de ello. Por eso mismo, todas las observaciones realizadas sobre los problemas de aplicación del Reglamento Roma I y las Directivas Comunitarias sobre consumidores son perfectamente trasladables a los contratos electrónicos de consumo.

VIII. ARTÍCULO 67 TR-LGDCU Y ARTÍCULO 3.4 DEL REGLAMENTO ROMA I

46. Esta misma idea de protección del Derecho Comunitario recogida en el artículo 67 TR-LGDCU para los contratos internacionales de consumidores se vuelve a recoger en el artículo 3.4 del Reglamento Roma I para los casos en los que todos los elementos pertinentes de la situación se encuentran localizados en uno o varios Estados miembros y las partes eligen la Ley de un tercer Estado. En este caso, dicha elección se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho Comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo, tal y como se apliquen en el Estado miembro del foro.

47. Se trata de una disposición que no existía en el Convenio de Roma de 1980 y que está inspirada en la opinión de algunos autores que defendieron

(52) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», en *Diario La Ley*, núm. 6957, sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, versión *on line*, pág. 3.

la aplicación por analogía del artículo 3.3 del Convenio de Roma de 1980 a las situaciones puramente intracomunitarias y en el artículo 14.3 del Reglamento Roma II [Reglamento (CE), núm. 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales] (53). La solución ha sido criticada por el profesor P. LAGARDE: «La fórmula es excesiva, pues no hay fraude en eludir una disposición simplemente imperativa del Derecho objetivamente aplicable, procediendo a la elección de una ley que no la conocía. En realidad, esta disposición volvería a erigir toda disposición simplemente imperativa del Derecho Comunitario, desde el momento en que fuera objetivamente aplicable, en una disposición internacionalmente imperativa, o, dicho de otro modo, en una ley de policía» (54).

48. Este artículo 3.4 del Reglamento Roma I va a plantear muchos problemas de aplicación respecto de las Directivas existentes en materia de consumidores, pues supone un solapamiento de normas aplicables a los mismos contratos internacionales de consumidores. Hay que tener en cuenta varios datos para comprender por qué este límite impuesto a los contratos intracomunitarios por el artículo 3.4 del Reglamento Roma I no tiene base jurídica:

- 1.º) El problema de la traslación de esta regla a los contratos comunitarios, esto es, los contratos que se encuentran localizados en uno o varios Estados comunitarios, no tiene mucho sentido porque no existe una diferencia entre normas imperativas comunitarias aplicables a los casos puramente comunitarios y normas imperativas comunitarias aplicables a los casos internacionales.
- 2.º) Las normas comunitarias, como las Directivas o los Reglamentos, prevalecen siempre sobre la voluntad de los contratantes, no por el artículo 3.4 del Reglamento, sino sobre la base del artículo 23 del

(53) A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 78-79; O. LANDO, «The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations», en *CMLR*, 1987, págs. 159-214, conr. págs. 180-182; R. MICHIELS/H.-G. KAMANN, «Europäisches Verbraucherschutzrecht und IPR», en *JZ*, 1997, págs. 601-609, conr. pág. 604. El artículo 14.3 del Reglamento (CE), núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), dice así: «Cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro, no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho Comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo». Sobre esta disposición, vid., *ad ex*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado: El Reglamento «Roma II»*, Granada, Comares, 2008, pág. 98.

(54) P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», en *RCDIP*, 2006, págs. 331-349, conr. págs. 336-337.

Reglamento Roma I. El artículo 23 del Reglamento Roma I dispone: «Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho Comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales». Aunque existe una contradicción normativa entre el artículo 3.4 y el artículo 23 del Reglamento Roma I debe primar lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento Roma I (55).

- 3.º) Para entender este supuesto, habría que distinguir entre dos tipos de normas comunitarias: la Directiva y el Reglamento, pues su funcionamiento y aplicación son distintos. No es igual, jurídicamente hablando, que el contrato internacional de consumidores se vea afectado por la aplicación de una Directiva que por la aplicación de un Reglamento comunitario. Cuando se trata de aplicar una Directiva Comunitaria la transposición de la misma puede variar de un Estado miembro a otro. Esto se comprueba fácilmente con el TR-LGDCU cuando transpone las Directivas en materia de consumidores yendo mucho más allá de lo que las Directivas establecían. El artículo 3.4 *in fine* del Reglamento Roma I soluciona este problema al disponer que se aplicará el Derecho Comunitario tal y como se aplique en el Estado miembro del foro. Así, si conoce un juez español de un litigio derivado de un contrato internacional de consumo aplicará la ley elegida por los contratantes de un tercer Estado siempre que no contraríe las normas de Derecho Comunitario de las que las partes no puedan escaparse, si se encuentran todos los elementos del contrato localizados en uno o varios Estados miembros, pero no porque lo diga el artículo 3.4 del Reglamento Roma I, sino porque lo dice el artículo 23 del Reglamento Roma I, y en el caso del ordenamiento jurídico español, el artículo 67 TR-LGDCU. Se trata de una solución *legeforista*, pues la transposición de las Directivas no se hace por igual en todos los Estados miembros de la Unión Europea (56). Sin embargo, la aplicación de esta solución

(55) F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*, págs. 10-11; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», en *Diario La Ley*, núm. 6957, sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, versión *on line*, pág. 5.

(56) J. CARRASCOSA GÓNZALEZ, «CAPÍTULO XXVII. Operaciones internacionales de consumo», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 10.ª ed., 2009-2010, Granada, Comares, pág. 515; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009, versión *on line*, pág. 9.

legeforista no tendría por qué plantear mayores problemas puesto que, en principio, siempre que se aplique el Derecho armonizado de uno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, sin importar cuál, se cumplen los criterios de funcionamiento del mercado interior.

Si, por el contrario, el contrato de consumidores se ve afectado por disposiciones imperativas contenidas en Reglamentos comunitarios, visto que el Reglamento comunitario es único en todos los Estados miembros, los preceptos del mismo «que no puedan excluirse mediante acuerdo», se aplicarán al contrato siempre sin necesidad de que lo refleje expresamente el Reglamento Roma I.

- 4.º) Además, las Directivas y Reglamentos Comunitarios, en muchos casos, se aplican aunque no se encuentren todos los elementos del contrato localizados en uno o varios Estados miembros de la Unión Europea. Lo importante para que se aplique el Derecho Comunitario es que se den los elementos necesarios de aplicación territorial que exija la propia norma comunitaria (57). Los preceptos imperativos contenidos en Reglamentos o Directivas Comunitarias sólo pueden aplicarse al contrato cuando éste aparezca cubierto por el ámbito de aplicación espacial de la normativa comunitaria. Las Directivas en materia de consumidores contienen cláusulas expresas que determinan su ámbito de aplicación en el espacio. Otras, como la Directiva en materia de contrato de agencia, no lo contiene y el TJCE lo ha establecido en su jurisprudencia. La STJCE (Sala 5.ª), de 9 de noviembre de 2000, asunto C-381/98, /caso *Ingmar Gb tdv. vs Eaton Leonard Technologies Inc.*/ [STJCE 2000, 270] señaló que las normas de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, sobre el contrato de agencia, se aplican siempre que el agente comercial ejercite su actividad «en un Estado miembro». En definitiva, el legislador comunitario no determina la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, sino que fija el ámbito de aplicación en el espacio del Derecho Privado comunitario a través de normas de extensión (58). Esto es lo que ha hecho el legislador español al introducir en el TR-LGDCU la norma de extensión que recoge el artículo 67 TR-LGDCU. El único sentido que tiene el artículo 3.4 del Reglamento Roma I es fijar un meca-

(57) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», en *Diario La Ley*, núm. 6957, sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, versión *on line*, pág. 5.

(58) U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, «The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts», en *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, núm. 103, págs. 132-133.

nismo de lucha contra el fraude de Ley al Derecho Comunitario. Es decir, si la situación está objetivamente vinculada exclusivamente con la Unión Europea el Derecho Comunitario debe ser aplicable. De este modo se respeta la «autoridad del Derecho Comunitario», su vocación de ordenación de las situaciones comunitarias, como ocurre en el Derecho de consumidores. En todo lo no regulado por normas imperativas de Derecho Comunitario, la elección por las partes de una Ley de un tercer Estado será efectiva. Con este mecanismo se impide que las partes fabriquen una conexión artificial, aparente y no real, con un tercer Estado y eviten la aplicación del Derecho Comunitario a una situación enteramente vinculada con la Unión Europea (59). En realidad, para este viaje no se necesitaban tantas alforjas.

- 5.º) Es bastante paradójico que el artículo 3.4 del Reglamento Roma I sólo sea aplicable cuando las partes hacen uso de su autonomía conflictual a favor del Derecho de un tercer Estado y no cuando, a través de elementos objetivos *ex* artículos 4 y siguientes del Reglamento Roma I, se designa la Ley de un tercer Estado. Hay que tener en cuenta, de todos modos, que el artículo 3.4 del Reglamento Roma I no significa que la elección a favor de la Ley de un Estado no miembro de la Unión Europea sea nulo, sino que cuando el contrato se encuentra objetivamente vinculado con la Unión Europea se dejarán de aplicar aquellas normas de la Ley del tercer Estado elegido que sean contrarias al Derecho Comunitario armonizado. En el caso de no existir elección, este Derecho Comunitario armonizado no podría limitar la aplicación del Derecho de un tercer Estado designado por los criterios establecidos en los artículos 4 y siguientes del Reglamento Roma I.

49. La justificación de este precepto no es otro que el de limitar la libertad de elección de Ley de los contratantes cuando interviene en el contrato una parte débil, como es el consumidor. El Reglamento Roma I se ha decantado por la libertad absoluta de las partes para elegir la ley de cualquier país, aunque el contrato carezca de vínculos efectivos con él. La amplitud con la que el Reglamento Roma I reconoce a las partes la facultad de elegir una ley estatal no conectada, de manera objetiva, con el contrato internacional ha provocado que el legislador comunitario tome las medidas oportunas para proteger al consumidor en el mercado comunitario. Entre estas medidas se encuentra la contemplada en el artículo 3.4 del Reglamento Roma I, así como la regulación de la ley aplicable a los contratos de consumo recogida

(59) P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», en *RCDIP*, 2006, pág. 337.

en el artículo 6 del Reglamento Roma I —orden público de protección—. Por último, no hay que olvidar que el Reglamento Roma I, en su artículo 9, proclama la aplicabilidad de las leyes de policía de Estados especialmente conectados con el contrato —orden público de dirección— (60).

RESUMEN

CLÁUSULAS ABUSIVAS
CONSUMIDORES

El Reglamento número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales —conocido como «Roma I»—, DOUE L 177 de 4 de julio de 2008, regula en su artículo 6 la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumo. Sin embargo, no es la única norma de Derecho Internacional Privado que regula en la Unión Europea este problema. Existen varias Directivas Comunitarias en materia de consumidores que determinan su ámbito de aplicación en el espacio. A saber: la Directiva 93/13 CE, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo; la Directiva 97/7 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; y la Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de venta y garantías de los bienes de consumo. Estas Directivas pueden ser transpuestas de forma distinta de país a país con una clara lógica legeforista. En España la transposición de las Directivas citadas se recoge en el artículo 67 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007 [Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los

ABSTRACT

ABUSIVE CLAUSES
CONSUMERS

Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations —(Rome I)—, DOUE L 177, 4 July 2008, regulates in article 6 the law applicable to international consumer contracts. However, it isn't the only rule of private international law governing the European Union this problem. There are several Directives on consumers that determine its scope in space. To wit: Council Directive 93/13 EC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Council Directive 97/7 EC of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts and Directive 99/44/EC of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees. These Directives can be transposed differently from country to country with a clear logic legeforista. In Spain the transposition of these Directives set out in article 67 of Royal Legislative Decree 1/2007 of 16 November 2007 [revised text of the General Law on Protection of Consumers and Users and other complementary laws (TR-LGDCU)]. This paper tries to solve one of the most serious problems that exist in the regulation of consumer contracts: coordi-

(60) Vid., sobre estos temas, el sugerente estudio realizado por A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (www.uc3m.es/cdt), octubre de 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 52-133.

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TR-LGDCU)]. En este trabajo se intenta dar solución a uno de los problemas más graves que existe en la regulación de los contratos de consumidores: la coordinación en la aplicación de las normativas comunitarias de Derecho Privado existentes en materia de consumidores. Así, por un lado, el operador jurídico se encuentra con el Reglamento Roma I y, por otro lado, las Directivas Comunitarias en materia de consumidores y las leyes de transposición de dichas Directivas, como el TR-LGDCU. En definitiva, debe evitarse una situación en que haya dispersión de normas de conflicto, así como las diferencias entre esas normas.

nation in the implementation of community rules of private law existing on consumers. So on the one hand, the legal operator meets Rome I Regulation and, secondly, the EU Directives on consumer and the laws transposing the Directives, such as TR-LGDCU. Finally, a situation where conflict-of-law rules are dispersed among several instruments and where there are differences between those rules should be avoided.

(Trabajo recibido el 16-3-2010 y aceptado para su publicación el 20-9-2010)

El uso de información privilegiada en el Derecho colombiano

por
JORGE OVIEDO ALBÁN (*)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

- I. REGULACIÓN DE LA INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN COLOMBIA.
 - II. EL CONCEPTO INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y SU FUNDAMENTO:
 1. CONCRECIÓN.
 2. REFERENCIA A VALORES NEGOCIABLES O INSTRUMENTOS FINANCIEROS.
 3. AUSENCIA DE PUBLICIDAD.
 4. RELEVANCIA.
 - III. SUJETOS.
 - IV. CONDUCTAS, DEBERES Y PROHIBICIONES:
 1. PROHIBICIÓN GENERAL DE REALIZAR OPERACIONES.
 2. SUMINISTRAR INFORMACIÓN PRIVILEGIADA A TERCEROS.
 3. ACONSEJAR LA ADQUISICIÓN O VENTA DE VALORES EN EL MERCADO.
 4. LA OBLIGACIÓN DE REVELAR INFORMACIÓN POR PARTE DE LOS EMISORES.
 - V. ENTIDADES, PROCEDIMIENTOS Y SANCIONES.
 - VI. LOS CASOS DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN COLOMBIA:
 1. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.
 2. CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA BOLSA DE BOGOTÁ Y BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA.
 3. AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES.
 - VII. CONCLUSIONES.
- BIBLIOGRAFÍA.

(*) Jefe del Área de Derecho Privado, Profesor de Derecho Comercial y Director del Grupo de Investigación en Derecho Privado en la Universidad de La Sabana (Colombia). Profesor de postgrado en las Universidades Javeriana, Externado y de los Andes en Bogotá.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto estudiar la forma como se encuentra regulado el tema relativo al uso de información privilegiada en el Derecho colombiano, tanto desde el punto de vista financiero, como penal y en la autorregulación del mercado de valores. Ello, con el fin de establecer cuáles son los fundamentos sobre los que descansa la regulación colombiana sobre la materia; los sujetos destinatarios de las normas; las conductas, deberes y prohibiciones; tipo de sanciones y entidades encargadas de la aplicación del régimen sobre información privilegiada. Se presentarán además, los casos sobre uso indebido de información privilegiada que han sido fallados por las entidades respectivas, con el fin de plantear algunas consideraciones personales sobre la forma como dicho régimen se ha venido construyendo y aplicando en Colombia, de manera que se pueda hacer una valoración sobre los logros, debilidades y retos que se plantean.

Cabe señalar que, no obstante contar con reglas sobre información privilegiada hace casi dos décadas, la aplicación de la normatividad data de épocas recientes. Tal vez ello se refleje en la poca atención que ha dispensado la doctrina a este tema, encontrándose tan sólo algunas anotaciones esporádicas y poco acertadas en la doctrina societaria y un artículo de revista jurídica, unido a algunas informaciones de carácter periodístico.

I. REGULACIÓN DE LA INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN COLOMBIA

La regulación sobre información privilegiada es relativamente reciente en Colombia. En efecto, no obstante que ya la Ley 32 de 1979, por la cual se creó la Comisión Nacional de Valores a la que le fue encargado adoptar las medidas generales para proteger los «...sanos usos y prácticas que deben observarse en el mercado de valores» y «adoptar las demás medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representadas en los documentos de que trata esta ley» (1), lo cierto es que la primera referencia legislativa que apareció en el país relacionada con el uso de información privilegiada, fue la del artículo 75 de la Ley 45 de 1990. Esta norma estableció una prohibición de carácter general al señalar que ninguna persona podrá de forma directa o por intermedio de otro, realizar operaciones en el mercado de valores, utilizando información privilegiada.

(1) TORRADO ANGARITA, Jorge, «El uso de información privilegiada en el mercado de valores colombiano a la luz de la experiencia estadounidense», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 39 (2008), pág. 11.

La antigua Superintendencia de Valores (que tras la fusión con la Superintendencia Bancaria, se transformaron en Superintendencia Financiera), dictó la Resolución 1200 de 1995. Esta resolución estableció una definición de información privilegiada en el artículo 1.1.1.1 y consagró además el deber de revelar información privilegiada y una serie de prohibiciones consistentes en realizar operaciones y revelar tal información en el artículo 1.1.3.1. Adicionalmente, se consagró en el artículo 1.1.1.2 la prohibición para los agentes que intervienen en el mercado de abstenerse de utilizar información privilegiada para sí o para un tercero.

Esta resolución también introdujo por medio del artículo 3.6.1.2 el requisito para las sociedades comisionistas de bolsa, de tener un manual de procedimiento que incluya reglas que permitan evitar que se configuren conflictos de interés y manejo de información privilegiada.

Posteriormente, han aparecido una serie de regulaciones sobre la materia básicamente las contenidas en:

- Ley 222 de 1995, que introdujo una importante reforma al régimen de sociedades y concursos, que en el artículo 23 se refiere al deber de los administradores societarios de abstenerse de utilizar información privilegiada.
- Ley 795 de 2003, modificatoria del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que en el artículo 26 introdujo el deber legal para una serie de sujetos de abstenerse de realizar operaciones con acceso a información privilegiada, y en el artículo 38 la misma regla, pero para funcionarios de entidades fiduciarias.
- La Ley 964 de 2005, que en su artículo 4 lit. g, autoriza al Gobierno para intervenir en las actividades del mercado de valores por medio de normas generales, para dictar normas en materia de uso indebido de información privilegiada.
- El Código Penal, expedido mediante Ley 599 de 2000, tipificó en el artículo 258 el delito de utilización indebida de información privilegiada, como uno de los delitos contra el patrimonio económico.

Esta primera aproximación permite advertir que, por lo menos desde el punto de vista formal, la regulación sobre información privilegiada en Colombia es un tanto dispersa. Ello tal vez puede constituirse en un obstáculo para su desarrollo y efectiva puesta en práctica. Aunque, claro está, todo depende del criterio con el cual los funcionarios encargados de velar por su correcta aplicación, tanto entes administrativos como judiciales la desarrollen. No obstante, puede ser más conveniente para que los objetivos perseguidos por las normas respectivas sean realidad, que existiere una legislación sistemática y armónica de forma que se eviten los posibles tropiezos deriva-

dos de la referida dispersión normativa. El análisis hecho en los siguientes acápite permitirá verificar si esta primera aproximación crítica es real.

II. EL CONCEPTO INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y SU FUNDAMENTO

El artículo 75 de la Ley 45 de 1990, además de consagrar una prohibición general sobre uso de información privilegiada en el mercado de valores, introdujo un concepto general que sirve de punto de partida para el estudio del tema. La parte correspondiente de la norma dispone:

«Para estos efectos se entenderá que es privilegiada aquella información de carácter concreto que no ha sido dada a conocer del público y que de haberlo sido la habría tenido en cuenta un inversionista medianamente diligente y prudente al negociar los respectivos valores».

Como enseña HERNÁNDEZ SÁINZ, aquellos ordenamientos que buscan proteger el correcto funcionamiento del mercado de valores garantizando su integridad, se apoyan en definiciones generales dirigidas a cualquier tipo de sujetos, donde el eje del sistema lo constituye el concepto mismo de información privilegiada, a diferencia de aquellos (como el norteamericano) que se basan en identificar los sujetos a quienes se destina la prohibición (2). Esta consideración permite afirmar que desde este punto de vista, la definición de la legislación colombiana pertenece al primer grupo. Adicionalmente, en dicha definición se encuentran las cuatro características básicas que según la doctrina deben concurrir simultáneamente, para que la información respectiva pueda ser calificada como privilegiada, a saber (3):

1. CONCRECIÓN

La norma en mención señala que la información de que trata debe ser «de carácter concreto».

(2) HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther, *El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pág. 292.

(3) HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, pág. 290 y sigs. También se ha destacado que las características de: relevancia, información privada o no pública y referida a valores, se exige por la doctrina en el caso norteamericano, a pesar de no encontrarse una definición de carácter legal. Cfr. GUZMÁN ANRIQUE, Francisco, *Información privilegiada en el mercado de valores*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, págs. 43 a 46. Igualmente pueden verse las referencias al Derecho Comparado en: SALAH ABUSLEME, María Agnes, *Responsabilidad por uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Lexis Nexis, Santiago, 2004, págs. 10 a 28.

No se encuentra en Colombia definición legal sobre lo que signifique que la información sea concreta. Para ello puede acudir al Derecho Comparado y la doctrina con el fin de aportar luces sobre el significado de este término. Como destaca HERNÁNDEZ SÁINZ, la Directiva 2003/124/CE define el elemento concreción en el artículo 1.1, al establecer que:

«...se entenderá que la información es de carácter preciso si indica una serie de circunstancias que se dan o pueden darse razonablemente o un hecho que se ha producido o que puede esperarse razonablemente que se produzca, cuando esa información sea suficientemente específica para permitir que se pueda llegar a concluir que el posible efecto de esa serie de circunstancias o hecho sobre los precios de los instrumentos financieros derivados correspondientes».

En crítica a la traducción castellana de esta norma, la autora sugiere la siguiente:

«Se entenderá que la información es de carácter concreto si hace referencia a un conjunto de circunstancias que se dan o que puede esperarse razonablemente que se den o a un hecho que se ha producido o que puede esperarse razonablemente que se produzca, siempre que esa información sea lo suficientemente específica como para poder extraer conclusiones sobre el posible efecto de esa serie de circunstancias o hechos en los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes» (4).

Ello permite inferir que la información no es concreta, interpretando en sentido contrario, cuando se trate de circunstancias que no se han producido o no es probable que se den y que por ende, consisten en meras especulaciones.

2. REFERENCIA A VALORES NEGOCIABLES O INSTRUMENTOS FINANCIEROS

Insiste la doctrina en el hecho de que la información que pueda considerarse como privilegiada debe tener un contenido determinado que son «valores negociables o instrumentos financieros» (5).

(4) HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, pág. 303.

(5) HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, pág. 395 y sigs. La autora se apoya en lo que dispone el artículo 1.1 de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, además del artículo 81.1 de la Ley española 24 de 1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

La norma mencionada señala que esta información, de haber sido conocida, pudo haber incidido en la negociación de instrumentos negociados en el mercado de valores. Desde este punto, la definición también coincide con una de las características requeridas para que la información sea calificada como privilegiada.

3. AUSENCIA DE PUBLICIDAD

Consiste en que la información no se ha hecho pública (6). Ello, no por el hecho de ser secreta o estar sometida a reserva, sino porque no se ha divulgado. En palabras de HERNÁNDEZ SÁINZ:

«La información secreta es aquella cuya divulgación está vetada, pues su titular, por determinadas razones, no desea que sea accesible a otros sujetos. En cambio, la información privilegiada tiene como destino natural su divulgación» (7).

Esta nota característica amerita ser destacada, puesto que a partir de la diferenciación con conceptos que son cercanos, evita incurrir en equívocos a los que puede llegarse —y de hecho se llega, como se verá más adelante— por asimilaciones conceptuales erróneas.

La norma es enfática en señalar que la información de que trata, no debe haber sido dada a conocer al público. También se observa la coincidencia con las características requeridas por la doctrina.

4. RELEVANCIA

Consistente en aquella información «...capaz de generar una respuesta en el mercado. Es una inversión cuyo conocimiento le permite a un inversor realizar una mejor elección» (8), y que además entra en directa relación con la característica de ser concreta (9).

La relevancia es una característica que también se encuentra en la definición legal, al disponer que esta información, de haber sido conocida, la habría tenido en cuenta un inversionista medianamente diligente y prudente al negociar los respectivos valores, es decir, habría hecho la elección más conveniente.

(6) HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, pág. 319.

(7) HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, pág. 321.

(8) HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, pág. 362.

(9) «La concreción de la información se halla en clara conexión con su relevancia, esto es, con su capacidad para influir en la cotización del valor o instrumento al que la información se refiere». HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, págs. 303 y 304.

A pesar de la evidente claridad normativa, con posterioridad a esta ley han aparecido otras definiciones de información privilegiada en el Derecho colombiano. La primera es la contenida en el artículo 1.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores, que dispuso:

«Artículo 1.1.1.1. Definiciones. Para los efectos de la presente resolución se entiende por:

Información privilegiada: Se considera información privilegiada aquella que está sujeta a reserva, así como la que no ha sido dada a conocer al público existiendo deber para ello. Asimismo, de conformidad con el artículo 75 de la Ley 45 de 1990, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 190 de 1995, se entenderá que es privilegiada aquella información de carácter concreto que no ha sido dada a conocer del público y que de haberlo sido la habrá tenido en cuenta un inversionista medianamente diligente y prudente al negociar los respectivos valores».

Esta definición era innecesaria. Primero, porque repite lo dispuesto en la definición legal y además porque en el intento de ampliarla, incluye elementos que nada agregan, como son: «Aquella que está sujeta a reserva, así como la que no ha sido dada a conocer al público existiendo deber para ello». Se entiende por parte de la doctrina que estos casos constituyen información que no es pública, por lo que basta la indicación general contenida en la Ley 45 de 1990 antes señalada. Ahora, lo que se considera poco afortunado es que la definición de información privilegiada introducida por la Resolución 1200, haya generado y escindido dos supuestos distintos. Si se observa, la primera parte de la disposición califica como información privilegiada a la que está sujeta a reserva y la que no ha sido dada a conocer al público existiendo deber legal para ello. Parece que se enfatiza en la ausencia de publicidad, sin tomar en consideración las otras notas características, como son la relevancia, el estar referida a valores y ser concreta.

Es clara la generación de un nuevo supuesto que no se consagra en la Ley 45 de 1990, puesto que la segunda parte de la disposición establece que: «asimismo» se considerará como información privilegiada, la que cuenta con las notas características ya señaladas, es decir: como la define el artículo 75 de la Ley 45 de 1990. Esto puede llevar entonces a que de acuerdo con la disposición de la resolución, por el solo hecho de realizar negociaciones en el mercado de valores con utilización de información reservada y no pública, ya se violen las disposiciones de información privilegiada, sin importar si se cumplen o no los otros requisitos mencionados (10).

(10) La doctrina ya ha destacado este error en el que incurrió la resolución 1200. Así lo destaca TORRADO ANGARITA al señalar que la mencionada disposición: «Introduce una

A lo anterior, deben adicionarse dos definiciones de carácter administrativo dadas tanto por la Superintendencia Financiera como por la de Sociedades.

La Superintendencia Financiera, mediante concepto 2007057761 - 003 de 28 de noviembre de 2007, consideró que por información privilegiada debe entenderse:

«...aquella a la cual sólo tienen acceso directo ciertas personas en razón de su profesión u oficio, la cual por su carácter, está sujeta a reserva, que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero» (11).

La definición que da la Superintendencia está equivocada y descontextualizada. Ello, en cuanto la limita a la característica de ser «no pública», obviando las otras características ya mencionadas, entre las cuales cabe destacar nuevamente: concreta, relevante y relacionada con valores o instrumentos financieros. Pareciere que la Superintendencia asimila en este concepto, información privilegiada a la información comercial e industrial de la sociedad sobre la cual debe guardarse reserva. La doctrina ha señalado ya que debe delimitarse el concepto de información privilegiada con conceptos cercanos como información no pública y secreta (12). El hecho de que se utilice información reservada para fines diferentes a la negociación de instrumentos financieros en el mercado de valores, no hace que los sujetos respectivos incluyan el uso indebido de información privilegiada y tampoco sujetos de las normas penales respectivas, como lo sugiere el concepto de la Superintenden-

nación más amplia y diferente a la contemplada en la ley», y «...la Superintendencia de Valores “empaqueta” como si fuera una sola cosa dos conductas bastante diferentes y con efectos también totalmente distintos: Una cosa es violar la reserva a que están sujetos los intermediarios de valores, asunto que ciertamente debe ser castigado y en donde se está amparando o protegiendo a quien tenía el derecho a que dicha reserva se mantuviera, y otra bien diferente y con consecuencias directas en todos los inversionistas, es el utilizar indebidamente información privilegiada para realizar operaciones en el mercado de valores». Adiciona el autor: «No puede en forma alguna afirmar la Superintendencia que la disposición legal se había quedado corta o inservible frente al tema, pues, en la fecha de expedición de la misma, en 1995, la entidad no había iniciado y menos sancionado a persona alguna en el mercado de valores por la conducta que se examina». TORRADO ANGARITA, *ob. cit.*, pág. 20.

(11) Sin indicar para efectos de qué y con qué argumentos jurídicos, el concepto de la Superintendencia agrega, a renglón seguido, de la definición adoptada: «Dicha aclaración es necesaria, pues el concepto de información privilegiada descrito difiere de la definición dada a la información privilegiada por el literal *a*) del artículo 1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995...».

(12) «...Una información secreta nunca podría considerarse como privilegiada, ya que carecería de la característica de la relevancia. Al no estar destinada a ser divulgada, no es previsible que influya en la cotización, puesto que en principio no va a ser puesta en conocimiento de la generalidad de los inversores». HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, pág. 322.

cia en varios de sus apartes. Se requiere, se insiste, que dicha información sea relevante y esté relacionada con valores negociados en el mercado.

Por otra parte, la Superintendencia de Sociedades, tanto en la Circular externa, número 20, de 4 de noviembre de 1997, como en oficio de 220-059047 de 26 de octubre de 2006 (que repite textualmente lo señalado en la Circular), ha incurrido en un error conceptual, tal como pasa a destacarse.

Dispuso la Superintendencia en la Circular mencionada:

«Por información privilegiada debe entenderse aquélla a la cual sólo tienen acceso directo ciertas personas (sujetos calificados) en razón de su profesión u oficio, la cual por su carácter, está sujeta a reserva, ya que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero.

Características de la información privilegiada:

Es necesario que a ella sólo tengan acceso determinadas personas, en razón al cargo o de sus funciones en el sector público o en el sector privado.

Debe tener la idoneidad suficiente para ser utilizada.

Debe versar sobre hechos concretos y referidos al entorno societario o al ámbito dentro del cual actúa la compañía.

Uso indebido de la información privilegiada:

Se considera que hay uso indebido de la información privilegiada cuando quien la posee y está en la obligación de mantenerla en reserva, incurra en cualquiera de las siguientes conductas, independientemente de que su actuación le reporte o no beneficios:

Que se suministre a quienes no tienen derecho a acceder a ella.

Que se use con el fin de obtener provecho propio o de terceros.

Que la oculte maliciosamente en perjuicio de la sociedad o en beneficio propio o de terceros, lo cual supone usarla sólo para sí y, por abstención, en perjuicio de la sociedad para estimular beneficio propio o de terceros.

Que se haga pública en un momento inapropiado.

Igualmente habrá uso indebido de la información, cuando existiendo la obligación de darla a conocer no se haga pública y se la divulgue en un medio cerrado o no se le divulgue de manera alguna.

Algunos casos en los cuales no se configura el uso indebido de la información privilegiada:

Cuando el órgano competente de la sociedad autorice expresamente al administrador el levantamiento de la reserva.

Cuando la información se le suministre a las autoridades facultadas para solicitarla y previa su solicitud.

Cuando es puesta a disposición de los órganos que tienen derecho a conocerla, tales como la asamblea general de accionistas, la junta de socios, la junta directiva, el revisor fiscal, los asociados en ejercicio del derecho de inspección y los asesores externos, etc.».

En la doctrina del Derecho societario también se observa la tendencia conforme con lo que ha entendido la Superintendencia de sociedades a asimilar la información privilegiada, con la información secreta o reservada de las sociedades que por su función, lleguen a conocer ciertos sujetos, entre ellos los administradores societarios. Así, por ejemplo, REYES VILLAMIZAR, cuando al comentar el deber de los administradores, contenido en los numerales 4 y 5 del artículo 23 de la Ley 222, señala:

«En el segundo caso, se refiere a información privilegiada, como la que existe, por ejemplo, sobre situaciones futuras de la compañía, v. gr., emisiones de acciones, solicitud de acuerdo de reestructuración, etc., cuya divulgación puede perjudicar a la compañía» (13).

Varios comentarios ameritan lo anterior:

El primero, es que la Superintendencia descontextualiza el concepto «información privilegiada» al asumirla como la que puede ser utilizada con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero. Cabe insistir conforme a lo que se destacó anteriormente, que el concepto tiene una delimitación material muy clara, que es la relevancia y el estar relacionada con valores e instrumentos financieros, no con otro tipo de actividades o negocios.

El segundo, es que el hecho de no ser pública, no debe llevar a afirmar que es privilegiada la información reservada. Efectivamente, se ha señalado anteriormente, que aquella información de carácter reservado o secreto, no puede ser calificada como privilegiada, puesto que esta última es la que está destinada a ser conocida.

Puede considerarse además que la tendencia a ampliar el concepto «información privilegiada» por fuera de su original campo material de acción, también se observa en Colombia en las normas penales. En efecto, el artículo 258 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece dos supuestos diferentes. Mediante el primero, se refiere al

(13) REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Derecho Societario*, t. II, 2.^a ed., Temis, Bogotá D. C., 2006, págs. 594 y 595. En el mismo sentido, NARVÁEZ GARCÍA, «El deber de abstención de utilizar indebidamente información privilegiada se explica porque ésta generalmente es confidencial, lo cual implica que sólo puedan utilizarla los administradores en beneficio de la compañía». NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho Mercantil colombiano, teoría general de las sociedades*, 8.^a ed., Legis, Bogotá D. C., 1998, pág. 358.

«...uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea de conocimiento público con el fin de obtener provecho para sí o un tercero»,

que el que como empleado, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada; mientras que el segundo, sí lo restringe al ámbito de la negociación de valores.

Señala la norma en su segundo inciso:

«En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el Registro Nacional de Valores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público».

Se observa con preocupación cómo en el Derecho colombiano el concepto «información privilegiada», ha venido descontextualizándose con la tendencia a ser asimilado a todo tipo de información relevante para los entes económicos. Es conveniente por ello y sobre todo por las implicaciones prácticas que el tema pueda tener, sugerir no alejarse de la definición legal contenida en la Ley 45 de 1990, la cual como se destacó, cumple con las características concurrentes que tanto en la doctrina, como en el Derecho Comparado han sido identificadas. De lo contrario, podría incurrirse en decisiones y sanciones equivocadas.

En cuanto al fundamento de las reglas sobre uso de información privilegiada, puede afirmarse que, no obstante, no aparecer señalado en las normas respectivas, se trata de la transparencia en el mercado, toda vez que así está reconocido en el artículo 1.1.1.2 de la Resolución 1200 de 1995, que consagra los principios que deben orientar en el manejo de los conflictos de interés y el manejo de información privilegiada. Así dispone el artículo en mención:

«Artículo 1.1.1.2. Principios orientadores. Para los efectos de la presente resolución se consideran principios orientadores en relación con los conflictos de interés y el manejo de información privilegiada a los siguientes:

a) Transparencia: Un mercado transparente es aquel en el cual es posible una apropiada formación de precios y toma de decisiones, como consecuencia de niveles adecuados de eficiencia, de competitividad y de flujos de información oportunos, suficientes y claros, entre los agentes que en él intervienen».

Hay en ello coincidencia con los planteamientos que ya ha hecho la doctrina, que consisten en considerar que una de las premisas económicas sobre las que se basa el análisis de la prohibición del abuso de información privilegiada,

es la plena transparencia, que se constituye en uno de los requisitos para alcanzar la eficiencia en el mercado de valores. Así entonces,

«La eficiencia informativa alude a la capacidad de los mercados para incorporar toda la información disponible en los precios de manera que la valoración que incorporan sea lo más exacta posible» (14).

III. SUJETOS

Cabe preguntarse por los sujetos destinatarios de las reglas sobre información privilegiada en el Derecho colombiano. Para ello, se hará una revisión de cada una de las reglas antes mencionadas, con el fin de verificar si existe una constante en las normas respectivas o si, por el contrario, se trata de distintos tipos de sujetos destinatarios.

En sus orígenes, el concepto *insider trading* hacía referencia a personas que se encontraban dentro de la estructura del emisor de valores, de quien se consideraba que violaba los deberes fiduciarios hacia el emisor y hacia los inversores. Actualmente también quedan sujetos a la prohibición en el uso de información privilegiada los *outsiders*, quienes desde una posición externa al emisor obtienen la información y la utilizan en forma indebida. Por ello, en el sistema europeo se ha llegado a considerar que lo importante no es la posición que se tenga, bien sea *insider* u *outsider*, sino que se posea la información privilegiada (15).

La Ley 45 de 1990 abarca tanto a las personas que por razón de su profesión u oficio tengan acceso a información privilegiada, como a cualquier tipo de sujeto. Ello se deriva de lo que aparece formulado en la primera parte del artículo 75 de dicha ley, al señalar que:

«Ninguna persona podrá, directa o a través de interpuesta persona, realizar una o varias operaciones en el mercado de valores utilizando información privilegiada».

Ello, sin perjuicio de abarcar también a los *insiders*, al señalar que:

«Incurrirán en la misma sanción las personas que hayan recibido información privilegiada en ejercicio de sus funciones o los intermediarios de valores (...)».

Por esto, puede afirmarse que la Ley 45 de 1990, siguió la tendencia observada en el Derecho Comparado, de estructurar la regulación sobre información privilegiada a partir de la posesión y utilización de la misma independientemente de la calidad del sujeto.

(14) HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, pág. 58.

(15) HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, págs. 39 y 40.

No obstante lo anterior, las regulaciones posteriores, como procede a destacarse, han ido restringiendo el campo subjetivo de acción de las normas sobre uso de información privilegiada al enfatizar en las calidades de los sujetos que la poseen.

La Ley 222 de 1995 de reforma al régimen societario, limita el campo de las reglas sobre información privilegiada a los administradores de las sociedades, que según el artículo 22 de dicha ley son: el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones, por cuanto es para ellos para quienes consagra la prohibición general de abstenerse de utilizar información privilegiada. La Superintendencia de Sociedades, por medio de la Circular Externa, número 20 citada, también restringe el ámbito subjetivo de acción de las normas sobre información privilegiada al señalar que es aquella a la cual sólo tienen acceso directo «...ciertas personas (sujetos calificados) en razón de su profesión u oficio...».

La Ley 795 de 2003 también se ubica dentro de esta tendencia, puesto que el artículo 26 consagra como prohibición general de abstenerse de realizar operaciones a partir de información privilegiada dentro del giro de los negocios de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria (hoy financiera) a los directores, representantes legales, revisores fiscales y en general todo funcionario con acceso a dicha información. La norma circunscribe el ámbito subjetivo de acción de la misma a sujetos que hagan parte de la organización de las entidades, nótese como estas normas van especializando la calidad que deben ostentar los sujetos, lo que podría restringir el campo de acción de las mismas y no abarcar las conductas de quienes, sin tener la calidad de funcionarios, podrían poseer información privilegiada y llevar a cabo operaciones como consecuencia de ello.

Por otro lado, en una norma que resulta repetitiva e innecesaria, el artículo 38 de la misma ley estableció que los directores, representantes legales, revisores fiscales y en general todo funcionario de entidades fiduciarias con acceso a información privilegiada deberán abstenerse de realizar cualquier operación que dé lugar a conflictos de interés entre el fiduciario y el fideicomitente o los beneficiarios designados por éste. Es repetitiva e innecesaria, pues no solamente puede entenderse que tales sujetos quedarían comprendidos dentro de los enumerados en el artículo 26 de la misma ley, sino también bajo los supuestos del artículo 75 de la Ley 45 de 1990.

Por su parte, la Ley 904 de 2005, se encamina nuevamente por los cauces abiertos por la Ley 45 de 1990, al señalar en el artículo 4 lit. g, que el Gobierno intervendrá en el mercado de valores, mediante

«...normas en materia de uso indebido de información privilegiada dirigidas a los participantes del mercado y servidores públicos con acceso a dicha información».

Es claro que para esta norma lo importante vuelve a ser la tenencia y utilización de dicha información y no la calidad que puedan ostentar los sujetos. Lo mismo sucede con la Resolución 1200 de 1995, que en el artículo 1.1.1.2, lit. c., consagra la prohibición para todos los «agentes que intervienen en el mercado» de abstenerse de utilizar información privilegiada, sea que hagan o no parte de la organización respectiva.

En cuanto al Código Penal, en el artículo 258 antes mencionado, distingue dos grupos de sujetos relacionados también con el ámbito material en el que se utilice la «información privilegiada». El primero, como ya se destacó, que es referido por fuera de las negociaciones con valores, que la norma limita a: empleados, directivos, miembros de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, y el segundo que si lo restringe a los que por razón de su profesión u oficio utilicen información privilegiada en el mercado de valores. En el segundo caso, la norma penal abarca más sujetos de los que se incluyen en las normas financieras, por lo que se encuentra una total falta de armonía entre ambas, toda vez que pueden llegar a configurarse eventos en que los sujetos violan las normas penales, por el hecho de que por razón de su profesión u oficio utilicen información privilegiada, pero no las financieras, por no estar comprendidos dentro de la enunciación normativa correspondiente.

Por todo lo anterior, puede afirmarse desde ya que así como ha sucedido con el concepto que a pesar de su claridad inicial ésta se ha ido desdibujando, lo propio acontece con los destinatarios de las prohibiciones, que de una regla general consistente en la posesión de la información, se ha tendido a considerar la posición calificada que se ostenta frente al emisor, hasta llegar a señalar que recientes normas tanto financieras como penales y resoluciones administrativas, limitan la información privilegiada a los casos en que una persona ha tenido acceso a ella en razón de su profesión u oficio, por lo que quedarían por fuera de la legislación todos aquellos que usaren información privilegiada sin haber tenido acceso a ella en razón de su profesión u oficio. Así entonces y frente a lo que se planteó en la parte introductoria, acerca de tratar de encontrar la armonía entre la regulación dispersa, puede afirmarse y concluirse anticipadamente que la legislación colombiana no tiene una regulación sistemática y ordenada, sino dispersa y apoyada sobre pilares diferentes. Resulta conveniente por ello, que tanto los emisores como las entidades gubernamentales de control, piensen en proponer una regulación que además de basarse en la experiencia del Derecho Comparado, trate de evitar y superar todos los errores conceptuales que han ido surgiendo en Colombia los que pueden entorpecer el adecuado desarrollo de la figura.

IV. CONDUCTAS, DEBERES Y PROHIBICIONES

De lo establecido en las normas a las que se ha hecho mención, puede derivarse un grupo de conductas que en sí mismas constituyen uso indebido de información privilegiada. A partir de los elementos coincidentes, se agruparán haciendo los comentarios que se consideren pertinentes. Cabe afirmar, de forma introductoria, que este tipo de conductas prohibidas por la legislación colombiana coinciden con la tipología de conductas o actividades que se prohíbe desarrollar a quienes poseen información privilegiada, conforme se ha desarrollado en el Derecho Comparado y como lo registra la doctrina:

«...la negociación estando en posesión de información privilegiada, la comunicación de la información, salvo en casos justificados y la recomendación o inducción de operaciones a terceros con base en la misma» (16).

a) *Prohibición general de realizar operaciones*

A partir de lo consagrado en el artículo 75 de la Ley 45 de 1990, se puede señalar que existe una conducta genérica que objetivamente significa uso de información privilegiada y consiste en la prohibición a toda persona, de realizar una o varias operaciones en el mercado de valores utilizando tal información. La Resolución 1200 de 1995, en el artículo 1.1.3.1, lit. a, también consagra esta prohibición para las sociedades comisionistas de bolsa y comisionistas independientes, al establecer que deben abstenerse de:

«e.1. Realizar cualquier operación en el mercado utilizando información privilegiada, en los términos del artículo 75 de la Ley 45 de 1990, 27 de la Ley 190 de 1995 y el artículo 1.1.1.1, letra a) de la presente resolución».

A esta prohibición genérica también están sometidos los administradores de sociedades, conforme lo establecido en el artículo 23, lit. g de la Ley 222 ya mencionado; los sujetos calificados enunciados en los artículos 26 y 38 de la Ley 795 de 2003, etc. Claro está, que con el fin de encontrar coherencia con el ámbito material de las reglas sobre uso de información privilegiada, los sujetos de estas normas incurrirían en violación de la prohibición general, siempre y cuando utilicen la información privilegiada en la realización de operaciones en el mercado de valores. Utilizarla por fuera de este mercado podría conllevar que se activen otras normas y prohibiciones y por ende san-

(16) HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, pág. 513.

ciones, pero no las relativas a la utilización indebida de información privilegiada, como se ha insistido en líneas anteriores.

1. SUMINISTRAR INFORMACIÓN PRIVILEGIADA A TERCEROS

El artículo 75 de la Ley 45 de 1990, establece además, que incurren en las sanciones respectivas, quienes hayan recibido información privilegiada en ejercicio de sus funciones o los intermediarios de valores y la suministren a un tercero que no tiene derecho a recibirla.

Cabe destacar que la simple lectura de la norma lleva a pensar que el solo comunicar la información a terceros, sea que se realicen o no operaciones, implica incurrir en uso indebido de información privilegiada a diferencia de lo que se establece en la parte de la norma que consagra la prohibición general.

Según un sector de la doctrina, el solo hecho de comunicar la información no puede considerarse como una conducta que constituye uso indebido de la información privilegiada, requiriéndose que se utilice por parte del tercero en transacciones. Así se ha pronunciado TORRADO ANGARITA, quien expresa:

«...nosotros creemos que la correcta interpretación de la norma supone siempre que se hayan efectuado operaciones en el mercado de valores con base en información privilegiada. (...) Ello se deriva del mismo encabezado de la norma cuando señala que: ninguna persona podrá, directamente o a través de interpuesta persona, realizar una o varias operaciones en el mercado de valores utilizando información privilegiada» (17).

El autor se apoya además, en argumentos de Derecho Comparado al señalar:

«...si hay transmisión de información privilegiada, pero no se utiliza la misma de ninguna manera ni con base en ella se realiza operación alguna en el mercado, la revelación podrá constituir cualquier otra infracción, pero resultará inocua frente al mercado de valores que busca proteger la norma que comento. Este mismo razonamiento y exigencia es establecido en la legislación americana, la cual considera que el fraude bajo la sección 10 (b) se consuma, no cuando el fiduciario recibe la información material no pública, sino cuando sin revelarlo a la fuente que le suministró dicha información, se compromete o entra en una negociación de valores...» (18).

(17) TORRADO ANGARITA, *ob. cit.*, págs. 11 y 12.

(18) TORRADO ANGARITA, *ob. cit.*, pág. 12.

Sobre ello, cabe afirmar lo siguiente:

Evidentemente de la lectura de la norma surge la inquietud consistente en determinar si la sola comunicación de la información privilegiada a un tercero, ya convierte a quien la comunica, en acreedor de las sanciones respectivas. La duda, pues la norma no lo establece. Una interpretación diferente a la de TORRADO ANGARITA que se propone, es la siguiente: para efectos de la tipificación de las conductas atentatorias de la prohibición general, bastaría que los que con ocasión de sus funciones o los intermediarios de valores suministren la información a terceros que no tienen derecho de recibirla. Esto, por sí solo haría que el sujeto emisor se haga acreedor a las sanciones que correspondan, porque ya ha violado un deber legal de abstención y genera una situación de peligro en el mercado. Ello, pues la simple lectura del artículo permite deducir que el verbo rector de la frase es «suministrar», por lo cual, basta que se suministre la información para que la conducta genere la sanción.

Adicionalmente, se puede considerar que también el que recibe la información se haría acreedor a las sanciones respectivas, no por el hecho de recibirla, sino cuando la utilice al realizar una o varias operaciones en el mercado de valores, puesto que aquí si se activaría el supuesto establecido en la primera parte del artículo.

Por su parte, el artículo 1.1.3.1 de la Resolución 1200 de 1995, también establece que las sociedades comisionistas de bolsa y los comisionistas independientes deben abstenerse de: «e.2. Suministrar información a un tercero que no tenga derecho a recibirla conforme a las disposiciones citadas».

Ahora, si se trata de apelar al Derecho Comparado como argumento para sustentar la interpretación propuesta, como lo hace el autor comentado, puede señalarse que en el caso español, sobre la base del artículo 81.2 de la Ley de Mercado de Valores, se ha afirmado que:

«...las conductas de comunicación y recomendación sólo ponen en peligro el bien jurídico protegido por el artículo 81.2 LMV. La comunicación indebida de información privilegiada o la recomendación de operaciones no constituyen comportamientos concurrentes en el mercado que resulten contrarios a las exigencias de la buena fe objetiva, pero crean un riesgo elevado de que las personas que reciben la información o la recomendación desarrollen este tipo de conductas. Las dificultades que entraña la detección y la sanción de los casos de negociación sobre la base de información privilegiada hacen recomendable que se adelante la protección del bien jurídico. Utilizando la sistemática penal, podemos decir que la comunicación de información privilegiada es una infracción de peligro abstracto, donde la *ratio legis* del precepto es el peligro que para el buen funcionamiento del mercado supone la circulación in-

debida de estas informaciones (puesto que aumenta el riesgo de que se utilicen» (19).

En Chile, igualmente se ha señalado que conforme al artículo 165 de la Ley de Mercado de Valores:

«Resulta destacable que nuestra regulación no subordine la existencia de la infracción al hecho de que el destinatario de la información haga un uso efectivo de la misma, es decir, no se requiere un resultado concreto de ganancia o de evasión de una pérdida por parte de la persona a quien se le comunicó la información, lo cual demuestra que uno de los valores protegidos por la legislación es el principio de transparencia en el mercado, más que la mera producción de un daño» (20).

2. ACONSEJAR LA ADQUISICIÓN O VENTA DE VALORES EN EL MERCADO

En este caso ya no se trata de que el que posee la información privilegiada realiza directa o indirectamente las transacciones, ni suministra la información, sino que por el contrario recomienda o induce a otros a la negociación de los valores. En este caso, incurriría en las sanciones respectivas, no sólo quien aconsejó, sino quien con base en ello realizó las transacciones.

En la doctrina se sugiere la siguiente interpretación: no bastaría que se haya aconsejado o inducido la venta o negociación de los valores, sino que dichas operaciones efectivamente se lleven a cabo, sosteniendo como argumento que así se ha interpretado en el Derecho Comparado, concretamente en el Derecho norteamericano (21).

Puede observarse que la redacción de la norma sugiere la misma inquietud que en el punto anterior. Contrario a lo que piensa doctrina más autorizada, se considera que la legislación colombiana tipificó esta conducta de modo que sólo basta en haber aconsejado la adquisición o venta de un valor en el mercado para que el sujeto que aconsejó la operación se convierta en acreedor de las sanciones. Adicionalmente cabría considerar como infractor de la prohibición general y también sancionarlo, al receptor que realiza la transacción, puesto que aquí nuevamente se estaría incurriendo en violación de la prohibición general. Independientemente de cualquier interpretación que haya surgido en el extranjero, se puede sostener y ello derivado de la interpretación literal de las normas respectivas, que la legislación colombiana

(19) HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, págs. 513 y 514.

(20) SALAH ABUSLEME, *ob. cit.*, págs. 174 y 175.

(21) TORRADO ANGARITA, *ob. cit.*, pág. 12.

quiere proteger el mercado de una forma *ex ante* y no *ex post*, esto es, con el solo hecho de generar la situación de peligro para el mercado y no esperando que se realicen en todo caso las transacciones. Ello puede servir como una especie de antídoto para evitar prácticas indebidas.

También el artículo 1.1.3.1 de la Resolución 1200, establece que las sociedades comisionistas de bolsa y los comisionistas independientes deben abstenerse de: «e.3. Con base en dicha información, aconsejar la adquisición o venta de un valor en el mercado, según lo previsto en el artículo 75 de la Ley 45 de 1990 y el artículo 27 de la Ley 190 de 1995».

Se puede igualmente indicar, que sobre esta conducta se ha señalado en el caso español:

«En cuanto a la recomendación, la razón de su prohibición es que el legislador desea que los comportamientos competitivos en el mercado de valores se desarrollen con lealtad y conforme a las exigencias de la buena fe objetiva. La persona que ha recibido una recomendación de negociación basada en información privilegiada está compitiendo de forma desleal en el mercado y aprovechándose de las ineficiencias intrínsecas del sistema de plena transparencia» (22).

3. LA OBLIGACIÓN DE REVELAR INFORMACIÓN POR PARTE DE LOS EMISORES

Como se destacó en líneas anteriores, la información privilegiada es la que siendo de carácter concreto, está destinada a ser conocida por los inversionistas, por ser relevante para las transacciones que pretenden realizar. Por ello está destinada a ser pública, para que deje de ser privilegiada y su uso no sea indebido. Así, en la doctrina se ha insistido en que quienes la poseen y en principio los emisores de valores, deben revelarla, como una forma de garantizar la transparencia en el mercado.

En Colombia, dicha obligación está consagrada en el artículo 1.1.2.18 de la Resolución 400 de 1995, que fue expedida por la que en su momento era la Superintendencia de Valores (hoy Superintendencia Financiera) y en el artículo 1.1.3.1. lit. a de la Resolución 1200 de 1995. Según la primera disposición:

«Todo emisor de valores deberá divulgar, en forma veraz, clara, suficiente y oportuna al mercado, a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda situación relacionada con él o su emisión que habría sido tenida en cuenta por un experto prudente y diligente al comprar, vender o conservar los valores del emisor o al

(22) HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, pág. 514.

momento de ejercer los derechos políticos internos inherentes a tales valores».

Por su parte, la resolución 1200 consagra dicha obligación, así:

«Artículo 1.1.3.1. Reglas de conducta que deben ser adoptadas por las Sociedades Comisionistas de Valores en relación con su función de intermediación. En desarrollo del capítulo I, del título I, de la parte primera de la presente resolución, las sociedades comisionistas de bolsa y las comisionistas independientes de valores deberán adoptar las siguientes reglas de conducta:

a) Revelar al mercado la información privilegiada o eventual sobre la cual no tengan deber de reserva y estén obligadas a transmitir».

V. ENTIDADES, PROCEDIMIENTOS Y SANCIONES

La entidad encargada de velar por la aplicación de las reglas sobre información privilegiada es la Superintendencia Financiera. Conforme lo dispone la Ley 964 de 2005 en el artículo 49, esta entidad

«...tendrá la facultad de imponer, a quienes desobedezcan sus decisiones o a quienes violen las normas que regulen el mercado de valores, las sanciones a que se refiere el presente título, cuando incurran en cualquiera de las infracciones previstas en el artículo siguiente de la presente ley», entre las cuales se encuentra, según lo dispone el artículo 50, lit. e de dicha ley: «e) Incumplir las normas sobre información privilegiada, o utilizar o divulgar indebidamente información sujeta a reserva»,

y en el literal g:

«No divulgar en forma veraz, oportuna, completa o suficiente información que pudiere afectar las decisiones de los accionistas en la respectiva asamblea o que, por su importancia, pudiera afectar la colocación de valores, su cotización en el mercado o la decisión de los inversionistas de vender, comprar o mantener dichos valores».

Ahora, entre las sanciones que se pueden imponer, según el artículo 53 de la Ley 964, bien sea a título personal, o institucional, están: a) Amonestación; b) Multa a favor del Tesoro Nacional; c) Suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años para realizar funciones de administración, dirección o control de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Su-

perintendencia de Valores (hoy financiera); *d*) Remoción de quienes ejercen funciones de administración, dirección o control o del revisor fiscal de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores (hoy financiera); *e*) Suspensión o cancelación de la inscripción en cualquiera de los registros a que se refiere la ley. La norma dispone también que las sanciones previstas en el presente artículo podrán aplicarse simultáneamente, siempre que su acumulación no pugne con su naturaleza.

De acuerdo con el artículo 58 de la mencionada ley, la actuación administrativa de la Superintendencia para determinar la comisión de infracciones podrá iniciarse de oficio, por queja o por traslado de cualquier autoridad.

Además de lo anterior, en Colombia existe un sistema de autorregulación obligatorio a partir de la Ley 964 de 2005 y el Decreto 1.565 de 2006, aplicable a todos los que realizan intermediación de valores. Los entes autorreguladores tienen una función normativa, de supervisión y disciplinaria tendientes a proteger a los inversionistas y mantener la transparencia e integridad del mercado, tal como se dispone en el artículo 24 y siguientes de la Ley 964. Cabe destacar que recientemente se han adelantado varios procesos disciplinarios por utilización indebida de información privilegiada por parte de la Corporación Autorregulador del Mercado de Valores (AMV) a los cuales se hará referencia más adelante.

Además de lo anterior, debe señalarse que cuando se tipifique el delito de uso indebido de información privilegiada, de acuerdo al artículo 258 del Código Penal, la sanción que impondrán los jueces es de multa que puede ascender a la suma de 1.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Resulta tal vez poco adecuado imponer multas, tanto en los procesos administrativos como cuando se tipifique el delito de uso indebido de información privilegiada. En ocasiones, la multa puede resultar poco representativa frente al margen de ganancia obtenido por el actor de la conducta indebida, e incluso hasta ser presupuestada por el mismo, lo que puede conllevar que las conductas prohibidas sean ilusorias (23). Ante ello, el Derecho colombiano debería pensar en otro tipo de penas y sanciones, que incluso en el ámbito penal puede ser hasta de privación de la libertad.

Adicionalmente, cabe plantear que otros mecanismos propios del Derecho Civil que pueden aplicarse frente al uso de información privilegiada, son las acciones de nulidad por ilicitud en el objeto, por tratarse de negociaciones realizadas en violación de prohibiciones legales (24). No obstante, la comple-

(23) También lo advierte en el mismo sentido TORRADO ANGARITA, *ob. cit.*, pág. 18.

(24) Las acciones o «remedios» civiles, tales como la nulidad de las transacciones o la responsabilidad por los daños cometidos con ocasión de las mismas, no son vistas por la doctrina como sanciones eficaces frente al uso de información privilegiada. «...las operaciones de los iniciados no lesionan directamente los intereses patrimoniales de terceros, de ahí que los remedios de índole civil como la nulidad contractual o la exigencia

alidad de los procedimientos judiciales unido a las dificultades de tipo probatorio, pueden hacer que no sea el mecanismo más eficaz para perseguir esta práctica.

VI. LOS CASOS DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN COLOMBIA

Se hace referencia, a continuación, a los casos de información privilegiada en Colombia que se han presentado recientemente, que de hecho constituyen los primeros.

1. SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

El primer caso de sanción institucional por uso de información privilegiada fue el sancionado por la Resolución 1316, de 1 de agosto de 2006 (25), que tras los recursos interpuestos la firma sancionada quedó en firme mediante resolución 874 de 13 de junio de 2007 (26).

Los hechos por los que se sancionó a la entidad fueron los siguientes:

La firma «Asesores en Valores, S. A., Comisionista de Bolsa», realizó operaciones de compra y venta de valores dentro de los meses de julio, agosto y septiembre de 2003. La firma llevó a cabo tales operaciones basadas en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), cuando éste todavía no había sido publicado por el DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística).

La firma fue sancionada por: *a)* Realizar operaciones de forma directa usando información privilegiada; *b)* Suministrar a terceros información privilegiada, y *c)* Dar asesoría o consejo a terceros con base en la información.

La Superintendencia consideró que los elementos constitutivos de información privilegiada en el Derecho colombiano consisten en la utilización, suministro y consejo, pues en sí mismas constituyen infracción a la transparencia, seguridad e igualdad en el mercado de valores.

Consideró igualmente la entidad, que el IPC constituye información privilegiada, pues se trata de información concreta y de carácter reservado hasta tanto es revelado por el DANE al público en general. Adicionalmente, señaló

de responsabilidades por daños y perjuicios sólo se puedan utilizar en supuestos excepcionales», como es el caso de la acción social de responsabilidad contra los administradores. HERNÁNDEZ SÁINZ, *ob. cit.*, pág. 716.

(25) Superintendencia Financiera de Colombia, Resolución núm. 1316, de 1 de agosto de 2006.

(26) Superintendencia Financiera de Colombia, Resolución núm. 874, de 13 de junio de 2007.

que tiene una incidencia directa en la conformación de los precios de algunos valores, de forma que siempre será tenido en cuenta por un inversionista diligente y prudente al realizar operaciones.

Nótese que en esta resolución, la Superintendencia optó por la interpretación sugerida en acápite anterior, consistente en determinar que en caso de suministro y consejo de la información privilegiada a terceros para la realización de operaciones, no se requiere que estos realicen las operaciones (27).

Otro caso de sanción por uso indebido de información privilegiada conocido y sancionado por la Superintendencia, es el siguiente:

La Superintendencia Financiera sancionó con multa de cuarenta y un millones de pesos (\$ 41.000.000) a un inversionista, el señor Héctor Arango Gaviria, por violación de las normas sobre utilización de información privilegiada en el mercado de valores (28).

El sancionado, a juicio de la Superintendencia, utilizó información privilegiada para comprar 69.359 acciones de la Compañía Colombiana de Tabaco (Coltabaco), por valor de 650 millones de pesos durante los días 30 y 31 de agosto de 2004, antes del proceso de venta de la tabacalera a una subsidiaria de Philip Morris. En esta operación, el sancionado obtuvo beneficios por ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000).

La sanción se basó en indicios derivados del comportamiento del inversionista, puesto que realizó la inversión antes de que se revelara la compra de la Compañía. Además, se probó que en el mes de realización de la operación: agosto de 2004, el sancionado efectuó y recibió llamadas de personas vinculadas a Coltabaco. También se tuvo en cuenta en la investigación, que algunas operaciones se hicieron a nombre de la esposa del sancionado, quien durante el año anterior no había efectuado ningún tipo de transacción, y justo en los días previos a la operación de venta de la Compañía, hizo la inversión mencionada.

Varias cosas cabe destacar: Lo primero, es que a diferencia del caso anterior, en éste no se trató de un intermediario de valores. Queda claro, a partir de los hechos, que no solamente las personas que actúan como intermediarias en el mercado de valores son las que pueden tener acceso a información privilegiada y actuar conforme a ella. Es por esto que resulta conveniente que en el Derecho colombiano se mantengan las reglas conforme a las cuales pueden aplicarse sanciones a todos los que usen en forma indebida tal

(27) En la Resolución 1316 puede verse con detalle el acervo probatorio sobre el que se basó la Superintendencia para tramitar el proceso e imponer las sanciones. Se encuentra registrada una serie de llamadas por medio de las cuales un funcionario de la firma suministra la información a terceros y aconseja la realización de operaciones.

(28) Superintendencia Financiera de Colombia, Resolución núm. 1450, de 12 de septiembre de 2008.

información, independiente de que a ella hayan tenido acceso en virtud de su profesión u oficio, que como se vio, parece ser la interpretación que pretende abrirse camino en Colombia. De todas formas (y es un dato que todavía no se conoce en el momento de preparación de este trabajo), hubiere resultado importante que la investigación y sanción se hubiere extendido a la persona o personas que suministraron la información que permitió al inversionista realizar la transacción mencionada. Finalmente: lo único que deja dudas sobre la efectividad de este tipo de investigaciones y sanciones son los montos de las multas. Se insiste en que los márgenes de ganancias derivadas de las operaciones realizadas a partir del uso de información privilegiada pueden ser muy elevadas, en contraste con el monto de la sanción, la cual puede incluso ser prevista y presupuestada por el eventual sancionado.

2. CÁMARA DISCIPLINARIA DE LA BOLSA DE BOGOTÁ Y BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA

Además de los dos casos mencionados que han sido investigados y sancionados por la Superintendencia Financiera, cabe destacar que en los niveles de autorregulación también se han conocido casos por uso de información privilegiada.

La Cámara Disciplinaria de la Bolsa de Bogotá, mediante resolución 32, de 27 de marzo, y 72, de 17 de septiembre de 1998, sancionó a una sociedad comisionista con multa y expulsó a uno de sus representantes legales, al considerar que habían usado información privilegiada.

La entidad comisionista, no obstante conocer la orden de capitalización de una entidad financiera por parte de la Superintendencia Bancaria, no la informó al mercado y promovió la celebración de una serie de operaciones sobre valores de dicha entidad, la cual fue intervenida para liquidación, ocasionándose un grave perjuicio para los inversionistas. La Sociedad Comisionista y uno de sus representantes fueron sancionados por haber incumplido el deber de revelar a los inversionistas la información privilegiada que poseía y aconsejarles la realización de operaciones sobre valores.

Como se advierte, la conducta sancionada fue infringir la obligación de revelar la información relevante para la realización de ciertas operaciones, que era privilegiada y tenía la posibilidad de incidir en la toma de decisión en efectuar o no las transacciones respectivas.

De todas formas, cabe señalar que los entes gubernamentales correspondientes también incurrieron en negligencia al no revelar al mercado una información que le interesaba y afectaba. Éste puede advertirse como un hecho a explorar, consistente en la responsabilidad que le compete a las entidades de inspección, vigilancia y control en materia económica y financiera, frente

a la omisión de informaciones que interesan al público en general y que puede llegar a afectarlo.

Otro caso relevante es el que se decidió por Acuerdo de terminación anticipada de proceso disciplinario, número 2, de 1 de abril de 2003, entre la Bolsa de Valores de Colombia, S. A. y un representante legal de una sociedad comisionista de bolsa.

Los hechos que dieron origen al proceso disciplinario fueron los siguientes: Dos sociedades manifestaron a sus accionistas la intención de efectuar un proceso de fusión, incluyendo la relación de intercambio accionaria. No obstante que a los accionistas se reveló la información el día 11 de julio de 2003, al mercado se dio a conocer el 25 de julio. El comisionista sancionado, basándose en la información que conocía por parte del Secretario General de una de las compañías involucradas en el proceso de fusión, sugirió a un inversionista la compra de acciones de una de las empresas.

La entidad autorreguladora consideró que el comisionista incurrió en violación del uso de información privilegiada, pues sugirió la compra de acciones antes de que la información sobre el proceso de fusión fuera revelado al público en general y que dicho comisionista ha debido revelarla al mercado, cuando la supo de parte de su cliente.

El proceso terminó en acuerdo anticipado y se decretó la suspensión y multa al comisionista.

Cabe señalar, que no obstante estar de acuerdo con lo anterior, también se extraña que no se hubiere adelantado ninguna investigación tendiente a determinar la responsabilidad en el suministro de información privilegiada al Secretario General de la Compañía que la reveló al comisionista y además a los administradores que no cumplieron la obligación de revelarla al público en general, sino varios días después de haberse tomado la decisión de efectuar la fusión.

3. AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES

Conforme a lo dispuesto en la Ley 964 de 2005, se impuso la obligación de tener un ente autorregulador a las personas que realicen intermediación de valores. Estas entidades cumplirán, conforme a la ley, funciones normativa, de supervisión y disciplinaria con el fin de proteger a los inversionistas y propender por el mantenimiento de la transparencia e integridad en el mercado. Precisamente, la Corporación «Autorregulador del Mercado de Valores», AMV, basada en el reglamento aprobado por Superintendencia Financiera mediante resolución 2327, de 20 de diciembre de 2006, ha llevado a cabo en el último año una serie de procesos disciplinarios sobre conductas constitutivas de uso indebido de información privilegiada, que se resumen a continuación.

El 11 de julio de 2007 se decidió una investigación sobre información privilegiada en contra de Inés Elvira Sinisterra, funcionaria de la Sociedad Comisionista de Bolsa Interbolsa, S. A. (29). Los hechos que iniciaron el proceso disciplinario fueron los siguientes:

El 4 de agosto de 2006 se publicó a través del módulo de información relevante de la Superintendencia Financiera, una noticia referida a la intención de integración de negocios entre las sociedades comisionistas AA, S. A. y BB, S. A. En la investigación se pudo determinar que entre el 28 de julio y el 4 de agosto de dicho año, antes de la publicación del proyecto de fusión, el volumen de negociación y precio de la acción de AA presentó un comportamiento inusual. Muchas de esas operaciones se realizaron el 4 de agosto, horas antes de la publicación del acuerdo de fusión, por parte de la señora Sinisterra, para varios de sus clientes, entre ellos para una sociedad de la cual era accionista su «compañero permanente». En la investigación se determinó que la señora Sinisterra realizó las operaciones basándose en la información que conocía sobre la integración de las dos sociedades, y con base en ella realizó operaciones de compra y venta de acciones de AA y aconsejó a terceras personas la realización de operaciones sobre la misma. Igualmente, AMV determinó que tal información era privilegiada por: «El inevitable impacto financiero y comercial que generaba dicha información respecto de las sociedades que estaban adelantando el negocio, así como las expectativas que necesariamente generaba el tamaño y segmento de mercado que lograría abarcarse con la futura integración, tenía necesaria ingerencia sobre la negociación de la acción AA. En tal medida, de haber sido conocida esa información por el público, habría sido tenida en cuenta por cualquier inversionista medianamente diligente y prudente para negociar la especie AA». Además, estableció que dicha información era de carácter concreto y relevante y la conducta de la investigada «...afectó gravemente la integridad y transparencia del mercado de valores, en detrimento también de los demás participantes del mercado que negociaron acciones en condiciones de desequilibrio respecto de la investigada».

El Tribunal Disciplinario finalmente impuso la sanción de expulsión por incumplimiento de las disposiciones relativas al uso de información privilegiada.

En otro caso, el Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia, también mediante resolución número 10, de 18 de octubre de 2007, decidió una investigación contra César Mendoza Sáenz, por los mismos hechos de la investigación anterior y considerando que el señor Mendoza, en uso de infor-

(29) Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia, AMV, Tribunal Disciplinario, Sala de Decisión 2, Resolución núm. 6, de 11 de julio de 2007.

mación privilegiada a través de la sociedad CC de la cual es accionista, compró y vendió acciones de AA, S. A., el día 4 de agosto: «...transgrediendo las disposiciones relativas al uso de información privilegiada y la prohibición de negociar acciones ostentando la calidad de administrador de una sociedad comisionista» (30). Con consideraciones similares a las del caso anterior, se decidió expulsar al sancionado e imponerle multa de setenta y nueve millones ochocientos cuarenta y nueve mil quinientos veinte pesos (\$ 79.849.520).

VII. CONCLUSIONES

A modo de conclusión de lo expuesto en este trabajo, puede indicarse:

- a) A pesar de contar en Colombia con una regulación que ya casi alcanza las dos décadas, solo recientemente se han empezado a conocer casos donde la Superintendencia Financiera y los entes autorreguladores han iniciado investigaciones e impuesto sanciones por uso indebido de información privilegiada en el mercado de valores.
- b) A pesar de la relevancia de los casos y decisiones de los entes sancionatorios, el impacto que el tema logra tener en Colombia, tanto en los círculos académicos, como profesionales, es bastante bajo. Prueba de ello es la escasa y casi nula atención puesta por la doctrina.
- c) Reflejo de lo anterior, constituyen una serie de interpretaciones doctrinales y administrativas equivocadas, acerca de lo que es en realidad la información privilegiada además de la materia que abarca y los sujetos destinatarios de la regulación. Se observa una tendencia a confundir el concepto con otro tipo de materias como la violación de deberes de reserva y confidencialidad, que no obstante su cercanía corresponde a otros escenarios y por ende, conlleva otro tipo de sanciones. Dentro de estas interpretaciones y regulaciones equívocas se destacan la societaria y penal.
- d) Se pone en duda la efectividad de la sanción económica, como un mecanismo que sirva para disuadir a los iniciados en la incursión en prácticas de uso de información privilegiada y como consecuencia que dicha práctica no se erradique. A menos que dichas sanciones estén acompañadas de otras más severas, como puede ser la pena de prisión por incurrir en el delito de utilización indebida de informa-

(30) Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia —AMV—, Tribunal Disciplinario, Sala de Decisión «2», Resolución núm. 10, 18 de octubre de 2007.

ción privilegiada y la expulsión y no admisión en el mercado de valores de quienes realicen dichas conductas, es poco probable que la práctica se erradique.

- e) Finalmente, conviene que en el Derecho colombiano se piense en una regulación sistemática que corrija los equívocos normativos e interpretativos en que se ha incurrido, recoja las experiencias positivas y aciertos de parte de la legislación y se construya un sistema sancionatorio y administrativo-judicial lo suficientemente preparado y dispuesto para aplicar las reglas.

BIBLIOGRAFÍA

- GUZMÁN ANRIQUE, FRANCISCO, *Información privilegiada en el mercado de valores*, Lexis Nexis, Santiago, 2007.
- HERNÁNDEZ SÁINZ, ESTHER, *El abuso de información privilegiada en los mercados de valores*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007.
- SALAH ABUSLEME, MARÍA AGNES, *Responsabilidad por uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Lexis Nexis, Santiago, 2004.
- NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho Mercantil colombiano, teoría general de las sociedades*, 8.ª ed., Legis, Bogotá D. C., 1998.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Derecho Societario*, t. II, 2.ª ed., Temis, Bogotá D. C., 2006.
- TORRADO ANGARITA, JORGE, «El uso de información privilegiada en el mercado de valores colombiano a la luz de la experiencia estadounidense», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 39 (2008), págs. 3 a 28.

RESUMEN

INFORMACIÓN PRIVILEGIADA MERCADO DE VALORES

El presente trabajo contiene una descripción y análisis crítico de la forma cómo se encuentra regulado en Colombia el uso de información privilegiada en el mercado de valores. A partir de una revisión doctrinal, destaca la tendencia en Colombia a confundir el concepto con otro tipo de materias, como la violación de deberes de reserva y confidencialidad, que no obstante su cercanía, corresponde a otros escenarios y por ende, conlleva otro tipo de sancio-

ABSTRACT

INSIDER INFORMATION SECURITIES MARKET

This paper contains a description and a critical analysis of how the use of insider information on the securities market is regulated in Colombia. A review of doctrine underlines the tendency in Colombia to confuse this concept with other kinds of matters, such as violation of the duties of confidentiality and secrecy, which, albeit closely related, corresponds to other scenarios and thus entails another kind of penalties. On the basis of a number of conceptual elements

nes. A partir de algunos elementos conceptuales aportados por la doctrina extranjera, el autor plantea una revisión de las normas que definen y sancionan el uso de información privilegiada en el Derecho colombiano, proponiendo una revisión y unificación de criterios entre las normas societarias, financieras, penales y el sistema de autorregulación.

contributed by foreign doctrine, the author suggests a revision of the rules that define and penalise the use of insider information in Colombian law, proposing a revision and unification of the criteria used in the rules of corporate, financial and criminal law and the self-regulation system.

(Trabajo recibido el 26-2-2010 y aceptado para su publicación el 20-9-2010)

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 14-5-2010

(BOE 27-9-2010)

Registro de Mazarrón

PATRIA POTESTAD: ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO CIVIL. DEFENSOR JUDICIAL.

Aun reconociendo que la tendencia legislativa y jurisprudencial es la de reconocer ciertos grados de capacidad a los menores no emancipados, en consideración a su grado de madurez, la previsión del artículo 166 del Código Civil, que permite sustituir la autorización judicial que necesitan los padres para ciertos actos que realizan en representación de sus hijos por el consentimiento del hijo mayor de dieciséis años, no implica que no haya que nombrar defensor judicial al menor cuando en sus padres concurra un interés contrapuesto, a pesar de que el mismo sea mayor de dieciséis y preste el consentimiento. Piénsese que en el supuesto de los menores emancipados también es preciso acudir al defensor judicial para completar su capacidad si el padre o tutor tiene un conflicto de intereses con el menor.

Resolución de 8-7-2010

(BOE 13-9-2010)

Registro de Cabra

PROHIBICIONES DE DISPONER: EFICACIA RESPECTO A LOS ACTOS REALIZADOS CON ANTERIORIDAD A SU ANOTACIÓN.

Plantea el Centro Directivo si, constando practicada una anotación de prohibición de disponer, cabe inscribir una escritura que contiene un acto de dis-

posición realizado con anterioridad a la práctica de dicha anotación. Después de analizar la no uniforme posición de la doctrina y de la jurisprudencia, llega a la conclusión de que debe practicarse tal inscripción, pero sin cancelar la anotación de prohibición, la cual subsistirá hasta que así lo acuerde la autoridad judicial competente.

Resolución de 12-7-2010
(BOE 18-9-2010)
Registro de Barbate

VENTA DE PARTICIPACIONES INDIVISAS: ACTO REVELADOR DE PARCELACIÓN URBANÍSTICA.

De conformidad con la legislación urbanística de Andalucía, debe confirmarse el criterio de la Registradora al exigir licencia o declaración de innecesariedad para inscribir una escritura por la que se vende una participación indivisa de una finca sobre la que antes se habían transmitido varias participaciones más, y en la que se había declarado una obra nueva consistente en una vivienda.

Resolución de 13-7-2010
(BOE 18-9-2010)
Registro de Cuenca

INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

Tratándose de un expediente de dominio de inmatriculación de finca, no es posible practicar la inmatriculación con una superficie distinta de la que aparece en la certificación catastral descriptiva y gráfica, aunque en el auto se señale que según medición técnica esa superficie es diferente.

Resolución de 14-7-2010
(BOE 20-9-2010)
Registro de Puçol

CONDICIONES RESOLUTORIAS: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Para la cancelación por el procedimiento previsto en el artículo 82, párrafo quinto de la LH, de una condición resolutoria, debe haber transcurrido el plazo de prescripción de quince años, más el año adicional, contado desde la fecha en que, según el Registro, debió cumplirse la obligación garantizada.

Resolución de 15-7-2010
(BOE 27-9-2010)
Registro de Alcázar de San Juan, número 2

SENTENCIA DECLARATIVA: FIRMEZA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Para la inscripción de una sentencia declarativa del dominio será necesario que conste su firmeza, sin que quepa hablar de una firmeza especial «a efectos

registrales». También debe acompañarse la sentencia de instancia, y no sólo la de apelación. Igualmente deben recogerse todas las circunstancias personales de las partes. El principio de tracto exige que hayan sido parte en el proceso el cónyuge del titular registral, tratándose de un bien ganancial, y el titular de una anotación de derecho hereditario, en tanto ve afectado su derecho. No cabe cancelar anotaciones preventivas que ya están canceladas por caducidad.

Resolución de 16-7-2010
(BOE 18-9-2010)
Registro de A Coruña, número 2

DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LICENCIA DE EDIFICACIÓN: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No es inscribible una sentencia judicial que declara la nulidad de una licencia de edificación, si en el procedimiento no han sido citados los titulares registrales actuales, ni tampoco se practicó la pertinente anotación preventiva de la demanda.

Resolución de 19-7-2010
(BOE 18-9-2010)
Registro de Ceuta

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. RECURSO GUBERNATIVO.

No es el recurso gubernativo el cauce adecuado para discutir sobre la validez o procedencia de asientos ya practicados, dado que tales asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales.

Resolución de 20-7-2010
(BOE 18-9-2010)
Registro de Madridejos

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Cancelada por caducidad una anotación de embargo administrativo, no es posible despachar el mandamiento de cancelación por el que se ordena la purga de las cargas que en su momento eran posteriores en rango a la anotación ahora cancelada. La caducidad produce la eliminación de la anotación y hace que las posteriores mejoren su rango registral.

Resolución de 22-7-2010
(BOE 18-9-2010)
Registro de Almuñécar

SEGURO DECENAL: EXCEPCIÓN EN CASO DE AUTOPROMOCIÓN.

El Centro Directivo, tras hacer un repaso sobre el sentido y fundamento de la exigibilidad del seguro decenal, explica qué requisitos han de reunirse para

aplicar la excepción del autopromotor. Y aunque se admite en casos como los de la Comunidad Valenciana, no lo considera aplicable en un supuesto en el que dos matrimonios son titulares en *pro indiviso* de una finca en la que ya aparecía declarada una vivienda, declaran ahora obra nueva de otra vivienda en la misma finca, y sin que pacten una regulación específica de uso que permita entender que cada uno de ellos usa individualmente una vivienda distinta.

Resolución de 23-7-2010

(BOE 18-9-2010)

Registro de Vera

SEGURO DECENAL: EXCEPCIÓN EN CASO DE AUTOPROMOCIÓN.

El Centro Directivo, tras hacer un repaso sobre el sentido y fundamento de la exigibilidad del seguro decenal, explica qué requisitos han de reunirse para aplicar la excepción del autopromotor. Se aclara que es exigible el seguro en casos de ampliación de obra, siempre que la misma afecte a las viviendas. Y aunque se admite la excepción del autopromotor en casos como los de la Comunidad Valenciana, no lo considera aplicable en un supuesto en el que se trata de un edificio plurifamiliar de viviendas y locales, no existiendo los rasgos propios de la Comunidad Valenciana.

Resolución de 26-7-2010

(BOE 18-9-2010)

Registro de Albaida

SEGURO DECENAL: EXCEPCIÓN EN CASO DE AUTOPROMOCIÓN.

El Centro Directivo, tras hacer un repaso sobre el sentido y fundamento de la exigibilidad del seguro decenal, explica qué requisitos han de reunirse para aplicar la excepción del autopromotor. Se aclara que es exigible el seguro en casos de ampliación de obra, siempre que la misma afecte a las viviendas. Y aunque se admite la excepción del autopromotor en casos como los de la Comunidad Valenciana, no lo considera aplicable en un supuesto en el que se trata de un edificio plurifamiliar de viviendas y locales, no existiendo los rasgos propios de la Comunidad Valenciana, y en el que además las características arquitectónicas no permiten la existencia independiente de las respectivas viviendas. Por otro lado, en el caso concreto, los dos otorgantes de la finalización de obra acaban de adquirir la propiedad de las fincas en el número anterior de protocolo.

Resolución de 27-7-2010

(BOE 20-9-2010)

Registro de Burgo de Osma

HERENCIA YACENTE.

El Centro Directivo señala que para poder anotar un embargo trabado en un procedimiento judicial seguido contra la herencia yacente del titular regis-

tral, es preciso acreditar el fallecimiento del causante. También habrá que comprobar si el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva a la vista de los documentos presentados, o, en caso contrario, se ha designado un administrador judicial. En este sentido se aclara que se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Sólo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral es cuando resultaría pertinente la designación de un administrador judicial.

Resolución de 16-8-2010
(BOE 27-9-2010)
Registro de La Unión, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No es posible practicar una anotación preventiva de demanda si la misma no se ha dirigido contra los titulares registrales. Es éste uno de los extremos que comprende la calificación registral de documentos judiciales.

Resolución de 19 y 20-8-2010
(BOE 27-9-2010)
Registro de Madrid, número 27 y Álora

HERENCIA YACENTE.

Para determinar la posible inscripción de un auto recaído en procedimiento seguido contra la herencia yacente del titular registral, habrá que comprobar si el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva a la vista de los documentos presentados, o, en caso contrario, se ha designado un administrador judicial. En este sentido se aclara que se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Sólo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral es cuando resultaría pertinente la designación de un administrador judicial.

Registro Mercantil

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 9 de julio de 2010

(BOE 13-9-2010)

Registro Mercantil de Burgos

ANOTACIÓN PREVENTIVA. COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA. PRÓRROGA.

La anotación preventiva de la publicación de un complemento a la convocatoria de Junta General —que sólo procede respecto de una sociedad anónima— no puede ser objeto de prórroga por los siguientes motivos:

- La propia finalidad de esta anotación es evitar, durante su vigencia, el acceso al Registro Mercantil de los acuerdos adoptados si no se ha efectuado la publicación solicitada. La sanción es, en este caso, la nulidad que puede ser instada por los socios solicitantes, pudiendo hacer constar en el Registro la demanda de impugnación y la resolución que ordene la suspensión de los acuerdos a través de la correspondiente anotación preventiva.
- En nuestro Derecho rige el sistema de *numerus clausus* en materia de anotaciones.
- El artículo 86 de la Ley Hipotecaria excluye la prórroga de anotaciones que tengan señalado un plazo de duración específico inferior a cuatro años.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL DOGC

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 3268/2010, de 31-5-2010

(DOGC 18-10-2010)

Registro de Figueres

DERECHO DE TRANSMISIÓN. SUSTITUCIÓN VULGAR.

En aplicación de las disposiciones establecidas en el Código de Sucesiones, si el llamado ha muerto sin aceptar ni repudiar la herencia, operará el derecho de transmisión y no la sustitución vulgar.

Resolución 3269/2010, de 16-9-2010

(DOGC 18-10-2010)

Registro de Lleida, número 1

DONACIONES CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN.

Se considera que una donación en la que se estipulaba que a la muerte del donatario la finca pasaría a una tercera persona, es una donación con sustitución fideicomisaria y puede ser modificada con el consentimiento del donante y primer donatario, sin necesidad de que intervenga el fideicomisario.

Resolución 3188/2010, de 17-9-2010
(*DOG*C 11-10-2010)
Registro de Barcelona, número 5

SUSTITUCIÓN VULGAR.

Tratándose de un caso en el que el llamamiento al cónyuge viudo no resulta efectivo por haberse producido la separación legal de los mismos, ello no afecta a los sustitutos vulgares que ocuparán el lugar del excónyuge que no ha podido heredar.

Resolución 3270/2010, de 21-9-2010
(*DOG*C 18-10-2010)
Registro de Lleida, número 1

INSTITUCIÓN DE HEREDERO. TESTAMENTO OLÓGRAFO.

Según el Derecho catalán, si el testamento no incluye la institución de heredero no será válido, aunque no sea necesario que tal institución se haga en esos literales términos. La adverbación de un testamento ológrafo no convalida ese defecto del testamento.

COMENTARIOS A RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

INSCRIBIBILIDAD DE LOS TÍTULOS DE FECHA ANTERIOR A UNA ANOTACIÓN PROHIBITIVA DE DISPONER

por

GABRIEL DE REINA TARTIÈRE
*Profesor Adjunto de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

SUMARIO: I. TEXTO DE LA RESOLUCIÓN.—II. COMENTARIO: 1. LAS TRES POSICIONES POSIBLES FRENTE A LA PRESENTACIÓN DE TÍTULOS DE FECHA ANTERIOR A UNA PROHIBICIÓN JUDICIAL DE DISPONER ANOTADA. 2. PRIORIDAD Y BUENA FE. 3. LA CONGRUENCIA DEL ORDEN JURÍDICO REGISTRAL COMO LÍMITE A LA SOLUCIÓN ECLÉCTICA IDEADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL. 4. UNA ADVERTENCIA FINAL SOBRE LAS PRETENDIDAS «PROHIBICIONES DE INSCRIBIR».

I. TEXTO DE LA RESOLUCIÓN

Resolución de 8 de julio de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «Lara Jurado, S. L.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Cabra, a inscribir la transmisión del dominio de determinados inmuebles motivada por su aportación en la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

En el recurso interpuesto por don J. A. A., en nombre y representación de la entidad mercantil «Lara Jurado, S. L.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Cabra, don Agustín Jesús Antrás Roldán, a inscribir la transmisión del dominio de determinados inmuebles motivado por su aportación en la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Granada, don Andrés Tortosa Muñoz, el 12 de mayo de 2004 (complementada por otra posterior

otorgada ante el mismo Notario el 31 de mayo del mismo año), y de la que son otorgantes don J. A. A. (representando a don F. L. J.) y don J. A. A. L., los dos últimos constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada, aportando don F. L. J., como contraprestación por las participaciones por él asumidas, determinados bienes inmuebles radicantes en la localidad de Cabra (Córdoba) e inscritos en su Registro de la Propiedad.

II

La citada escritura de constitución fue inscrita en el Registro Mercantil de Córdoba en fecha 22 de junio de 2004. Presentada al Registro de la Propiedad de Cabra el 18 de mayo de 2009, fue calificada del siguiente modo: «...constituyen una Sociedad Mercantil de Responsabilidad Limitada, a la cual don F. L. J. aporta las siguientes fincas... radicantes en este Distrito Hipotecario... Según los antecedentes de este Registro, resulta que en todas y cada una de las fincas aportadas existe tomada anotación de demanda de prohibición de disponer como medida cautelar adoptada, así como el nombramiento de Administración Judicial a doña... con sujeción a lo dispuesto en los artículos 738.3, 632 y 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, limitando su gestión ordinaria y sin que pueda realizar actos de disposición salvo autorización judicial. Asimismo en relación a la finca registral 5.499, inventariada bajo el número seis, consistente en una casa en calle (...) de Cabra, la misma se ha descrito en el precedente con una superficie de parte no edificada de trescientos dieciséis metros ochenta y nueve decímetros cuadrados, si bien en dicha parte no se ha deducido la segregación que se practicó de dicha finca el veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, de ciento treinta y cuatro metros cincuenta y ocho decímetros cuadrados, con lo que dicha finca pasó a tener una superficie en la parte sin edificar de ciento ochenta y dos metros con treinta y un decímetros cuadrados.

Fundamentos de Derecho

1. El artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria establece que en caso de calificación negativa deberá el Registrador firmar una nota expresando las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y la motivación jurídica, ordenadas en hechos y fundamentos de derecho. La Dirección General de los Registros y del Notariado en distintas Resoluciones ha sentado el criterio de que ha de realizarse una calificación íntegra del documento presentado al Diario, aunque no se haya acreditado el cumplimiento de las obligaciones fiscales. En tanto dicha doctrina resulta de obligado cumplimiento por aplicación del artículo 327 de la LH el Registrador que suscribe dicta la presente resolución. 2. El vigente artículo 18.1 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento establecen que los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la validez de los actos dispositivos cuya inscripción se solicita. 3. En el presente caso resulta que: 3.1. Por anotación letra A, extendida el uno de julio de dos mil cinco, en cada una de las fincas se tomó anotación preventiva de prohibición de disponer ordenada como medida cautelar en recurso de apelación civil número 96/2005, seguidos en la Audiencia Provincial de Córdoba en su sección tercera dimanante de los autos de... número 43/04 del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Cabra. 3.2. Y por anotación letra B, de veintidós de julio

de dos mil ocho, en cada una de las fincas aportadas existe extendida anotación de demanda de prohibición de disponer como medida cautelar adoptada, así como del nombramiento de Administrador Judicial a doña G. M. C. con sujeción a lo dispuesto en los artículos 738.3, 632 y 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, limitando su gestión ordinaria y sin que pueda realizar actos de disposición salvo autorización judicial. Anotación la cual fue ordenada en auto dictado firme el nueve de junio de dos mil ocho, por el Ilustrísimo Señor Juez don Alfonso Rincón González Alegre del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de los de Cabra, dimanantes del procedimiento civil de medidas cautelares previas, números 44/2008 seguidas a instancias de G. M. C. Por lo que procede suspender la inscripción del precedente documento al existir anotada la mencionada prohibición de disposición sobre los bienes objeto del precedente documento. 4. En relación a la finca registral 5.499, inventariada bajo el número seis y consistente en una casa..., la misma se ha descrito en el precedente con una superficie de parte no edificada de trescientos dieciséis metros ochenta y nueve decímetros cuadrados, si bien en dicha parte no se ha deducido la segregación que se practicó de la misma el veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro de ciento treinta y cuatro metros cincuenta y ocho decímetros cuadrados, que pasó a formar la finca registral 22.725... con lo que la finca pasó a tener una superficie resto en la parte sin edificar de ciento ochenta y dos metros con treinta y un decímetros cuadrados. En consecuencia procede la denegación de la inscripción ciento treinta y cuatro metros y cincuenta y ocho decímetros cuadrados inventariados de más en la parte no edificada, por aparecer los mismos inscritos a favor de persona distinta al aportante y haberse segregado de la misma pasando a formar la finca registral 22.725, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Vistos los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho invocados. Acuerdo: 1. Suspender la inscripción del título calificado al existir anotada prohibición de disponer, como medida cautelar, sobre los bienes objeto del precedente documento, en los términos expuestos, y denegar la inscripción de ciento treinta y cuatro metros y cincuenta y ocho decímetros cuadrados inventariados de más en la parte no edificada de la finca registral 5.499, casa..., por aparecer los mismos inscritos a favor de persona distinta al aportante y haberse segregado de la misma finca pasando a formar parte la finca registral 22.725 (sigue pie de recursos).—Cabra, 4 de junio de 2009.—El Registrador.—Fdo. Agustín Jesús Antrás Roldán.—Firma ilegible».

III

Don J. A. A., en su calidad de apoderado de la sociedad mercantil constituida a la que se aportaron los inmuebles, interpuso, el 30 de julio de 2009, recurso contra la anterior calificación, alegando en síntesis lo siguiente:

1. El titular registral de las fincas aportadas era, a la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución, don F. L. J., y las medidas cautelares adoptadas que dieron lugar a las anotaciones preventivas letras A (extendida en fecha 1 de julio de 2005) y B (extendida en fecha 22 de julio de 2008) no se han tramitado contra el citado aportante de los inmuebles, por lo que las mismas infringen el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y no debieron causar el correspondiente asiento, por lo que no pueden surtir efecto ante la solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura otorgada previa-

mente el 12 de mayo de 2004 y que supuso la transmisión del dominio a la sociedad limitada constituida, la cual tampoco ha tenido intervención en los procedimientos judiciales a que refieren las citadas anotaciones.

2. Al ser la escritura de fecha anterior a las anotaciones y al no haber sido parte en los procedimientos ni el aportante ni la sociedad constituida, no existe impedimento alguno que impida la inscripción solicitada, pues la transmisión de dominio tuvo lugar con anterioridad a las citadas anotaciones.

3. Respecto a la denegación de la inscripción de determinada superficie, por aparecer la misma inscrita a favor de persona distinta del aportante y haberse segregado aquélla, procede inscribir la aportación respecto de la finca registral 5.499 por su superficie real, deducida la de la segregación, por lo que no habría de denegarse la inscripción, sino limitarla a la superficie que consta, tanto en el título calificado, como en el Registro.

IV

El Registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe consta que se dio traslado del recurso al Notario para alegaciones, que no se han formulado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 17, 18, 19 bis, 20, 26.2, 42.4, 71 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 145 del Reglamento Hipotecario; las sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de febrero de 1912, 7 de febrero de 1942, y 22 de marzo de 1943; y las Resoluciones de esta Dirección General, de 27 y 30 de septiembre de 1926, 7 de enero de 1928, 8 de mayo de 1943, 31 de marzo de 1950, 22 de octubre de 1952, 7 de febrero de 1959, 22 de octubre y 2 de diciembre de 1998, 28 de julio de 1999, 23 de octubre de 2001, 23 de junio de 2003, 2 de enero, 7 y 18 de marzo, 27 de abril y 16 de junio de 2005, 3 de abril y 28 de junio de 2006, 11 de mayo y 18 de octubre de 2007, 28 de noviembre de 2008 y 3 de junio de 2009.

1. En el supuesto del presente recurso el Registrador suspende la inscripción de la transmisión dominical motivada por la aportación de determinados bienes inmuebles en la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, mediante escritura otorgada en el año 2004, porque al presentarse ésta en el Registro de la Propiedad en el año 2009 constan anotadas, sobre cada una de las fincas aportadas, dos prohibiciones de disponer decretadas por la Autoridad Judicial, en procedimiento de carácter civil, como medida cautelar, habiéndose practicado las anotaciones respectivas (A y B) en los años 2005 y 2008, así como en cuanto a la segunda, anotación preventiva del nombramiento de Administrador Judicial a doña G. M. C. con sujeción a lo dispuesto en los artículos 738.3, 632 y 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, limitando su gestión ordinaria y sin que pueda realizar actos de disposición salvo autorización judicial.

2. Conforme al artículo 26.2.^a de la Ley Hipotecaria, las prohibiciones de disponer o enajenar que tengan su origen inmediato en alguna resolución judicial o administrativa «serán objeto de anotación preventiva», previsión que enlaza con la norma del artículo 42, número 4, de la misma Ley al disponer

que podrá pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro «el que demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviera con arreglo a las Leyes, providencia... prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles», si bien estas últimas son sólo las anotaciones más comunes, pero no las únicas o exclusivas que pueden practicarse al amparo del citado artículo 26.2.^a, posibilidad que se extiende a las que tengan su origen en resoluciones administrativas, en los casos en que así esté previsto por una norma especial, y las acordadas en otro tipo de procedimientos, como el juicio ejecutivo, concursal, de división de herencia, etc., así como en procedimientos ajenos a la jurisdicción civil (cfr. v.gr., art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En todo caso, se trata de una medida cautelar que priva, durante el período en que se mantenga en vigor, del poder de disposición al demandado respecto de los bienes objeto de la anotación, con la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia o resolución que finalmente recaiga en el procedimiento principal, declarativo o ejecutivo, en cuyo ámbito se dicta, y sujeta a los trámites y requisitos fijados por los artículos 730 y siguientes de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en el caso de los acordados en procedimiento civil.

3. En los estudios realizados sobre estas anotaciones, ya desde antiguo, tanto por la doctrina de los comentaristas como por la jurisprudencia, se planteó la cuestión de la determinación concreta de sus efectos, particularmente en relación con aquellos actos dispositivos que fueron otorgados antes de que se ordenara la prohibición de disponer, pero que se presentaron a Registro después de practicada la anotación. Y es que, si bien se trata de actos que desde el punto de vista sustantivo o civil pueden considerarse válidos o eficaces, como veremos, su acceso al Registro podría cuestionarse por las dificultades de su adaptación a los principios registrales de nuestro sistema, básicamente con el principio de prioridad, dada la falta de claridad de las normas aplicables a esta materia.

Así, por un lado, el citado artículo 26 de la Ley Hipotecaria, nada dispone al respecto, dado que sus tres reglas, en contra de lo que parece anunciar su párrafo primero, se limitan a determinar la forma en que las prohibiciones han de hacerse constar en el Registro, sin indicar los efectos concretos que se le hayan de atribuir.

Por otro lado, el artículo 44 de la Ley Hipotecaria dispone que: «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código Civil». El artículo 1.923 fija la preferencia sólo en cuanto a créditos posteriores, lo que ha permitido entender, por vía de analogía, que las prohibiciones anotadas sólo tienen preferencia frente a títulos posteriores y que, por tanto, no afectan a los actos dispositivos anteriores (cfr. sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1942). No obstante, esta conclusión no es completamente segura en la medida en que el artículo 1.923 del Código Civil se refiere exclusivamente a los créditos anotados en virtud de mandamiento judicial por embargos, secuestros o ejecución de sentencias y no incluye a los que «demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación hayan obtenido providencia prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley Hipotecaria establece que: «Inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o derechos reales impuestos sobre los mis-

mos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real». Ciertamente es que la prohibición de disponer no es, en sentido estricto, un título traslativo o declarativo de dominio o derecho real, pero también es cierto que el artículo 17 de la Ley Hipotecaria tiene la virtualidad de configurar un principio hipotecario que, en su vertiente relativa o de preferencia y en relación con las anotaciones preventivas se plasma, con carácter general, en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual: «los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación», lo cual supone al tiempo excepcionar en este ámbito la eficacia absoluta o de cierre del citado principio de prioridad y confirmar su eficacia relativa o de atribución de preferencia o prelación de rango.

Ahora bien, en oposición a la regulación contenida en el transcrito artículo 71 de la Ley, tanto los autores como la jurisprudencia y la doctrina de este Centro Directivo pusieron de manifiesto la especialidad que, frente a tal regla, y por razón de su naturaleza y finalidad, representaban las anotaciones de prohibición de disponer. Así la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1942, recogiendo y haciendo propias tales opiniones, declara que «es de buen sentido jurídico —aparte de otras notas diferenciales entre las tres clases de anotaciones— que la que prohíbe la enajenación tenga la finalidad específica de impedir o suspender temporalmente el ejercicio del *ius disponendi* —no constitutivo técnicamente de verdadera incapacidad—, ya que resultaría paradójico que pudiera vender válidamente un inmueble quien tiene prohibición judicial de enajenarlo. Considerando que esta finalidad específica de la prohibición de enajenar no es sólo de buen sentido jurídico, en plan de interpretación lógica del artículo 42, número 4.º, de la Ley Hipotecaria, sino que además está reconocida por otras fuentes de conocimiento, como la doctrina científica muy nutrida y la de la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 7 de marzo de 1893, 7 de junio de 1920, 19 de julio de 1922 y 27 y 30 de septiembre de 1926, entre otras, proclamando sin vacilación que el asiento prohibitivo provoca la nulidad de los actos y contratos realizados en su contradicción mientras esté vigente, sin que por lo tanto puedan tener acceso al Registro». Esta doctrina científica y legal se basa, pues, en la sustracción que del ejercicio de las facultades dispositivas del titular contra el que se dicta la medida cautelar opera ésta, con la lógica derivación de la invalidez civil de los actos dispositivos o enajenaciones realizadas durante la vigencia de la misma. La consecuencia lógica de ello era el cierre temporal del Registro, no tanto como un efecto de prioridad registral puramente formal, cuanto por aplicación del principio de legalidad que impide el acceso al Registro de los actos y negocios inválidos.

4. Por otra parte, la doctrina de los autores y también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya antes de la reforma del Reglamento Hipotecario operada por el Decreto de 14 de febrero de 1947, en que se introduce el artículo 145 del Reglamento en los términos que después veremos, sostuvieron la validez civil de los actos dispositivos otorgados con anterioridad a la fecha de la anotación preventiva de prohibición de disponer, aunque presentados después. Así lo afirma la sentencia de 2 de marzo de 1943 cuando dice que: «es patente que una prohibición de enajenar que lleva fecha de 18 de julio de 1932 no puede acreditar que el 5 de mayo del mismo año estuviera el señor F., privado del derecho de transmitir los bienes que entonces vendió a los actores

en uso de sus facultades dominicales que no estaban limitadas por anotación ni declaración alguna y, por otra parte, como quiera que don José F. en la expresada fecha de 5 de mayo tenía inscrito en el Registro su derecho de propietario adquirido sin reserva alguna por escritura pública, hay que reconocerle en observancia del artículo 41 de la Ley Hipotecaria todos los derechos consignados en el libro segundo del Código Civil a favor del propietario y del poseedor de buena fe sin excluir el de libre disposición de los bienes a su nombre inscritos a virtud del contrato celebrado por escritura pública... sin que sea obstáculo la prohibición de enajenar anotada preventivamente, pues como tiene declarado esta Sala, en 21 de febrero de 1912, las anotaciones preventivas no lesionan los derechos previamente adquiridos sobre la finca embargada». Esta línea interpretativa de la jurisprudencia, en paralelo a la anterior, deja claramente sentada la idea de que la prohibición de disponer no excluye la validez de los actos dispositivos realizados con anterioridad al asiento de prohibición de disponer.

5. Sobre estos precedentes doctrinales y jurisprudenciales se produce la reforma del Reglamento Hipotecario de 1947, por medio de la cual se produjo la incorporación de un nuevo artículo, bajo el número 145 —que todavía hoy conserva su originario tenor literal al no haber sido afectado por ninguna de las reformas reglamentarias posteriores—, y cuya finalidad, no completamente alcanzada como veremos, era precisamente la de clarificar los efectos derivados de esta modalidad de anotaciones llevando del plano de la doctrina legal al normativo las conclusiones alcanzadas por la jurisprudencia antes reseñada, como hizo también en muchas otras materias, conforme al propósito explicitado en el preámbulo del Decreto de 14 de febrero de 1947, que aprobó la reforma. Dispone el mencionado precepto lo siguiente: «Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar, comprendidas en el número 2 del artículo 26 y número 4 del artículo 42 de la Ley, impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiere realizado posteriormente a ésta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación».

De este precepto se deriva una primera constatación: resulta claro que el efecto primordial, esencial a la propia naturaleza de las anotaciones preventivas de prohibición de disponer, es el de impedir la inscripción o anotación de los actos dispositivos realizados por el titular con posterioridad a la anotación. Este efecto, inexcusable para que la anotación resulte eficaz, implica un cierre temporal del Registro por exigencias derivadas del procedimiento judicial —o administrativo— en que se ha acordado, como así lo había declarado ya reiteradamente este Centro Directivo antes de la reforma (cfr. Resoluciones de 27 y 28 de septiembre de 1926, 7 de enero de 1928, 30 de enero de 1931 y 8 de mayo de 1943). Pero esta primera constatación no es suficiente para resolver la cuestión que plantea el presente expediente, pues para ello es necesario precisar si tal cierre es absoluto o relativo, es decir, si cierra el acceso registral a todo asiento posterior a la fecha de la anotación cualquiera que sea el título que lo produzca, o solamente lo cierra a los asientos que sean producidos por actos dispositivos del titular realizados con posterioridad a la anotación.

Sobre esta cuestión, la doctrina científica y la de este Centro Directivo habían tendido, no sin vacilaciones, con base en la jurisprudencia del Tribunal

Supremo antes citada, a una interpretación que no extendía el efecto impediendo de la inscripción derivado de la anotación de prohibición de disponer a los actos anteriores a la propia anotación, si bien no sin alguna excepción, impuesta por las particularidades del caso concreto resuelto. En este sentido en la jurisprudencia registral cabe reseñar entre las excepciones a la referida doctrina dominante, la representada por la Resolución de 8 de mayo de 1943. Esta Resolución concedió virtualidad a la anotación para impedir la inscripción de una enajenación realizada en escritura de fecha anterior a la de la anotación. Pero, como fue señalado con acierto por la doctrina de la época, el caso concreto resuelto presentaba una particularidad que, al menos en parte, puede explicar la singularidad de esta Resolución, pues la enajenación cuestionada la realizaba un albacea y la anotación había sido decretada en juicio instado por los herederos precisamente para la remoción de tal albacea.

Pero, en todo caso, se trata de una Resolución anterior a la reforma del Reglamento de 1947, que introdujo el transcrito artículo 145, precepto que, como se ha dicho, a pesar de que estaba llamado a arrojar luz sobre el asunto que ahora ocupa, sin embargo ha sido objeto de interpretaciones antitéticas. Así para una parte de la doctrina, numéricamente mayoritaria, resulta con suficiente claridad de una interpretación *a sensu contrario* del propio artículo 145, en cuanto impide el acceso registral de los actos dispositivos posteriores, que no impide los realizados con anterioridad, y puesto que esto se daba por sobreentendido, el precepto reglamentario sólo añadió la norma que salva del cierre a los actos dispositivos derivados o que se apoyen en asientos registrales anteriores a la anotación. Además, en caso de que se optase por la solución contraria, esto es, por el cierre del Registro también para los actos anteriores, se resentiría el principio de concordancia del Registro con la realidad jurídica extrarregistral, pues provoca una discordancia entre aquél y ésta, efecto que tan sólo podrían eludirse mediante el levantamiento de la medida cautelar, dejándola ineficaz frente a posibles eventualidades futuras que pudieran acaecer durante la sustanciación del procedimiento, como la de la anulación del título o la readquisición de la finca o derecho por parte del demandado en el procedimiento principal. Por ello, esta interpretación provoca un conflicto de intereses en que la satisfacción de uno requiere el sacrificio pleno del otro: o se mantiene la anotación (con exclusión del Registro de una titularidad civilmente válida), o se cancela la anotación (con anulación de sus efectos potenciales en caso de readquisición por el demandado).

Sin embargo, para otra parte de la doctrina, el artículo 145 del Reglamento Hipotecario concreta el principio de prioridad respecto de la anotación de prohibición de disponer, diferenciando distintos tipos de actos: 1. Actos dispositivos que, respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiera realizado con posterioridad a ésta su titular. Se predica respecto de ellos la imposibilidad de acceso al Registro. 2. Actos dispositivos que se basen en asientos vigentes anteriores al del dominio o derecho real objeto de la anotación —tanto si tales actos dispositivos son anteriores como si son posteriores a la anotación—. Estos actos, precisamente por aplicación del principio de prioridad junto con el de tracto sucesivo, sí deben inscribirse; y 3. Actos dispositivos anteriores a la prohibición de disponer que se presenten vigente ésta, los cuales, precisamente por ser obviados en el precepto, considera esta parte de la doctrina, deben regirse por la regla general del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, no siendo aplicable el régimen del artículo 71 de la misma Ley, por lo que no podrían acceder al Registro.

6. Pues bien, a fin de resolver esta polémica interpretativa, resulta conveniente subrayar que la eficacia propia de esta modalidad de anotación de prohibición de disponer representa una excepción patente a la regla general contenida en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, según el cual, los bienes o derechos anotados podrán ser enajenados o gravados, aunque sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación, precepto que modaliza en sede de anotaciones, como regla general, la aplicación del principio de prioridad del artículo 17 de la Ley Hipotecaria en el sentido de que no se aplica este principio en su eficacia absoluta o de cierre registral o exclusión, pero sin enervar por ello su eficacia de prelación o de ordenación del rango registral, como después veremos.

Ahora bien, las características y tipicidad propias de las anotaciones de prohibición de enajenar impide la aplicación a las mismas de la regla general del artículo 71, pues de otro modo decaería por completo la finalidad a que tienden, excepción que con claridad formula para los actos dispositivos posteriores a la anotación el artículo 145 del Reglamento Hipotecario. Constituye éste, pues, una excepción a la norma general en materia de anotaciones que la confirma para los casos no incluidos en la excepción con arreglo al clásico apotegma *exceptio confirmat regulam in casibus no exceptis*, siendo así que en la excepción fijada por el artículo 145 del texto reglamentario, no está comprendido el caso de los actos dispositivos anteriores a la anotación, que, como contra-excepción o excepción de la excepción, revierten a la regla general de disponibilidad o alienabilidad de los bienes y derechos anotados del artículo 71 de la Ley. Es decir, que siendo la regla general la de que los bienes y derechos anotados pueden ser enajenados o gravados, y no estando los actos dispositivos anteriores a la fecha de la anotación preventiva de prohibición de enajenar comprendida en la excepción, los mismos quedan amparados y comprendidos en el ámbito de la regla general. Esta situación puede, a su vez, estar sujeta a algún régimen de excepción, como sucedió hasta la reciente reforma concursal de 2003, aprobada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en el caso de las anotaciones de prohibición de enajenar decretadas en juicios de quiebra, en cuyo caso su energía para cerrar el Registro era mucho más potente que en los demás supuestos, dado que, como ya dijera la antigua Resolución de 7 de junio de 1920, se producía el cierre del Registro para los actos del quebrado, posteriores no sólo a la declaración de la quiebra, sino al tiempo a que alcance la retroactividad de la misma. Pero, de nuevo, la excepción confirma la regla general de los casos no exceptuados: en ausencia de retroacción sustantiva de la prohibición de disponer para el caso concreto, impuesta por el ministerio de alguna norma que por lo excepcional ha de ser expresa y clara en cuanto al mandato de retroactividad, el cierre registral no alcanza a los actos anteriores a la prohibición.

7. Este planteamiento interpretativo del artículo 145 del Reglamento Hipotecario fue asumido por la Dirección General de los Registros y del Notariado (con alguna excepción singular como después veremos). Así, por ejemplo, en la Resolución de 7 de febrero de 1959, apoyada en los precedentes de las de 27 y 30 de septiembre de 1926, 7 de enero de 1928 —anteriores a la reforma de 1947— y de 31 de marzo de 1950, 22 de octubre de 1952 —ya posteriores a dicha reforma— afirma que «la anotación de prohibición de enajenar, establecida en los artículos 26 y 42 de la Ley Hipotecaria, tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio y determina para el dueño de los bienes un verdadero cierre de los libros del Registro mientras duran sus efec-

tos, al privar al titular de realizar actos dispositivos, pero no impide, conforme se deduce del artículo 44 de la Ley Hipotecaria, y de reiterada doctrina de este centro, cristalizada en el artículo 145 del Reglamento Hipotecario vigente, que puedan tener acceso aquellas transferencias o gravámenes constituidos con anterioridad a la anotación, todo ello sin perjuicio de la facultad que asista a los interesados, conforme a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, para acudir a los Tribunales de Justicia y contender entre sí acerca de validez o nulidad de los títulos».

En definitiva, los efectos de las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar son los de impedir que en el Registro de la Propiedad puedan inscribirse o anotarse actos dispositivos *inter vivos* de la propia finca o derecho objeto de aquella anotación, cuando se han otorgado con posterioridad a tal anotación por su titular, pero sin constituir obstáculo para la inscripción o anotación de tales actos dispositivos cuando éstos se hayan otorgado con anterioridad. Es cierto que la redacción del artículo 145 del Reglamento Hipotecario no incorpora *expressis verbis* la segunda parte de la proposición anterior, lo que ha provocado algunas dudas en su interpretación, pero, como ha señalado parte de la doctrina científica y ha asumido también la oficial de este Centro Directivo, esta segunda parte (el no cierre del Registro a los actos dispositivos anteriores a la anotación) resulta de una interpretación *a sensu contrario* del propio artículo 145, en cuanto impide el acceso registral de los actos dispositivos posteriores, lo que presupone que no impide los realizados con anterioridad, y, como se ha dicho, puesto que esto se daba por sobreentendido, el precepto reglamentario sólo añadió la norma que salva del cierre a los actos dispositivos derivados o que se apoyen en asientos registrales anteriores a la anotación (por ejemplo, en una inscripción de hipoteca, de retracto convencional, de opción de compra, o en una anotación preventiva de embargo, etc.). De otro modo carecería de lógica que el artículo 145 del Reglamento se ocupara de fijar la regla del cierre para los casos en que la justificación de tal efecto era más evidente —actos civilmente nulos—, y no para los casos en que falta tal justificación por tratarse de actos civilmente válidos, siendo así que la finalidad declarada del precepto fue la de clarificar los efectos de las anotaciones preventivas de prohibición de disponer (vid. preámbulo del Decreto de 14 de febrero de 1947).

Más recientemente, las Resoluciones de 7, 8 y 18 de abril de 2005, se pronuncian en el mismo sentido, declarando que «el efecto de cierre registral viene claramente determinado por el tenor del artículo 145 del Reglamento Hipotecario, que lo restringe a los actos dispositivos que se hayan realizado con posterioridad a la práctica de la misma anotación; no respecto de los anteriores. Algo, por lo demás, plenamente consecuente con la naturaleza instrumental de la anotación preventiva que despliega sus efectos frente a terceros —no se olvide— como enervante de la fe pública del Registro. Por consiguiente, no teniendo reflejo tabular dicha anotación preventiva (siquiera en el Libro Diario) al tiempo del otorgamiento de la escritura de venta, sino tiempo después, aquélla no puede provocar el cierre registral respecto de dicho título, por lo que, en este concreto apartado, la nota de calificación debe ser revocada».

8. Pero, como se ha indicado, la posición anteriormente expuesta no ha sido unívoca, sino que en algunas ocasiones este Centro Directivo se ha decantado por una tesis distinta. Este fue el caso de la ya citada Resolución de 8 de mayo de 1943, y también de la más reciente de 28 de noviembre de 2008 que, aún reconociendo que, desde un punto de vista sustantivo, la prohibición de

disponer no excluye la validez de las enajenaciones que se efectuaron con anterioridad al asiento registral de la prohibición de disponer, sin embargo, consideró que el principio de prioridad a que se refiere el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, que impide despachar ningún título de fecha igual o anterior que se oponga o sea incompatible a otro inscrito, es aplicable también a las medidas cautelares adoptadas en procedimientos judiciales o administrativos, aunque sean objeto de anotación y no de inscripción, de forma que la anotación preventiva de prohibición de disponer impediría el acceso al Registro de todo tipo de actos de disposición, sean de fecha anterior o posterior a la anotación. Alguna otra Resolución, como la de 23 de junio de 2003, se queda en una posición indefinida o intermedia al dejar sin «prejuzar sobre el alcance de la anotación de prohibición de disponer inscrita ante un título que cuando se presentó era inscribible... y que ahora se encuentra con otro contradictorio que está bajo la salvaguardia de los Tribunales» (se trataba de un caso en que además de la prohibición de disponer había otra de prohibición de inscribir).

Es cierto que a favor de la tesis citada militan también diversos argumentos. Así, en primer lugar, la propia falta de claridad en la redacción del artículo 145 del Reglamento Hipotecario que, al no referirse expresamente a los actos dispositivos anteriores —sino sólo a los basados en asientos vigentes anteriores al dominio o derecho real objeto de la anotación—, podría entenderse en el sentido de impedir su inscripción por aplicación del citado principio de prioridad. En segundo lugar, el hecho de que si bien el artículo 44 de la Ley Hipotecaria incluye también las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar entre las que atribuyen a su titular la preferencia para el cobro de su crédito establecida en el artículo 1.923 del Código Civil, esto es sólo en cuanto a créditos posteriores, sin embargo se produce la incongruencia de que este último precepto no se refiere expresamente a dichas anotaciones de prohibición. En tercer lugar, la posición doctrinal que defiende la nulidad del acto dispositivo posterior a la prohibición desde que ha sido decretada, aún antes de tomada su anotación preventiva en el Registro. Y, en fin, el juego del principio de prioridad, que supone el que la inscripción en nuestro sistema registral, si bien no es constitutiva como regla general, sino declarativa, premia al que acude con rapidez al Registro, por lo que aunque los bienes inmuebles o derechos reales anotados pueden ser enajenados o gravados, ello se admite «sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación» (cfr. art. 71 de la Ley Hipotecaria). Por último, no ha de olvidarse, como particularidad del concreto caso resuelto por la citada Resolución de 2008, que el mismo afectaba a una prohibición de disponer decretada en expediente administrativo de disciplina urbanística, lo que, a la vista de las circunstancias concretas del supuesto de hecho, puede dar lugar a la apreciación de la concurrencia de un motivo de orden o interés público relevante, determinante del fallo de la Resolución.

9. No obstante, es lo cierto que, sobre quedar circunscrito el ámbito del principio de prioridad, en su vertiente de cierre o exclusión, a los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, las anotaciones preventivas quedan sometidas al régimen propio del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, que precisamente proscribire o excluye como regla general aquel efecto de cierre absoluto, si bien, por el contrario, no se excluye en su vertiente de prelación u ordenación del rango registral. Ello determina que este Centro Directivo acoja una solución que podríamos denominar de ecléctica, en el sentido de que, por un lado, se entiende que, en la medida en que el artículo 145 del Reglamento Hipotecario

impide el acceso registral de los actos dispositivos realizados posteriormente (salvo los que traen causa de asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación), ello presupone, *a sensu contrario*, que no impide los realizados con anterioridad —conclusión que resulta también, como se ha indicado, de la aplicación de la regla general que para las anotaciones dicta el art. 71 de la propia Ley Hipotecaria—, sin embargo, por otro lado, se estima que tal inscripción no ha de comportar la cancelación de la propia anotación preventiva de prohibición, sino que ésta se arrastrará.

Esta solución, además, guarda concordancia armónica con otras disposiciones más recientes como la del artículo 40.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que prevé la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales, en los casos de concurso necesario, sin que ello impida el acceso registral de los actos realizados por el concursado con anterioridad (cfr. arts. 24 y 43.2), criterio que, por lo tanto, viene a coincidir con el del artículo 145 del Reglamento Hipotecario para los casos de anotaciones preventivas de prohibiciones de disponer. Así lo ha entendido recientemente este Centro Directivo en su Resolución de 3 de junio de 2009, en un supuesto en el que se debatía la posibilidad de inscribir una escritura de compraventa autorizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora y presentada en el Registro de la Propiedad cuando dicha declaración concursal ya había sido inscrita, debate que resolvió en sentido afirmativo la referida Resolución argumentando que «el hecho de que, como ocurre en el presente caso, la declaración de concurso de acreedores comporte la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40.2 de la Ley Concursal), y se hayan anotado preventivamente en el folio correspondiente a los bienes que hayan de integrarse en el concurso tanto la referida declaración como la suspensión de las facultades de disposición y el nombramiento de los administradores concursales, no significa que dicha anotación impida la inscripción de los actos de enajenación otorgados, con anterioridad a la declaración de concurso, por el deudor —titular registral—. En efecto, la referida anotación preventiva, relativa al concurso, implica únicamente que «no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley» (art. 24.4 de la Ley Concursal). Asimismo, se produce el cierre registral respecto de los actos dispositivos que, con posterioridad a la declaración de concurso, realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de disposición y en la consiguiente sustitución del mismo por los administradores concursales (cfr. el art. 40.7 de la Ley Concursal, que sólo admite la inscripción de tales actos anulables cuando sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme). Pero ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración del concurso, sin necesidad de intervención alguna del Juez del concurso ni de los administradores del mismo, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso —cfr. art. 76 de la Ley Concursal—, y sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de las acciones de rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (art. 71 de la Ley Concursal)». Pero esta admisión de la inscripción del título

previo se combina con la idea del arrastre de la carga de la anotación por aplicación del principio de prioridad registral, de modo que será al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio y la postulación del levantamiento de la medida cautelar.

10. Si se analiza el presente tema desde la perspectiva de la naturaleza jurídica propia de la medida cautelar en que consiste la anotación preventiva de prohibición de disponer y de las normas procesales que las rigen se llega a la misma conclusión. En efecto, las medidas cautelares constituyen medios jurídico-procesales cuya finalidad es evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, siendo dos de sus principales notas caracterizadoras, según reiterada jurisprudencia, por un lado, la instrumentalidad en cuanto son instrumento del proceso principal declarativo o ejecutivo o de otra índole al que están subordinados; y, por otro, la temporalidad, consecuencia de su carácter instrumental del proceso principal, pues nacen con él para extinguirse una vez desaparezca éste, sin que pueda proyectarse retrospectivamente a un momento previo al inicio del propio proceso principal salvo declaración expresa legal de retroactividad. La nota de la accesoriadad o instrumentalidad respecto del proceso principal se pone de manifiesto en la regla 1.^a del número 1 del artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al imponer un requisito de finalidad, consistente en «ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria», lo que excluye como sujeto pasivo de cualquier medida cautelar a aquellas personas distintas del demandado, ajenas al procedimiento y carentes de legitimación pasiva en el mismo, pues la interdicción de eficacia *ultra partes* de los procedimientos judiciales, y la eficacia subjetivamente limitada de la cosa juzgada material (limitada a las partes del proceso y a sus herederos y causahabientes *ex art. 222, núm. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*), es consecuencia de la propia interdicción de la indefensión, interdicción que se extiende también al ámbito de las medidas cautelares, de forma que no puede pretenderse una eficacia *ultra partes* de la medida cautelar, como sucedería en el caso de que el cierre registral derivado de la prohibición de disponer se proyectase sobre actos dispositivos anteriores, en los que el adquirente resulta ajeno al proceso. La Ley de Enjuiciamiento Civil concibe el incidente de la medida cautelar como una pieza del procedimiento principal, y por ello es contradictorio (aunque pueda adoptarse *inaudita parte*, ello exige justificar la urgencia), con posibilidad de oposición del demandado, de exigir caución al demandante, etc. Nada de ello tiene sentido en relación con medidas cautelares que, sin amparo legal, afectan a terceros que no son parte en el procedimiento (así, v. gr., la fianza que se impone al demandante tiene por objeto indemnizar los perjuicios que la medida pueda causar «al patrimonio del demandado» —art. 728.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no de un tercero—).

Por otra parte, las medidas cautelares tienden a evitar el peligro de la mora porque los litigantes que durante el proceso conservan su capacidad de actuar y libre disposición de sus bienes pueden eludir la virtualidad de la responsabilidad patrimonial universal, que es la garantía del cumplimiento de sus obligaciones haciendo ilusorios los derechos reclamados por el actor. En este sentido, las anotaciones preventivas de prohibición de disponer son una garantía adicional a la acción de rescisión que el acreedor puede ejercitar contra el deudor por la realización de actos dispositivos sobre cosas litigiosas sin el cono-

cimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente (art. 1.291.4.º del Código Civil), y, más en concreto, por las enajenaciones a título oneroso realizadas por el deudor contra el que se hubiese pronunciado sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes (art. 1.297.II del Código Civil). Estas prohibiciones anotadas en el Registro tutelan los intereses del acreedor con eficacia superior a la propia de la acción de rescisión, ya que se desenvuelven en el ámbito de la protección preventiva, al cerrar el Registro a los eventuales actos rescindibles, en tanto que la acción rescisoria actúa *ex post* y con una finalidad meramente reparadora o de restitución, finalidad que sólo se podrá alcanzar en caso de que se cumplan los requisitos del artículo 37, número 4 de la Ley Hipotecaria. Pero, en los supuestos citados, tanto en un caso como en el otro (prohibición y rescisión), ha de tratarse de bienes o derechos que salen del patrimonio del demandado durante la pendencia del procedimiento y no antes.

Además, repárese en que las medidas cautelares enumeradas en el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son una enunciación no exhaustiva de las posibles, pues éstas no constituyen un supuesto de *numerus clausus*, antes al contrario. Por ello, junto con las medidas específicas enumeradas en los diez apartados de dicho precepto, hay otras innominadas, sujetas en su admisibilidad exclusivamente al cumplimiento de los requisitos del artículo 726. Y entre éstas, también como supuesto subsumible en el número 6 del artículo 727 (relativo a «otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución») pueden incluirse la de la prohibición de inscribir, pues no es lo mismo prohibir disponer que prohibir inscribir, en cuyo último caso es claro que la consecuencia será la del cierre del Registro también para los actos dispositivos anteriores a la anotación. Este fue el caso, por ejemplo, contemplado en la Resolución de 23 de junio de 2003. Y es que del mismo modo que no se puede prohibir un hecho o acto pretérito, tampoco se puede restringir un derecho ya inexistente en el patrimonio de la persona contra la que se dirige la restricción.

11. Tal solución permite compatibilizar todos los intereses en juego, sin lesionar indebidamente ninguno, permitiendo el acceso al Registro del título rezagado, pero, como ya se adelantó —y se trata de una precisión importante—, sin cancelación de oficio por el Registrador del asiento de la anotación prohibitiva, pues, como se ha indicado, de un lado, la inscripción posterior del título anterior no priva de toda su eficacia potencial a la anotación y, de otro, sólo al Juez corresponde acordar la cancelación de tal asiento, conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley Hipotecaria, a la vista de las circunstancias del caso.

12. En consecuencia, el Registrador al inscribir el título que documenta el acto dispositivo de fecha anterior a la anotación de prohibición de disponer no deberá cancelar de oficio esta última, sino arrastrar la carga, de forma que por aplicación de lo establecido en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, en cuanto consagra el principio de prioridad también en su variante relativa o de función prelativa y de rango registral —y no sólo absoluta o de cierre, como pudiera parecer de su estricta literalidad—, será al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de solicitar el levantamiento de dicha medida cautelar del propio Juez o Tribunal que la mandó hacer (cfr. art. 84 de la Ley Hipotecaria), en los términos previstos por la Ley para el alzamiento de las medidas cautelares (cfr. art. 726.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de forma similar a como acontece, sin perjuicio de sus diferencias, en el caso de las anotaciones de embargo a través de las tercerías de

dominio, en la medida en que ésta no se concibe como un proceso ordinario definitorio del dominio y con el efecto secundario del alzamiento del embargo, sino como un incidente encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o no de la medida cautelar (cfr. art. 595 y Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 175 del Reglamento Hipotecario, y Resoluciones de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993). Esta es la solución que acogió también este Centro Directivo en su Resolución de 3 de junio de 2009 en el caso de la venta realizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora y de su anotación preventiva, con el que guarda indudable analogía el caso ahora examinado, en la medida en que ambas anotaciones —la de declaración del concurso y de prohibición de disponer— producen un efecto de suspensión o restricción de las facultades de disposición sobre los bienes anotados de su titular. Con ello se logra un equilibrio de los intereses concurrentes que tiende a compatibilizarlos, en la medida en que tal compatibilidad es posible: la titularidad civil válida accede al Registro, y la anotación de prohibición se mantiene salvo que el adquirente obtenga resolución judicial favorable a su levantamiento, lo cual dependerá de la apreciación que realice el Juez o Tribunal, en conexión con el principio de tutela judicial efectiva y de la posibilidad o no de la obtención de una eventual sentencia estimatoria en el proceso principal, en función de las concretas circunstancias del caso (cfr. art. 726.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

13. Por otra parte, respecto de las alegaciones del recurrente sobre la improcedencia de la práctica de las anotaciones preventivas, por no haber sido parte en los procedimientos ni el aportante ni la sociedad constituida, debe tenerse en cuenta que, tal y como establece el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, una vez practicados en el Registro los correspondientes asientos, éstos quedan bajo la salvaguarda de los Tribunales y producen todos sus efectos legales mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley, por lo que el presente recurso no es el cauce adecuado para dilucidar tal cuestión.

14. Por último, en cuanto al segundo defecto señalado por el Registrador, es por completo ajustada a derecho la calificación impugnada al denegarse la inscripción de parte de la superficie de la finca registral 5.499, por aparecer dicha superficie inscrita en favor de persona distinta al aportante y haberse segregado de la misma finca pasando a formar parte la finca registral 22.725. Así resulta de la simple aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto en cuanto al primer defecto, revocando la calificación impugnada respecto al mismo, y desestimarla parcialmente en cuanto al segundo defecto, confirmando en tal extremo la calificación, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

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, 8 de julio de 2010.

La Directora General,
M.^a Ángeles ALCALÁ DÍAZ

II. COMENTARIO

1. LAS TRES POSICIONES POSIBLES FRENTE A LA PRESENTACIÓN DE TÍTULOS DE FECHA ANTERIOR A UNA PROHIBICIÓN JUDICIAL DE DISPONER ANOTADA

La Resolución de 8 de julio de 2010 (*JUR* 2010/308121) se ocupa, una vez más, del conflicto entre una medida cautelar anotada, en este caso, consistente en una prohibición de disponer, y la inscripción que se pretende de un título de anterior fecha a la de la traba. Estamos ante uno de los problemas clásicos en nuestro ordenamiento registral, cuya etiología radica nada más y nada menos que en el carácter declarativo de la inscripción como principio.

En efecto, el hecho de que los derechos reales puedan adquirirse sin inscripción, sin anunciarse de alguna manera en el Registro, hace a la permanencia del conflicto. Se dirá que las medidas cautelares existen desde que el juez las adopta, y que por tanto seguirían el mismo régimen. Ello es cierto, aunque también que, si bien resulta perfectamente posible que un derecho real no inscrito se oponga, tras ganar el pertinente juicio contradictorio, contra el titular inscrito, la función económica de contención que cumplen las cautelares necesita muy especialmente del Registro para exteriorizar la situación, pues se comprueba mucho más difícil que los terceros, frente a los que por ello terminen oponiéndose, conozcan de su existencia por distinto medio.

En todo esto, quizá convendría recapitular un poco: el derecho real no requiere de la inscripción ni para existir ni para ser invocado frente a terceros, aunque la inscripción siempre le garantizará que se conozca, clave ésta para su oponibilidad, cuyo vórtice es precisamente el concepto de mala fe por conocimiento. Aunque nadie podrá desconocer lo inscrito, ello no traería consigo que lo inscrito se imponga sobre lo no inscrito por tan sólo esa circunstancia, ni tampoco que lo no inscrito, por su condición, carezca de total eficacia o no pueda, a través de la oportuna instancia judicial, llegar a imponerse.

Por la inscripción, entonces, se presumiría *iuris et de iure* que el derecho es conocido por los no intervinientes en el negocio o acto constitutivo, pese a que en verdad no sea así o ni siquiera hayan acudido para informarse al Registro. Pero sólo eso: la exactitud de sus tablas, que el derecho anunciado sea válido por haberse cumplido con todos sus presupuestos constitutivos elementales (título, legitimación, buena fe, capacidad, etc.) se presume tan sólo *iuris tantum*.

Las medidas cautelares se plegarían, conforme lo apuntado, a este modelo, pero a salvo, reitero, de la mucho menor probabilidad de que el tercero adquiera conocimiento de la traba sin la ayuda del Registro.

Claro que con respecto a las prohibiciones judiciales de disponer la cuestión que suscitan los títulos de constitución voluntaria rezagados se agudiza por la propia naturaleza del mandamiento, obstativa de ulteriores asientos. Frente a las anotaciones de demanda y de embargo, sometidas en su régimen, a partir del artículo 71 LH a la disponibilidad del objeto anotado, sin perjuicio, en sede registral al menos, del interés del titular favorecido por la anotación, las prohibiciones de disponer casan muy mal con la idea de concurrencia. Antes que de cierre, se debe hablar para ellas de un auténtico bloqueo registral, que como dice nuestra Resolución va mucho más allá, invalidando los actos dispositivos realizados estando vigente.

La Resolución recuerda las dos posiciones elementales en la materia. La primera, de corte absoluto, se basa en la aplicación estricta de la prioridad y encuentra recepción en la Resolución de 8 de mayo de 1943, tal y como re-

cuerda la Dirección General en la de este año. La segunda postura, predominante y aun anterior a la reforma de 1947 que lo introdujo, toma por base el artículo 145 RH. El artículo, desde la interpretación en sentido contrario de su mejorable redacción, vendría a admitir la inscripción de los títulos de fecha anterior no obstante la anotación practicada. La norma, que no ha sufrido modificaciones desde entonces, se despacha exactamente como sigue:

«Las anotaciones preventivas de prohibición de enajenar, comprendidas en el número 2 del artículo 26 y número 4 del artículo 42 de la Ley, impedirán la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación hubiere realizado posteriormente a ésta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación».

Como se observa, el precepto no alude expresamente al supuesto de conflicto; incluso pareciera que con su introducción sólo se habría pretendido rescatar esa salvedad con respecto a los títulos con causa en un asiento anterior a la anotación. El ejemplo típico de un título posterior basado en otro anterior ya inscrito, sería la adjudicación de un bien tras la ejecución de la hipoteca inscrita antes de la anotación. La ejecución importaría la purga, la cancelación de la anotación prohibitiva, en ajustado cumplimiento del principio de prioridad. Pero, como se dice, la falta de claridad del artículo reglamentario no ha impedido su interpretación, si se me permite la expresión, más civilista. La anotación de prohibición de enajenar no podría impedir, así, que pudieran «tener acceso aquellas transferencias o gravámenes constituidos con anterioridad a la anotación», a reserva de la facultad que asiste a los interesados, en implícita pero consecuente alusión a quien hubiera instado y obtenido el despacho de la anotación, sujeto que resultaría, con motivo de la inscripción practicada, comprometido en la garantía que la prohibición representara para sus expectativas, «conforme a lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley Hipotecaria para acudir a los Tribunales de Justicia y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos» (Resolución de 7 de febrero de 1959, *RJ* 1959/495).

Es justo aquí donde tercia el actual pronunciamiento de la Dirección General, creando una corriente intermedia, que ella misma califica de ecléctica (FD 9.º). En ello radica la importancia de la presente Resolución y su originalidad. Matizando su doctrina anterior, por tanto, el Centro Gubernativo propone seguir permitiendo la inscripción de los títulos rezagados, pero a partir de ahora arrastrando la carga, de modo que «por aplicación de lo establecido en el artículo 17 LH, en cuanto consagra el principio de prioridad también en su variante relativa o de función prelativa y de rango registral —y no sólo absoluta o de cierre, como pudiera parecer de su estricta literalidad—, será al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de solicitar el levantamiento de dicha medida cautelar del propio Juez o Tribunal que la mandó hacer (cfr. art. 84 LH), en los términos previstos por la Ley para el alzamiento de las medidas cautelares (cfr. art. 726.2 LEC), de forma similar a como acontece, sin perjuicio de sus diferencias, en el caso de las anotaciones de embargo a través de las tercerías de dominio» (FD 12.º).

Leyendo detenidamente la Resolución, el motivo principal para este giro de noventa grados parece encontrarse en la legislación concursal y la necesidad de mantener una cierta unidad de criterio en torno a supuestos similares. En este sentido, la influencia de lo acordado en la Resolución de 3 de junio de 2009

(RJ 2009/3282) se confiesa determinante. En ella se trató sobre la posibilidad de inscribir una escritura de compraventa autorizada antes de la declaración de concurso de acreedores de la sociedad vendedora, y presentada en el Registro de la Propiedad cuando dicha declaración concursal ya había sido inscrita. A juicio del Registrador, para practicar la inscripción de la venta era necesario que previamente lo autorizase el Juez del concurso y los administradores concursales; y, si procediere, que dicho Juez ordenase cancelar los asientos que se referían a tal concurso. La Dirección adujo que el hecho de que «la declaración de concurso de acreedores comporte la suspensión del ejercicio por el deudor de las facultades de disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40.2 de la Ley Concursal), y se hayan anotado preventivamente en el folio correspondiente a los bienes que hayan de integrarse en el concurso tanto la referida declaración como la suspensión de las facultades de disposición y el nombramiento de los administradores concursales, no significa que dicha anotación impida la inscripción de los actos de enajenación otorgados, con anterioridad a la declaración de concurso, por el deudor —titular registral—».

En efecto, continuaba afirmando, «la referida anotación preventiva relativa al concurso implica únicamente que “no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de esta Ley” (art. 24.4 de la Ley Concursal)». Asimismo, produce «el cierre registral respecto de los actos dispositivos que, con posterioridad a la declaración de concurso, realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de disposición y en la consiguiente sustitución del mismo por los administradores concursales (cfr. el art. 40.7 de la Ley Concursal, que sólo admite la inscripción de tales actos anulables cuando sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme)». Pero ningún obstáculo plantearía «a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración del concurso, sin necesidad de intervención alguna del Juez del concurso ni de los administradores del mismo, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso —cfr. art. 76 de la Ley Concursal—, y sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de las acciones de rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (art. 71 de la Ley Concursal)». No obstante, recordaba, por aplicación de lo establecido en el artículo 17 LH, la inscripción de los referidos actos traslativos correspondía practicarse «con absoluta supeditación al procedimiento concursal al que se refiere la previa anotación preventiva, de modo que será al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio, para evitar que el ulterior desenvolvimiento del procedimiento de ejecución universal provoque la cancelación de aquella inscripción posterior (cfr. arts. 80 y 81 de la Ley Concursal)».

2. PRIORIDAD Y BUENA FE

Expuesto el panorama general en que se mueve la Resolución, quisiera recordar algo tan elemental como que la prioridad se asigna por el momento de presentación de los títulos en el Registro. En esto consiste simple y llana-

mente la esencia del principio. Si se suma la regla a la máxima concerniente a la salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales, se deriva que el rango asignado por el asiento de presentación sólo puede modificarse o por expresa voluntad de los titulares afectados o por decisión del órgano judicial competente, tras dar audiencia (exigencia esta relacionada, a su vez, con el principio de tracto sucesivo) al titular que como consecuencia del eventual pronunciamiento haya de perder su posición registral.

La prioridad tiene en este contexto un enorme valor sustantivo, aun antes de vincularlo con el principio que, estimo, se encuentra más cercano, y que más puede aportar en nuestro caso. Me refiero, por supuesto, al de inoponibilidad, en función del artículo 32 LH. Es conocido que la Dirección General no es partidaria del principio, como demuestra que ni siquiera mencione el precepto en el elenco de los vistos para resolver en el caso; pero lo que sí llama la atención, excediendo la cuestión de las conocidas disputas doctrinales sobre una u otra visión acerca del tercero como sujeto de protección a efectos registrales, es que, entre todas las razones para mantener una solución al dilema suscitado, no se cite expresamente la buena fe como patrón básico. Porque una cosa está clara: el bloqueo relativo que resultaría del artículo 145 RH no terminaría por convenir, como no lo hace la Resolución con la solución intermedia que propone. De ahí el prolongado desarrollo argumentativo del decisorio.

Efectivamente, más allá de la consideración, autónoma o interdependiente, que se mantenga sobre el tercero del artículo 32 LH, existen en el relato de hechos dos datos de sustancial importancia. El primero son los cinco años que pasaron desde el otorgamiento del título hasta su presentación en el Registro, lapso del que sólo puede concluirse la negligencia de quien dejándolo transcurrir se encontró anotada la correspondiente prohibición de disponer. Resultaría patente la falta de buena fe hipotecaria en esta persona, por no cumplir con esa situación psicológica en que consiste, «cifrada en un estado de error o ignorancia, ética y jurídicamente calificada de inculpable, y determinante de una actuación realizada en la convicción de su juridicidad y en la confianza de su intrínseca eficacia» (GORDILLO, «Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliario-registrales: sistema español», en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pág. 527 y sigs.).

Quien tarda en llevar su respectivo título al Registro debe saber perfectamente a lo que se expone: a que el bien resulte comprometido voluntaria o, como aquí, más frecuentemente suele suceder, coactivamente, en la calidad que todavía se publicita frente a terceros; esto es, como integrando el patrimonio de quien en realidad ya no es su propietario.

Sin embargo, y esto es algo que se nos escapa, pues la Resolución no entra en ello (FD 13.º), al no poder hacerlo, por encontrar vedado revisar los asientos ya practicados por ser materia reservada a Jueces y Tribunales, existe, como decía, una segunda circunstancia que podría poner en cuarentena para el caso en concreto, la imputación de mala fe en la persona del adquirente de fecha anterior a la anotación, pero posterior en su petición inscriptoria. Y es que el motivo del recurso interpuesto contra la negativa de inscripción es mucho más ambicioso que el de conseguir que el título rezagado acceda al Registro. Lo que alega el interesado, por el contrario, es que la medida cautelar, las medidas cautelares al tratarse en realidad de dos fincas, se trabaron contra una persona distinta de quien al tiempo era titular registral (exactamente la persona que las había transmitido previamente en favor del recurrente), habiéndose despachado sin ser parte en los respectivos procedimientos donde se adoptaron. En todo

caso, no parece que la decisión componedora de la Resolución se haya basado en ello, aunque el dato presente categoría como para plantearse.

3. LA CONGRUENCIA DEL ORDEN JURÍDICO REGISTRAL COMO LÍMITE A LA SOLUCIÓN ECLÉCTICA IDEADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL

La respuesta brindada por la Resolución, sin duda bienintencionada, en esa meta que se propone de contrarrestar los defectos de cualquiera de las otras dos soluciones en la materia, trasluce, como decía, con su exceso de argumentación —de cuyo más serio inconveniente me ocupó en el siguiente epígrafe—, una cierta falta de convicción. Como sucede mayormente con las teorías de índole intermedia o ecléctica, en esa su intención de componer las imperfecciones de las tesis que se contraponen y sintetizar a la par sus aspectos valiosos, se puede caer fácilmente en el pragmatismo, cuando no en defecto de técnica. El esfuerzo de la Dirección General la pone a salvo de esto último, pero no estoy seguro respecto de lo primero. La Dirección se habría sentido rea de lo resuelto en 2009 conforme a la nueva legislación concursal. La brevedad de aquella Resolución contrasta, en esta dirección, con la amplitud de la más reciente. Al tratar de unificar criterios, de buscar curiosamente la coherencia con el precedente, cuando el Derecho concursal, gobernado por los principios que le son propios, constituye una respuesta a situaciones patrimoniales por patológicas extraordinarias, ha conseguido el efecto reflejo de lo indeseado.

Ciertamente, no parece congruente con un sistema registral eficiente que se publiquen titularidades contradictorias, o que los asientos del Registro provoquen en su confrontación una llamada a la intervención definitoria de los Tribunales. Asimismo, la inscripción del título anterior a la anotación de una prohibición de disponer no sé hasta qué punto puede respetar el contenido del mandato registrado, encontrándonos, si es que no la trasgredimos, al límite de la integridad de la publicidad del Registro. La pregunta en este punto se perfila obligada: ¿qué sucedería si el interesado, una vez lograda la inscripción de su título, permaneciera inactivo, se abstuviera, después de todo, de acudir ante el Juez que haya decretado la indisponibilidad de ese bien que según el Registro, pese a la prohibición, ha cambiado de propietario? Porque, puestos a utilizar el recurso analógico, que el Centro Gubernativo emplea en relación con las anotaciones de embargo, rondaría al supuesto el régimen del artículo 198 RH que, referente a las anotaciones de demanda, las cuales, tantas veces suelen pedirse, y acordarse, simultáneamente a las prohibitivas de disponer (en buena técnica, estaríamos ante una sola anotación preventiva, de demanda con la prohibición de enajenar y gravar el inmueble, como parecían serlo las del caso, tal y como informa la Registradora en su despacho de calificación), sí se expresaría sobre cómo proceder para la cancelación de los asientos posteriores que hubieran sido practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación. Invirtiendo los tantos, el precepto arbitra un trámite especial, en ejecución de sentencia, conforme al cual el demandante podrá obtener, previa solicitud, la cancelación de esos asientos en tanto sus respectivos titulares no se opongan en el plazo de treinta días tras ser citados. De hacerlo, se continuaría por el procedimiento de los incidentes.

Con esto no quiero más que poner de manifiesto que la inscripción del título de fecha anterior arrastrando la carga supondría una seria corrección en el *modus operandi* de las anotaciones de indisponibilidad, que quedan por

principio y naturaleza al margen del artículo 71 LH y de relacionarse con otros títulos presentados con posterioridad que no se funden en un asiento anterior a la propia anotación (relación que podrá, por el juego de la prioridad registral, concretarse en su exclusión, en la cancelación de oficio de la anotación). El artículo 145 RH podrá permitir, *a sensu contrario*, que se inscriban títulos de fecha anterior, pero entonces habrá que cancelar la anotación prohibitiva, consecuencia que el precepto rehúsa advertir y que, con acierto, la Dirección General entiende de máxima gravedad sin mediar autorización judicial. Parecería, entonces, más adecuada la opción de no inscribir, de respetar *prima facie*, en sus normales términos lo que al tiempo consta publicado (cfr. art. 1 LH).

Frente a tal opción, es precisamente desde el argumento de su utilidad práctica, criterio de peso que subyace en el sentir de la Dirección, donde el arrastre de la carga se tornaría realmente paradójico. No se entendería para qué inscribir el título de fecha anterior si a partir de su inscripción estamos obligando al titular a hacer lo mismo que tendría que hacer si la anotación le cerrara el Registro; en uno u otro caso, tendrá que personarse en el procedimiento donde la medida cautelar se haya adoptado al objeto de lograr su levantamiento.

4. UNA ADVERTENCIA FINAL SOBRE LAS PRETENDIDAS «PROHIBICIONES DE INSCRIBIR»

El término «prohibición de inscribir» suele utilizarse en algunos fallos en alusión al deber negativo del Registrador, en justo cumplimiento de la legislación, de no inscribir ciertos derechos o situaciones jurídicas. Desde esta perspectiva no ocasionaría mayores dificultades; se trataría de un giro perfectamente admisible, que se muestra especialmente común —vemos en los repertorios— en el ámbito, tan distinto al que de ahora nos ocupamos, de la propiedad industrial.

Muy diferente se antoja, en cambio, la prohibición de inscribir de la que habla la Resolución analizada, recordando la precedente de 23 de junio de 2003 (RJ 2003/4468). En ésta, el conflicto habría de versar sobre el alcance de un mandamiento de un juez penal por el cual se despachó prohibición de disponer de una parcela acompañada de la orden de «paralizar cualquier inscripción sobre la finca». A la llegada del mandamiento pendía de inscripción una escritura de segregación y venta respecto de una importante superficie del inmueble, en espera de que el interesado aportara la pertinente referencia catastral. El Registrador anotó la prohibición de disponer sin practicar operación alguna respecto de la escritura de venta, alegando que la autoridad judicial en causa criminal tendría potestad suficiente para prohibir el despacho de un documento como medida cautelar para atenuar las consecuencias del delito.

La Dirección estimó el recurso presentado revocando la decisión del Registrador, «dado el alcance del principio de prioridad, básico en nuestro sistema registral», y por el cual, «la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte de ese título y la situación tabular existente en el momento mismo de la presentación en el Registro (arts. 24 y 25 LH) sin que puedan obstaculizar su inscripción títulos incompatibles posteriormente presentados, y si bien es cierto que es doctrina de este Centro que los Registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular aunque hayan sido presentados con posterioridad a fin de procurar un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, no lo es menos que tal doctrina no puede llevar

al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida —el de prioridad— obligando al Registrador a una decisión de fondo sobre prevalencia sustantiva y definitiva de uno u otro título».

El conflicto, pues, se resolvió de una manera muy sencilla, diría que hasta tangencial, pues no llegó a plantearse la problemática concerniente a esa orden complementaria de paralización del Registro que había emitido el Juez, haciendo descansar la Dirección General en el exclusivo principio de prioridad el sentido de su respuesta. Pero este principio es insuficiente para comprender que este tipo de órdenes, en cuanto medidas cautelares atípicas, puede interferir gravemente en el devenir, y autonomía, de la función registral, y más si se despachan con un alcance genérico, sin determinación del título específicamente vetado.

En la Resolución de 27 de febrero de 2006 (*RJ* 2006/3918) se habría profundizado en mayor medida, sin adentrarse, tampoco, en la validez ordinaria de las prohibiciones judiciales de inscribir más allá de la confrontación del caso concreto con los principios hipotecarios particularmente implicados. La Resolución habría tenido por objeto resolver el recurso interpuesto contra la negativa de practicar una anotación preventiva de prohibición de inscribir, justificada en el hecho de constar la finca inscrita a nombre de persona distinta del demandado.

Exactamente, sobre el primer fundamento del recurso, relativo a la naturaleza jurídica de la pretensión, la recurrente había señalado la obligación que tienen los Registradores de cumplir lo ordenado por Jueces y Tribunales. A lo que la Dirección comenzaría recordando que el respeto a la función jurisdiccional «impone a las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, también los Registradores de la Propiedad, el deber de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las Leyes, sin que competa, por consiguiente, al Registrador de la Propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que las motivan». No obstante, matizaba, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así la salvaguarda de la autonomía privada (y, con ello, el propio tracto sucesivo entre los asientos del Registro, que no es sino un trasunto de ella), impediría dar cabida en el Registro a una extralimitación del Juez que entrañara una indefensión procesal patente, razón por la cual, el artículo 100 RH (en consonancia con el art. 18 de la propia Ley) extiende la calificación registral frente a actuaciones judiciales a la competencia del Juez o Tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido y los obstáculos que surjan del Registro, aparte de a las formalidades extrínsecas del documento presentado». Por tanto, ese principio de tutela de la autonomía privada e interdicción de la indefensión procesal exigiría «que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o, si no, haya tenido, al menos, legalmente la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del Registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el Juzgador ni tampoco el cumplimiento de los trámites seguidos en el procedimiento judicial (a diferencia del control que sí le compete, en cambio, sobre los trámites e incidencias esenciales de un procedimiento o expediente administrativo, si se compara el tenor del art. 99 frente al art. 100 del Reglamento Hipotecario), su calificación

de actuaciones judiciales sí deba alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, cuya falta sí debe denunciar el Registrador pero cuyo modo sólo compete apreciar al Juez. Todo ello no es sino consecuencia del principio registral de legitimación consagrado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular; del más genérico principio constitucional de interdicción de la indefensión, consagrado en el artículo 24 de la Constitución y del principio de relatividad de la cosa juzgada (cfr. art. 222.3 LEC). Presumiéndose que los derechos reales inscritos pertenecen al titular registral se deduce el principio de tracto sucesivo», en cuya virtud no puede tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. Así lo establece expresamente el párrafo final del artículo 20 LH, que admite una única excepción en referencia a la anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de bienes que se adopte, como medida cautelar, en un procedimiento criminal, «cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el impudado, haciéndolo constar así en el mandamiento», algo que en el caso no se daba.

En su segundo motivo, la recurrente había alegado la equiparación analógica de las anotaciones preventivas de embargo y las demás anotaciones preventivas, a lo cual se respondió por parte de la Dirección que, precisamente en cuanto a sus efectos, para la relación entre el principio registral de prioridad y los documentos que deben tenerse en cuenta en la calificación registral, se debe observar que: «dado el alcance de aquel principio, la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte de él mismo y la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. En consecuencia, no podría tomarse en consideración la posterior presentación de mandamiento para la anotación de prohibición de inscribir debiendo solicitarse y decretarse, en su caso, anotación preventiva de demanda, en procedimiento seguido contra el actual titular registral».

Como vemos, aunque este último llega a acercarse, ninguno de los dos precedentes cuestiona las prohibiciones de inscribir dirigidas por los jueces al Registro en cuanto modalidad precautoria. Y es así que la Resolución que ahora se comenta utilice su comparación con las prohibiciones de disponer como argumento añadido para el arrastre de la carga en el sentido que terminará proponiendo, pues, como establece, «no es lo mismo prohibir disponer que prohibir inscribir, en cuyo último caso, es claro que la consecuencia será el cierre del Registro también para los actos dispositivos anteriores a la anotación» (FD 10.º *in fine*). Con lo que, a diferencia de aquellas anteriores, la Resolución habría terminado por reconocer expresamente la viabilidad de estas prohibiciones. Y esto al final sí que sería grave.

En efecto, como la Audiencia Provincial de Madrid habría mantenido frente a la pretensión de una medida cautelar consistente en la anotación en el Registro Mercantil de la prohibición de inscribir los asientos registrales relativos a la cancelación de la sociedad, contra la que uno de sus socios, parte actora, demandaba, una anotación del estilo resultaría impropia e imposible, por cuanto estamos ante «algo que no se puede prohibir, pues los avatares que una persona jurídica tiene en el curso de su existencia hasta su completa extinción se pro-

ducen en la realidad material, de modo que su acceso al Registro Mercantil vendrá dado por haber ocurrido y estar prevista legalmente la inscripción del acto trascendente, pero no por la conveniencia que se pueda tener en ocultarlo a terceros, que es lo único que se conseguiría con la impetrada anotación» (Sección 25.^a, sentencia de 30 de septiembre de 2005, *JUR* 2005/236438).

Si trasladamos el argumento al Registro de la Propiedad, resulta por completo aplicable, en cuanto no se puede cerrar a la vida jurídica una finca, excluirla del tráfico, por más que —estimo, en la convicción, empero, de que es aquí donde más se puede discutir esta mi conclusión— se especifique el acto al que debe quedar cerrado. Todo el edificio de la publicidad registral se derrumbaría ante una medida así, toda la sistemática ideada en torno a la lógica de sus principios sucumbiría, a instancia de intereses particulares que bien podrían resolverse a través de otras medidas válidas y previstas, justamente, para anticiar la impugnación pretendida contra el acto o actos que se consideren lesivos para el solicitante. No basta con la genérica previsión del artículo 727, regla 6.^a, de la Ley riuaria, cuando admite otras anotaciones registrales (distinta a la demanda que cita en el ordinal anterior y a la de embargo, que se sobreentiende de la primera medida cautelar que menciona), si ya la anotación de las demás medidas cautelares reguladas secularmente en la legislación hipotecaria (a estos efectos, entonces, típicas), dan en su conjugación con los principios hipotecarios, problemas de definición tan espinosos como el que se observa en la Resolución que ha suscitado estas líneas. Bien mirado ahora, no parece baladí que los principios hayan salido a proteger al sistema en las dos Resoluciones de fecha anterior que se han traído a colación; en otras palabras, no resulta imaginable, ni desde luego práctico o conducente, que se pida una prohibición de inscribir si no es con vistas a enmendar en su normal y previsible desenvolvimiento (adaldid de la seguridad jurídica, no se nos olvide) a alguno de los principios hipotecarios. La confianza en la institución registral, en las reglas que ordenan los efectos de la inscripción y su procedimiento, no toleraría interferencias o cortocircuitos de este tipo.

RESUMEN

ANOTACIÓN PREVENTIVA PROHIBICIÓN DE DISPONER

En este breve estudio se hace un análisis crítico de la Resolución de 8 de julio de 2010, por la cual la Dirección General de los Registros y del Notariado ha habilitado una tercera vía con respecto a los títulos de fecha anterior a una anotación preventiva prohibitiva de disponer. Sostiene el Centro Directivo que podrán inscribirse aunque «arrastrando la carga», esto es, sin proceder a la cancelación de oficio de la anotación preventiva y derivando la cuestión al Tribunal donde se haya adoptado al objeto de definir si corresponde su levantamiento.

ABSTRACT

CAVEAT INJUNCTION

This short paper takes a critical look at the Decision of 8 July 2010, whereby the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs enabled a third way with respect to titles predating a caveat of injunction. The DG holds that such titles can be registered, although they will «drag the charge»; i.e., the caveat is not to be cancelled ex officio, and the question is to be referred to the court that ordered the caveat, so it can decide whether or not the caveat should be lifted.

ANÁLISIS CRÍTICO
DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL, AUNQUE EL PLAZO PRESCRIPTIVO
DE UN AÑO SÓLO SE HAYA SOBREPASADO UNOS DÍAS (1)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil. UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESCRIPCIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA.—III. IMPRORRIGABILIDAD DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El transcurso del tiempo tiene mucha importancia en relación con el nacimiento y extinción de los derechos. Se trata de una cuestión que ha suscitado muchas dudas, como se puede comprobar por la abundante jurisprudencia existente en torno al tema (2). El legislador, desde el nacimiento del Código Civil, ha sido tajante a la hora de establecer unos plazos fijos de duración del derecho de acceso a la jurisdicción y consiguientemente del ejercicio de cada acción (3).

(1) STS de 16 de marzo de 2010, recurso 1067/2006. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 150/2010. Número de recurso: 1067/2006. Jurisdicción: CIVIL, *Diario La Ley*, núm. 7.403. Sección «La sentencia del día», 17 de mayo de 2010. Año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 8710/2010.

(2) Vid. Pilar MUÑOZ MENDO, «La prescripción por el transcurso de un año», en *Diario La Ley*, núm. 7.460, Sección «Dossier», 3 de septiembre de 2010. Año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 434/2010.

(3) SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) de 18 de marzo de 2009. Ponente: Francisco Javier MENÉNDEZ ESTÉBANEZ (LA LEY 47909/2009).

En lo referente a la excepción de prescripción, ciertamente resulta difícil la calificación en el presente caso de estar ante unos daños continuados a los efectos de fijar el *dies a quo* establecido en el artículo 1.969 (LA LEY 1/1889) del Código Civil («desde que pudieron ejercitarse»), ante la emisión de varios informes, y el tener en cuenta en cada uno de ellos no todos los daños, sino lo efectivamente contratado en la póliza,

Nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual. En términos generales, el cómputo del plazo prescriptivo —de un año establecido por el art. 1968.2.º del Código Civil— (4) se inicia desde el momento en que el derecho pudo haber sido ejercitado salvo disposición contraria y siempre que no se produzca la interrupción del ejercicio del derecho en el plazo previsto (5).

De manera que una vez agotado el plazo de un año establecido sin que se haya llevado a cabo el ejercicio de la acción y sin que se haya renunciado a ella, surge el derecho al ejercicio de la prescripción por la parte contraria.

En nuestro caso se sobrepasó en dos ocasiones el término anual: en cinco y siete días, respectivamente. Hecho que, en base a lo señalado anteriormente, era un hecho trascendente, ya que los plazos de prescripción son improrrogables por pequeña que sea la demora en efectuar las reclamaciones anuales a efectos de evitar la prescripción, sin que quepa realizar ninguna interpretación extensiva de los supuestos de interrupción.

según manifestó el perito en el acto de la vista. Lo que está claro es que todos los daños derivan del mismo siniestro, según manifestó, sin lugar a dudas, el citado perito en el acto de la vista. Pero las dudas que puedan suscitarse especialmente en relación con los daños en el piso 4.º B, quedan eliminados cuando debe considerarse que, ni aun cuando los daños se consideren no continuados, ha llegado a transcurrir el plazo prescriptivo de un año [art. 1968.1 (LA LEY 1/1889) CC], al haberse producido la interrupción del plazo mediante reclamación extrajudicial del acreedor, como prevé el artículo 1.973 (LA LEY 1/1889) del Código Civil.

(4) Acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902 desde que lo supo el agraviado (art. 1968.2)

(5) STS de 26 de marzo de 2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS (LA LEY 34589/2009). La acción de responsabilidad civil de la Administración sanitaria por daños causados en la asistencia médica está sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1968.2 (LA LEY 1/1889) del Código Civil para la responsabilidad extracontractual.

La inmensa mayoría de las sentencias de la Sala 1.ª que estudian la prescripción en casos semejantes al presente, lo hacen dando por supuesto que el plazo aplicable es el de un año del artículo 1968.2.º (LA LEY 1/1889) del Código Civil y rechaza la calificación de contractual para la relación entre el paciente de la Seguridad Social y el centro hospitalario, partiendo de la configuración constitucional de la Seguridad Social como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes y de su consideración como una función del Estado sujeta a un régimen de configuración legal y de carácter público, según la doctrina del Tribunal Constitucional. La STS de 11 de julio de 2001 sienta la conclusión de que no puede decirse que la naturaleza contractual de la relación y la consiguiente aplicabilidad del plazo de prescripción de quince años constituyan Jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 (LA LEY 1/1889) del Código Civil, y considera, en definitiva, aplicable el plazo de un año del artículo 1968.2.º del Código Civil. Esta doctrina ha sido posteriormente seguida por las SSTS de 15 de octubre de 2008 y 19 de diciembre de 2008 y debe considerarse como manifestación del criterio jurisprudencial ya consolidado de la Sala de lo Civil del TS que lo confirma en la de 26 de marzo de 2009. Y, en la misma línea, en la sentencia de 29 de mayo de 2009 (LA LEY 84756/2009), recurso 2745/2004 (LA LEY 84756/2009).

La SAP de Pontevedra (Sección 3.ª), de 5 de noviembre de 2009. Ponente: Antonio Juan GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ-MOLDES (LA LEY 245291/2009), siguiendo la doctrina de la STS de 1 de octubre de 2008, señala que el plazo de prescripción de un año comienza desde el día en que el asegurado pudo ejercitar su acción, y no desde el día del pago de la indemnización por la aseguradora, como también pretende la apelante.

II. PRESCRIPCIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA

Como se ha señalado, el instituto de la prescripción extintiva trata de evitar una situación de inseguridad jurídica indefinida (6).

La seguridad jurídica es un principio del Derecho basado en la «certeza del derecho», tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación. El Estado tiene la obligación de crear un ámbito general de «seguridad jurídica» al ejercer el poder político, jurídico y legislativo. La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado, de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. En resumen, la seguridad jurídica es la «certeza del derecho» que tiene el individuo, de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados.

Son principios típicamente derivados de la seguridad jurídica la irretroactividad de las normas, la tipificación legal de los delitos y las penas, las garantías constitucionales, la cosa juzgada, la caducidad de las acciones y la prescripción.

Pues bien, la sentencia objeto de comentario establece la prescripción de la acción por sobrepasarse el plazo prescriptivo anual en dos ocasiones, en cinco y siete días, respectivamente. Y además, entiende que «sería contrario a la seguridad jurídica distinguir entre pequeñas y grandes demoras en efectuar las reclamaciones anuales, algo que no tiene el mínimo apoyo legal ni jurisprudencial».

(6) El Juzgado de Primera Instancia, número 18 de Madrid, en sentencia de 14 de octubre de 2009. Ponente: Marta GUTIÉRREZ DEL OLMO MENÉNDEZ (LA LEY 210371/2009), entiende que «es cierta la doctrina del TS 1.^a conforme a la cual no puede entenderse como fecha inicial del cómputo la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, es decir, en el momento en que quedan determinados los defectos permanentes originados, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios y del quebranto padecido.

No obstante, en el caso en el que una serie de trabajadores y esposas de trabajadores de dos empresas que utilizaban el amianto para la fabricación de sus productos reclaman una indemnización por los graves daños para la salud de los empleados y sus familias derivados de la inhalación de fibras de aquel mineral, no se puede aplicar esa doctrina jurisprudencial de forma errónea y desorbitada, puesto que se está en presencia de enfermedades crónicas cuyos síntomas pueden variar o manifestarse durante todo el curso de la vida de una persona. Admitir tal circunstancia conduciría a una reactivación constante o dación de nueva vida a una acción ya extinguida, que vendría de ese modo a convertirse en la práctica en imprescriptible, pues dada la posibilidad de cualquier nuevo acontecimiento sobrevenido, hasta el momento del fallecimiento del afectado no comenzaría a computarse el plazo. Ello conlleva la creación de una situación de inseguridad jurídica indefinida, que es precisamente lo que trata de evitar el instituto de la prescripción extintiva. Por ello, se estima, atendiendo a los criterios de sana crítica, que el inicio del cómputo del plazo de prescripción debe establecerse en el momento en que resulta conocida la enfermedad y determinada la relación causal con la parte demandada, es decir, en el momento en que los actores tienen un conocimiento cabal y exacto de sus graves enfermedades.

III. IMPRORROGABILIDAD DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

El plazo prescriptivo es improrrogable y lo propio sucede con los iniciados en virtud de interrupciones anteriores (7).

El TS casa las sentencias de primera y segunda instancia criticando el hecho que no consideran prescrita la acción porque, aun habiéndose formulado la demanda una vez transcurrido el término de un año previsto en el artículo 1.968 del Código Civil, este hecho no resulta «trascendente ni esencial los escasos y exigües días que transcurren entre dos tramos de la prescripción cursada —cinco y siete días, respectivamente—, puesto que la parte demandante manifestó su voluntad de exigir a las demandadas las responsabilidades derivadas del evento dañoso».

El Tribunal Supremo entiende que lo cierto es que son hechos probados que en dos ocasiones tuvo lugar la prescripción por haber transcurrido el plazo de un año previsto para las obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902 del Código Civil, y una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto (8) y que su

(7) STS de 4 de marzo de 2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS (LA LEY 4640/2009). En el caso analizado en esta sentencia, se llegó a la consideración de que la acción ejercitada en la demanda estaba prescrita por el transcurso del plazo de un año establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual en el artículo 1.968 (LA LEY 1/1889) del Código Civil, pues en el momento de la presentación de la demanda había transcurrido con exceso el citado plazo desde el momento del fallecimiento del familiar de los demandantes.

Los daños que los demandantes imputan a la deficiente información en las cajetillas de tabaco vendidas del riesgo de adicción que produce la nicotina consisten en el fallecimiento de una persona. Este resultado dañoso, atribuido al consumo constante de tabaco durante muchos años, rebasa ampliamente la órbita de los distintos contratos de compraventa celebrados presumiblemente con distintos expendedores, tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el punto de vista objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, el incumplimiento de la obligación de información debe imputarse al fabricante y no a los vendedores. Por otra parte, el perjuicio por lo que se reclama no corresponde por derecho hereditario a los demandantes, sino que debe entenderse que responde al daño moral padecido por el fallecimiento de un familiar. Resulta evidente, en consecuencia, que ni el sujeto activo ni el sujeto pasivo de la relación de responsabilidad civil que pretende establecerse se corresponden con los elementos subjetivos de los contratos de compraventa celebrados. Desde el punto de vista objetivo, el daño no ha sido causado por un incumplimiento producido en la estricta órbita de lo pactado con el vendedor. Se trata de daños ajenos a la naturaleza del negocio, ya que derivan de una información hipotéticamente deficiente sobre la peligrosidad del producto imputable al fabricante, importador o distribuidor mayorista. Resulta imposible vincular el daño a una relación de carácter contractual entre el comprador, luego fallecido, y la entidad demandada que ostentaba el monopolio de tabacos y que luego fue privatizada. En consecuencia, los daños por los que se reclama deben ser considerados de naturaleza extracontractual y, por tanto, debe aplicarse el plazo de prescripción de la acción de un año establecido en el artículo 1.968 (LA LEY 1/1889) del Código Civil, plazo que en el caso había transcurrido con exceso desde el fallecimiento del familiar de los demandantes.

(8) Concha RODRÍGUEZ LÓPEZ («La interrupción extrajudicial de la prescripción extintiva», en *Práctica de Tribunales*, núm. 31, Sección Estudios, octubre de 2006), señala que «los rigores que una interpretación estricta de los plazos de prescripción puede ocasionar, en especial en los supuestos de plazos breves, con merma de la deseada justicia, pueden ser atemperados gracias a una interpretación generosa de la interrupción extraju-

aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (9), y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (STS de 22 de febrero de 1991).

El plazo prescriptivo es improrrogable y lo propio sucede con los iniciados en virtud de interrupciones anteriores como es el caso, y sería contrario a la seguridad jurídica distinguir entre pequeñas y grandes demoras, algo que no tiene el mínimo apoyo legal ni jurisprudencial, por lo mismo que siempre se ha negado la posibilidad de interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS de 17 de abril de 1989, 26 de septiembre de 1997 y 26 de febrero de 2002).

RESUMEN

*PRESCRIPCIÓN
PLAZO*

El plazo de prescripción de un año, establecido en el artículo 1.968 del Código Civil, debe cumplirse, siendo por tanto improrrogable. No cabe realizar ninguna interpretación extensiva de los supuestos de interrupción, aunque la demora en efectuar las reclamaciones anuales en el supuesto de responsabilidad extracontractual sea mínima. La jurisprudencia no puede derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico de la prescripción extintiva.

ABSTRACT

*STATUTE OF LIMITATIONS
TIME LIMIT*

The one-year statute of limitations established in article 1968 of the Civil Code must be respected. It is therefore unextendable. No interpretation may be made such as to include cases of justifiable interruption, even when the delay in entering annual demands concerning non-contractual liability is minimum. Case law cannot through interpretation repeal the legal institution of extinctive prescription.

dicial. La seguridad jurídica en que la institución de la prescripción se fundamenta puede verse malograda por la coexistencia de plazos diversos y dispersos en las legislaciones especiales, pudiendo desembocar en el efecto inverso al pretendido: la inseguridad».

(9) En el mismo sentido lo expresa Vicente MAGRO SERVET, «La prescripción por el transcurso de un año del artículo 1.968 del Código Civil. Análisis de supuestos y la carga de la prueba por el transcurso del plazo», en *Práctica de Tribunales*, núm. 67, enero de 2010: «El transcurso del tiempo para el ejercicio de las acciones judiciales viene a suponer una especie de renuncia a su planteamiento ante los Tribunales y condonación del objeto de lo que hubiera constituido el objeto del proceso. No obstante, la interpretación del transcurso de estos plazos siempre es restrictiva y debe alegar el transcurso de los plazos la parte que lo plantea, que es la demandada ante quien se presenta la acción judicial. Y es que, el instituto de la prescripción extintiva supone una limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la certidumbre y de la seguridad jurídica, no fundada en razones de intrínseca justicia y que, en la medida en que constituye una manera anormal de extinción del derecho o acción, debe merecer un tratamiento restrictivo».

1.2. Familia

APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. CONCEPTO Y CARACTERES.—III. NATURALEZA.—IV. SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO.—V. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA GUARDA DE HECHO.—VI. EXTENSIÓN DE LA GUARDA DE HECHO A OTROS SUPUESTOS.—VII. FUNCIONES DE LA GUARDA DE HECHO.—VIII. RÉGIMEN JURÍDICO: 1. EL DEBER DE INFORMACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO. 2. OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR O COMUNICAR LA EXISTENCIA DE LA GUARDA DE HECHO. 3. MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA. 4. EFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL GUARDADOR DE HECHO. 5. DERECHOS DEL GUARDADOR DE HECHO. 6. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL GUARDADOR DE HECHO.—IX. LA EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La guarda de hecho era ya una realidad contemplada en el Derecho romano. En la época clásica, el tutor del impúber responde frente a éste por la *actio tutelae*; y en la postclásica, la *actio protutelae* afectaba a quien se comportaba como tutor sin serlo en realidad (1). Sin embargo, antes de la reforma del Código Civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre —aunque existía *de facto*—, tal cuerpo legal mantenía silencio sobre esta figura jurídica (2). Tan sólo el artículo 173 contenía una referencia «a la persona que estuviera ejerciendo la guarda del adoptando», sin mayores especificaciones respecto a las características de dicha guarda; salvo el hecho que debía ser oído el guardador en la adopción. Es, por ello, que en la doctrina se hablaba de

(1) ORTEGA PARDO, G., «La tutela de hecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XCII, 1947, págs. 81 a 91, las dedica a la tutela de hecho en Derecho romano, señalando en la página 81 que: «la tutela de hecho no sólo tuvo realidad en la vida jurídica romana, sino que, por diversas causas, se presentó como fenómeno corriente»; SOLAZZI, «*Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*», en *Archivio Giuridico*, 91, 1924, págs. 150-151; FUENTESeca DÍAZ, P., *Derecho Privado romano*, Madrid, 1978, pág. 412, señala que: «...se ha creado sobre el modelo de *actio tutelae*, una especial figura de *actio* contra el que actúa como tutor sin serlo (*in eum qui protutore negocia gessit*), el cual aparece cualificado como protutor (D. 26, 7, 26)».

(2) Nos recuerda YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, pág. 152, que la guarda de hecho «se trataba con anterioridad a la reforma de una práctica muy extendida al margen de la ley, debida a la general ineficacia del complejo mecanismo tutelar anterior». Y añade: «es de esperar que en el nuevo sistema la protección de menores e incapacitados se verifique según lo previsto en la nueva regulación».

«tutela de hecho», considerando que existía tal figura cuando una persona ejercía funciones de tutor sin tener derecho a ello (3); o cuando no era ejercida por quien tenía legalmente ese cargo, sino en su lugar, por otra persona que no lo ostenta legítimamente (4). Sin faltar quienes negaban su propia autonomía y la asimilaban al mandato o gestión de negocios ajenos (5); o, simplemente, optaban por aplicar a la misma las normas propias de la tutela regular (6).

En todo caso, como señala ROGEL VIDE, antes de la citada reforma, la regulación que ofrecía el Código Civil del organismo tutelar, representaba un hecho inconcuso, engorroso, complicado, que funcionaba mal o, simplemente, no funcionaba. De ahí que, como continúa el autor: «un hecho inconcuso es también, en muchos casos, las personas necesitadas de protección antes referidas, que era protegidas, “guardadas”, por otras, que asumían funciones similares, virtualmente idénticas a las establecidas en la ley para los tutores, al margen de cualquier formalidad legal, y sin que tuvieran la condición de tales; refiriéndose, como es obvio el autor, a los guardadores de hecho» (7).

En este contexto, los profesores BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA bajo la dirección de DíEZ-PICAZO, redactaron un Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativo a la tutela, patrocinado por la Dirección General de Servicios Sociales y la Fundación General Mediterránea, publicado en 1977, donde elaboraron un Anteproyecto que afecta sustancialmente a los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, dedicando el Título X a las instituciones tutelares, y en el Capítulo I del mismo relativo a las «Disposiciones generales», se venía a encuadrar la «guarda de hecho» dentro de las citadas instituciones; destinado luego el Capítulo VI específicamente a la misma (arts. 307 a 313), en el primero se disponía que: «*quien careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos, algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores*»; y se añadía en el artículo 312 que: «*tan pronto como la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, deberá de oficio requerirle para que rinda cuentas generales de su actuación en orden a la persona y bienes del tutelado, así como proceder a la constitución de la correspondiente institución tutelar, de*

(3) DíEZ-PICAZO, L., «Notas sobre la institución tutelar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1973, pág. 1386.

(4) ORTEGA PARDO, G., «La tutela de hecho», *op. cit.*, pág. 81; BIANCHI, F. S., *Corsi di Codice Civile italiano*, vol. VIII, 2.^a ed., Torino, 1912, págs. 59-60.

(5) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «La llamada “patria potestad de hecho”», en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pág. 843.

(6) ORTEGA PARDO, G., «La tutela de hecho», *op. cit.*, págs. 105-106, que afirma que «en los verdaderos casos de tutela de facto rigen las normas de tutela en general». Y añade: «no se me oculta la objeción que contra esta afirmación puede inmediatamente oponerse: ¿Cómo es posible, en Derecho Privado, basándose tan sólo en el principio del interés del menor, aplicar las normas que la Ley prevé para una institución regular, en los casos en que aparece la tutela de una manera irregular? Y esto aún más en el derecho español en cuanto el artículo 4.º del Código Civil prescribe la nulidad absoluta de los actos contra ley, y en ningún lugar del mismo se encuentra excepción sobre este punto, a tan terminante precepto, que permita fundar legalmente nuestra teoría».

(7) ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 12.

acuerdo con las normas de este Código» (8). Situación que contrasta con la ausencia de regulación en la redacción originaria de nuestro Código Civil.

En este Estudio, como señala SANCHO REBULLIDA, se inspiraron, con carácter general, los trabajos llevados a cabo por la Comisión General de Codificación, dirigidos a la reforma de los títulos IX y X del Libro I del Código Civil (9); y hemos de añadir, sirvieron de base, asimismo, para el Proyecto que tanto el Gobierno de UCD como el del PSOE presentaron a las Cortes sobre «Reforma del Código Civil en materia de tutela», que culminó, finalmente, con la aprobación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Así, el Código Civil en el Capítulo I dedicado a las «Disposiciones generales» del Título X del Libro I bajo la rúbrica «De la tutela y guarda de los menores e incapacitados» no se hace referencia a la guarda de hecho; en concreto, en el artículo 215 se obvia cualquier mención a aquélla en la enumeración de las instituciones de guarda de menores e incapacitados; y en el Capítulo V regulador «De la guarda de hecho» se le dedican sólo tres preceptos (arts. 303, 304 y 306) (10); que contrasta de nuevo con la más amplia regulación que se dedica a la figura en el mencionado Estudio; y, con la que, asimismo, se contiene en el Código Civil catalán, que tras la aprobación por Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II, relativo a la persona y la familia (11), regula la misma en el Título II: «Las instituciones de protección de la persona». Capítulo V: «La guarda de hecho» (arts. 225-1 a 225-5), con unos contornos más precisos que los que se contenían en el derogado Código de Familia catalán (Ley 9/1998, de 15 de julio —arts. 253 a 258—), representando uno de los instrumentos de protección de las personas mayores de edad que no pueden gobernarse por sí mismas, y de menores en situación de desamparo, y for-

(8) Se decía en la Introducción al citado *Estudio* lo siguiente: «El capítulo sexto, por último, “De la guarda de hecho”, es uno de los más cortos y, sin embargo, puede que uno de los más importantes. Es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores y, en menor medida, por aquellos otros que, habiendo sido tutores, han sido removidos de su cargo. Hasta hoy, el derecho ignoraba tal situación, mientras que la doctrina tendía, mayoritariamente, a asimilar estos supuestos a los de la gestión de negocios ajenos. El Anteproyecto, por el contrario, hace una referencia expresa a los guardadores de hecho —que, por otra parte, y como en el caso del defensor judicial, no son absolutamente desconocidos por nuestro derecho, y valgan como dato el art. 173 del Código Civil y el 488 del Código Penal— para reconducir a derecho una realidad cotidiana sin oprimirla, con todo, en cortas fronteras, lo que explica la exigua regulación». Vid., DIEZ-PICAZO, L., et al., *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977, págs. 28 y 29.

(9) SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «El nuevo régimen de la familia», de LACRUZ BERDEJO J. L., et al., vol. III, *Tutela e instituciones afines*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 46.

(10) Señala PÉREZ ALGAR que este reconocimiento legal ha venido exigido por el gran número de guardadores de hecho que existían en la práctica; y citando a Carl SCHMITT, manifiesta que la existencia es superior a lo normativo, a la vista de lo cual, se opta por este reconocimiento y al compás del mismo, se admite la producción de ciertos efectos jurídicos a una situación surgida *ex legem* que, hasta entonces, no los producía. Vid., PÉREZ ALGAR, F., «Derechos individuales e incapacitación», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, pág. 65.

(11) BOE, núm. 203, de 21 de agosto de 2010, págs. 73.429 a 73.525. Esta Ley entrará en vigor el 1 de enero de 2011 (Disposición Final 5.^a). Y deroga la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia; la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones estables de pareja; y la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua (Disposición Derogatoria).

mando parte del nuevo modelo de protección que se diseña en este Libro II, donde, además de ponerse el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar (art. 211-3.1), se fomenta la autonomía del individuo en la organización de la protección de su persona y patrimonio, cuando no pueda decidir por sí mismo; y se relega la incapacidad y constitución formal de la tutela para casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica se le añade la falta, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar. Por su parte, también se dedica una mayor atención a la figura en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón (12), Título III: «De las relaciones tutelares». Capítulo VII: «La guarda de hecho» (arts. 142 a 145).

En todo caso, pese a su escasa regulación, constituye un hecho destacado la animadversión hacia el recurso de la incapacidad en el seno de la familia y la asunción por la misma —en particular, por una parte de ella (ascendientes)— de la guarda de un menor en desamparo, apartando, en la medida de lo posible, la intervención de la Administración Pública. Asimismo, es frecuente la situación de un menor o incapacitado, tutelado o protegido de hecho por una persona que no ostenta potestad alguna sobre él.

Por tanto, el ámbito subjetivo de aplicación de la guarda de hecho alcanza a los menores en situación de desamparo o abandono por el motivo que sea, o cuando sometidos a patria potestad o la tutela, éstos no la ejercen, en una suerte de «dejación» de sus facultades; o de menores protegidos durante la minoría de edad con la tutela o la patria potestad y después de alcanzar la mayoría de edad, no se insta el proceso de incapacidad, sino que se pasa a una guarda de hecho, como una especie de «patria potestad prorrogada de hecho», o, en fin, personas mayores u otros grupos de especial vulnerabilidad (presuntos incapaces, discapacitados o dependientes), frente a los que puede constituir una opción válida para la protección de su persona y/o de su patrimonio —incluso durante la sustanciación del proceso de incapacidad— (13), el nombramiento de un guardador de hecho. Lo cierto es que, para paliar la situación de riesgo/desamparo temporal, en que se puede encontrar este colectivo en un determinado momento, podría plantearse, sobre la base legal del artículo 239.3 del Código Civil, el nombramiento como guardador de hecho de la propia Administración Pública en una suerte de «tutela provisional», «tutela *ex lege*», de asistencia temporal, acordando tal intervención judicialmente como una de las medidas protectoras previstas en el artículo 762 de la LEC o en el

(12) *BOE*, núm. 23, de 26 de enero de 2007, págs. 3713 a 3739.

(13) Se nombra mientras se incoa el proceso de incapacidad del presunto incapaz un defensor judicial, pudiendo recaer tal condición en el guardador de hecho. Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 31 de enero de 2002 (La Ley 25723/2002).

En el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de abril de 1999 (AC 1999/886), se establece como medida cautelar durante la tramitación del procedimiento de incapacidad y posterior constitución del organismo tutelar, el nombramiento de lo que en la sentencia se califica de *tutor cautelar*, que, aunque no existe ni en el Derecho catalán, ni en el Código Civil español, sin embargo, no significa que no se haya previsto por el legislador, ni impide que se pueda adoptar como medida. No es más que un defensor con funciones de guarda —relativa— de la persona del presunto incapaz, y de guarda y administración de los bienes de éste durante la pendencia del procedimiento de incapacidad. No es otra que la figura prevista en el artículo 209 en relación con los artículos 299 bis y siguientes del Código Civil.

artículo 158 del Código Civil, y atribuible por ministerio de la ley, pues corresponde a la autoridad judicial apreciar la situación de desamparo del presunto incapaz y la incapacidad natural de tales personas para asumir actuaciones concretas sobre su persona y/o bienes (14). Recordemos que, en todo caso, la tutela de la Administración ante estas situaciones de desamparo no es, a diferencia de la tutela de menores, automática, sino que necesariamente debe ir precedida de una sentencia judicial de incapacitación.

Sobre tales bases, en el presente estudio vamos a proceder a un tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la institución de la guarda de hecho —si bien, este último más escaso en comparación con otras instituciones tutelares como la tutela—, atendiendo no sólo de la regulación que ofrece nuestro Código Civil, sino también a la contenida en otras legislaciones autonómicas como las citadas en líneas precedentes.

II. CONCEPTO Y CARACTERES

Nos recuerda LETE DEL RÍO que «no es la guarda de hecho una creación puramente doctrinal, sino un supuesto harto frecuente en la vida diaria. Y si nos preguntáramos por la razón de esta *praxis*, seguramente habría que recordar aquella frase que “el derecho de familia empieza donde termina la familia”, y constatar que es el recelo de la familia a la intromisión en la esfera que le es propia de personas, instituciones y órganos ajenos a ella»; por ello, estima que, «aunque el sistema de guarda y protección de los menores o incapacitados se haya modificado, incluso si así se considera perfeccionado y agilizado, cuando exista una situación familiar de armonía, se seguirá produciendo resistencia a la intervención de terceras personas extrañas, y con mayor motivo cuando se trate de autoridad judicial» (15). A estas razones que justifican la *praxis* de la guarda de hecho, añade ROGEL VIDE: «la desconfianza que muchos guardadores de hecho, potenciales o efectivos, sienten hacia las formalidades legales; el desconocimiento, la ignorancia de las formalidades a seguir para constituir los organismos tutelares, y el temor a los costes que puede generar el procedimiento de incapacitación —si ésta es necesaria— y la constitución de la tutela» (16).

En todo caso, como señala LASARTE ÁLVAREZ: «la guarda de hecho es el mecanismo protector de los más humildes económicamente que, a su vez, suelen ser los más generosos de corazón. Por tanto, pocos pleitos generan las situaciones de guarda de hecho; y de otra parte, el análisis de la figura debe estar presidido más que por la desconfianza hacia lo ilegal o paralegal, por una franca actitud de encomio o beneplácito hacia quien asume la guarda de hecho» (17).

(14) BERROCAL LANZAROT, A. I., «La protección jurídica de los mayores en situación de desamparo: ¿Extensión de la guarda y tutela pública a estos supuestos?», en *La defensa jurídica de las personas vulnerables*. Seminario organizado por el Congreso General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, director: Manuel Ángel MARTÍNEZ GARCÍA, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 142.

(15) LETE DEL RÍO, J. M., «De la guarda de hecho», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, dirigidos por Manuel ALBAJADEJO, 2.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pág. 484.

(16) ROGEL VIDE, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 13.

(17) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. VI, *Derecho de Familia*, 7.ª ed., Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2008, pág. 388.

De hecho, los cuidadores no profesionales a los que presta atención la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, atribuyéndoles una prestación económica y el alta como cotizantes en la Seguridad Social, son encuadrables en la figura de la guarda de hecho; y, habitualmente son, en su mayoría, mujeres dedicadas al cuidado de algún familiar discapacitado o dependiente (18).

Lo cierto es que se trata de una figura surgida al margen de la Ley, pero frecuente en la vida cotidiana, y que tras la reforma de la Ley 13/1983 ha adquirido rango normativo; un reconocimiento legal, sin embargo, escaso en su alcance, pues el Código Civil ni define la guarda de hecho ni fija los supuestos de hecho que pueda ampararse bajo la misma, ni el régimen jurídico aplicable, lo que corresponde a la doctrina suplir esta carencia, dando lugar a diversas concepciones de la misma, dependiendo de la postura amplia o estricta que se pretenda dotar a esta figura. En todo caso, conviene resaltar que en evitación de perjuicios, el legislador ha querido, pese a la escasa regulación, otorgar efectos jurídicos a una situación constituida fuera de los márgenes formales o legales que corresponden a los cargos tutelares.

AFONSO RODRÍGUEZ señala que estamos ante una figura harto compleja que refleja situaciones en que las funciones de guarda y custodia no se realizan por el titular de la patria potestad o de la tutela, sino por un tercero, que satisface las necesidades más apremiantes del necesitado de protección, sin ningún régimen legal y de forma superpuesta con la guarda legal (19).

Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA manifiesta que no se trata de una institución jurídica, sino que nos encontramos ante una situación no querida por la Ley, a la que, sin embargo, resulta por su difusión, conveniente atribuir conse-

(18) El artículo 2 de la Ley 39/2006, define dependencia como «*el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas, o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para la autonomía personal*».

Por su parte, en relación con la retribución al cuidador no profesional, lo que ha dado en llamarse el apoyo informal, el artículo 18 dispone:

«1. *Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por un entorno familiar y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para los cuidadores familiares.*

2. *Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica.*

3. *El cuidador deberá ajustarse a las normas de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente.*

4. *El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporan programas de formación, información y medidas para atender a los periodos de descanso».*

Sobre el cuidador personal, vid., MONDÉJAR PEÑA, M.^a I., «La figura del cuidador no profesional en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y su encuadre dentro de las instituciones de guarda», en *Familia y Discapacidad*, coordinación y prólogo: Silvia DÍAZ ALABART, Reus, Madrid, 2010, págs. 197 a 217.

(19) AFONSO RODRÍGUEZ, E., «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», en *Actualidad Civil*, 1995-2, pág. 321.

cuencias jurídicas determinadas (20). Sin embargo, ROGEL VIDE considera que la guarda de hecho si «es una institución, una situación, una relación jurídica informal, todo lo irregular que se quiera, mas nunca un hecho jurídicamente irrelevante, dejándose confundir por el “de hecho” aparejado a la guarda, que, bien visto, no quiere decir guarda fáctica, como contrapuesta a jurídica, sino, por el contrario, guarda efectivamente ejercida, asumida de hecho y al margen de las formalidades legales. La guarda de hecho no es un hecho y es de derecho, en cuanto contemplada y regulada por éste» (21). Igualmente, para PÉREZ MARTÍN se trata de una institución de Derecho Civil: «mediante la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de ésta, sin intervención de autoridad administrativa ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes, contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor» (22).

De forma más exhaustiva, Díez-PICAZO considera al guardador de hecho como «aquella persona que, careciendo de potestad legal sobre un menor o incapaz o susceptible de serlo, ejerce respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se encarga de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses». Y añade que «se entienden incluidos en este instituto a los tutores en quienes concurra causa de inhabilidad legal o que hubieren comenzado su ejercicio sin dar cumplimiento a los requisitos legales, o extendieren su función después de haberse extinguido la tutela» (23).

DÍAZ-ALABART define como guardador de hecho a «quien careciendo de potestad legal sobre un menor o una persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiera encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses». Y añade la autora que cuando se habla de guarda de hecho se deben distinguir dos posibles fases por las que puede atravesar: «en primer lugar, la guarda de hecho sin más, verdadera situación de hecho, que, por serlo no puede tener una regulación que indique como ha de desarrollarse, sino que únicamente produce ciertas consecuencias jurídicas, primordialmente a favor del guardado; en segundo lugar, la “guarda de hecho” cuando se comunica a la autoridad judicial, pues a partir de ese momento ya la situación no sólo es de hecho, sino que adquiere otras características que la acercan a las de los cargos tutelares, en los que es esencial el control judicial» (24).

Siguiendo esta definición, FÁBREGA RUIZ la conceptúa como «el ejercicio, con respecto a menores o incapaces, de funciones propias de instituciones

(20) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 152.

(21) ROGEL VIDE, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 81; del mismo autor, «Comentario al artículo 303 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 863.

(22) PÉREZ MARTÍN, A. J., *Derecho de familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Lex Nova, Valladolid, 1995, pág. 60.

(23) Díez-PICAZO, L., *et al.*, «Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela», *op. cit.*, pág. 61.

(24) DÍAZ ALABART, S., *et al.*, «El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda», en *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, dirigido por Silvia DÍAZ ALABART, Ibermutuamur, Madrid, 2004, pág. 70.

tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales. El guardador de hecho será aquella persona que sin nombramiento alguno, ni judicial ni administrativo, se encarga del cuidado de un menor, de un incapacitado, o de una persona que, sin estar incapacitada, no puede valerse por sí misma» (25).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2004, señala que: «la guarda de hecho está reconocida como figura dotada de un cierto, aunque mínimo y provisional, estatuto legal o jurídico y sustantividad propia, merecedora, por tanto, de respeto durante el tiempo imprescindible para que se establezca y entren en funcionamiento las instituciones tutelares o de protección de menores dotadas de normalidad» (26).

Finalmente, el artículo 225-1 del Código Civil catalán considera que es guardadora de hecho «la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela, o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen». Por su parte, el artículo 142 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón, define el guardador de hecho como «la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada».

En cuanto a los *caracteres* que configuran la guarda de hecho, se parte de considerarla como una situación de hecho. LETE DEL RÍO señala que de «entre las variadas clasificaciones que se pueden hacer de la tutela o guarda, una de ellas es la de tutela de hecho y de derecho. La guarda es de derecho cuando la persona que la ejerce actúa en virtud de un nombramiento legal de tutor. La guarda es de hecho cuando la desempeña una persona que carece de la cualidad de tutor (27). Por su parte, CÁRCABA se cuestiona sobre la naturaleza misma de la llamada «guarda de hecho»: ¿cómo puede ser una institución de hecho regulada por el Derecho? Las instituciones de hecho nacen ante una ausencia total de formalidad, son meros hechos sin efectos jurídicos. Pero, en este caso, la posible guarda de hecho y la producción de efectos de la misma, está reconocida en el Código, tratándose en consecuencia de algo más que de un hecho, puesto que los actos realizados por el guardador son válidos para el derecho. Y, añade, finalmente, que la guarda de hecho trasciende del mundo del hecho al producir efectos de Derecho (28). Con el mismo criterio, ROGEL VIDE manifiesta que no se puede confundir con guarda fáctica como contrapuesta a jurídica, sino, por el contrario, guarda efectivamente ejercida y asumida al margen de las formalidades legales, y, precisa «tanto la tutela llamada plena o perfecta como la llamada tutela o guarda de hecho son, al fin y a la postre y en mayor o menor medida, tutela y participan ambas de las características, antes predicadas, de la tutela en

(25) FÁBREGA RUIZ, C. Francisco, «La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad», *op. cit.*, pág. 9.

CASTÁN TOBEÑAS J. M.ª, «Derecho Civil Común y Foral», T. V, vol. 2, *Derecho de Familia*, 9.ª ed., Reus, Madrid, 1985, pág. 448, entiende por guarda de hecho el cuidado que asume sobre un menor o incapaz, una persona que formalmente no está investida del cargo de tutor.

(26) La Ley 269719/2004.

(27) LETE DEL RÍO, J. M., «De la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 484.

(28) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Consideraciones sobre la guarda de hecho», en la *Tutela de los Derechos del Menor*, 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil, dirigido por Juan Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, 1984, pág. 82.

general». En definitiva, concluye el autor: «siendo una formal y la otra informal, una con potencialidad de ejercicio —devenida o no en acto— y la otra efectivamente ejercida, son, ambas, tutela de Derecho, dada la relevancia jurídica de las dos. Guarda de hecho, pues, guarda efectivamente ejercida, asumida de hecho, al margen de las formalidades legales» (29). Compartimos esta manera de entender la guarda de hecho, pues no tiene mucho sentido hablar de situaciones de hecho y de derecho, desde el momento que aquélla goza de una regulación jurídica, se trata de una guarda asumida de hecho —efectivamente ejercida y asumida al margen de las formalidades legales—, pero dotada de un reconocimiento legal, pues, de lo contrario, no se alcanza el significado del articulado con el que se dota a la misma.

La guarda de hecho, asimismo, se refiere o contempla situaciones pasadas o, más exactamente actuales, pero anteriormente constituidas y desarrolladas (30). Igualmente, está dotada de cierta provisionalidad en su existencia. Nos encontramos ante una figura de configuración transitoria, operante mientras no se nombre el tutor o curador (31). Resulta imprescindible la constitución de un cargo tutelar, y el guardador de hecho deberá informar de la situación al Juez, y éste tomar las medidas oportunas para que se extinga la guarda de hecho, intervención judicial que debe realizarse sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228 del Código Civil; de ahí que se pueda afirmar que la guarda de hecho nace obligatoriamente para su extinción. Goza, por tanto, de una existencia temporal.

Indica MORENO QUESADA que, si bien es temporal como lo son las otras instituciones tutelares (tutela, curatela y defensor judicial), se acentúa aún más en la guarda de hecho «por la circunstancia de que su mismo reconocimiento debe ser acompañado de la decisión de que se extinga como tal guarda de hecho. Para el Derecho su reconocimiento no puede ser más fugaz» (32). Postura esta que no parece compartir PRATS ALBENTOSA, pues opina que cuando sea reconocida por el Juez la existencia de un estado de guarda de hecho, la norma permite a la autoridad judicial que, potestativamente, permanezca inactiva y no adopte medida alguna, o que solicite al guardador informe sobre la situación de la persona y los bienes del guardado, así como respecto de su actuación en relación con los mismos. Tras haber recabado la información, al Juez se le atribuye —según el auto— nuevamente la potestad de actuar o no, estableciendo las medidas de vigilancia y control que considere oportunas (33).

Nos parece más acorde con nuestro planteamiento inicial esta última postura, desde el momento que podemos encontrarnos con personas mayores, en las que no concurre necesariamente causa de incapacidad, y sin embargo, en la situación en que se encuentran, necesitan de una protección tanto en su ámbito personal como patrimonial, siendo la guarda de hecho una de las opciones posibles y más favorables, lo que exigiría aparte de su reconocimiento, su mantenimiento con una duración que puede ser limitada en el tiempo,

(29) ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 863.

(30) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, pág. 325.

(31) DÍAZ ALABART, S., «El procedimiento de incapacidad y las instituciones de guarda», *op. cit.*, pág. 71.

(32) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 326.

(33) PRATS ALBENTOSA, L., *Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 572.

y, sometiéndola a todas las medidas de control y vigilancia que se consideren oportunas. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de transformar al guardador en acogedor, en aquellas Comunidades Autónomas en que existe legislación desarrollada al efecto (34).

III. NATURALEZA

La regulación que ofrece el Código Civil, aunque escasa, viene a otorgar a la figura una naturaleza propia y diferenciada de las demás figuras de guarda y protección, así como de cualesquiera otras a las que algún sector de la doctrina ha pretendido derivar la naturaleza de la guarda de hecho. Asimismo, el hecho de representar una situación dotada de cierta provisionalidad, en la medida que una vez que es conocida ha de procederse a su regularización, conllevando en algunos casos su extinción y sustitución por otras instituciones de guarda, como la tutela o curatela, previo proceso de incapacitación; lo que ha determinado que, en algunos sectores de la doctrina se tienda de nuevo a privar de sustantividad a esta figura y asimilarla a otras de perfiles parecidos. Al respecto, señala ROGEL VIDE que, con anterioridad a la reforma de 1983, algunas sentencias del Tribunal Supremo (sentencias de 14 de diciembre de 1916 y de 2 de febrero de 1954) (35) y un sector doctrinal, ante la falta de regulación normativa de la guarda de hecho, explicaban su naturaleza jurídica por remisión a la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato. Después de la Ley 13/1983 sigue habiendo estudiosos y alguna sentencia de nuestro más Alto Tribunal y de las Audiencias (36), que continúan equiparando la actuación del guardador de hecho, en algunos supuestos, al gestor sin mandato. Y reacciona frente a esta forma de entender la naturaleza de la guarda de hecho, señalando las diferencias existentes hoy, entre ambas figuras, que son, como mínimo, las siguientes: «a) La gestión, como cuasicontrato que es, requiere —en virtud de lo dispuesto en el art. 1.887 del CC— la licitud del acto de inmisión; mientras que la guarda de hecho puede desempeñarse con fines ilícitos; b) La gestión implica la inexistencia de obligación de llevarla a cabo; al paso que la guarda, en la mayor parte de los casos, se ejerce por personas que están obligadas, principalmente por razón del parentesco, a instar la incapacitación o la tutela; c) La gestión es provisional y para asunto o asuntos determinados, mientras que la guarda requiere normalmente permanencia y afecta a la generalidad de los asuntos del menor o incapaz; d) Los artículos 1.888 y siguientes del Código Civil están pensando en la gestión de negocios sin mandato de alguien que es capaz o, al menos, puede serlo. Diversamente, por definición, en la guarda de hecho el guardado es un menor con capacidad limitada o un incapaz o un presunto incapaz; e) La gestión se

(34) Decreto 38/1999, de 8 de julio, del Principado de Asturias, regulador del programa de acogimiento familiar (BOPA, núm. 158, de 2 de agosto de 1999, págs. 9538 a 9550); la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores (BOE, núm. 13, de 15 de enero de 2003, págs. 1881 a 1884); la Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores (BOE, núm. 29, de 2 de febrero de 2001, págs. 4125 a 4127); y la Ley catalana 11/2001, de 23 de julio, de Acogida Familiar de personas mayores (BOE, núm. 206, de 28 de agosto de 2001, págs. 32453 a 32454).

(35) RJ 1954/322.

(36) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 26 de junio de 2000 (AC 2000/1212).

refiere a la esfera patrimonial del dueño de los bienes o negocios. Lo normal, por el contrario, será que la guarda de hecho abarque tanto la esfera patrimonial como la personal del guardado; *f*) La gestión de negocios ajenos implica la existencia de un patrimonio, de unos bienes que conservar o administrar. La guarda de hecho, por el contrario, implica —preferente y principalmente— la atención, cuidado y guarda del tutelado, y solo secundariamente, la conservación y gestión del patrimonio de éste, si lo tiene; *g*) La asunción espontánea de la gestión de los negocios parece ser un ingrediente indispensable de la figura contemplada en los artículos 1.888 y siguientes del Código Civil. Por el contrario, la asunción espontánea es sólo uno de los muchos supuestos pensables de guarda de hecho; *h*) El gestor de negocios, en el marco del artículo 1.890 del Código Civil puede delegar en otro los deberes de su cargo; mientras que las funciones tutelares, cualesquiera que sean, son indelegables; *i*) En nuestro Derecho, el gestor de negocios ajenos precisa experiencia para asumir conscientemente la gestión, y, consiguientemente, capacidad de obrar. Diversamente, el guardador de hecho —ya desde el Derecho romano— no necesita reunir las condiciones de capacidad exigibles al tutor regular...» (37).

IV. SUPUESTOS DE GUARDA DE HECHO

La doctrina no es unánime sobre este punto, y se perfilan dos posturas, una amplia y otra restringida:

Para los partidarios de una visión amplia, la guarda de hecho se da en todos los supuestos admitidos como tales en el Estudio dirigido por el profesor Díez-PICAZO en el año 1977 (38), al que nos hemos referido en varias ocasiones. Son de esta opinión autores como ROGEL VIDE (39), VENTOSO ESCRIBANO (40), MORENO QUESADA (41) y SANCHO REBULLIDA (42).

(37) ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 862; del mismo autor, «Sobre la guarda de hecho», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, año CL, octubre-diciembre de 2003, núm. 4, págs. 584-585.

(38) El *Estudio* comprendía los casos siguientes conforme a lo dispuesto en los artículos 307 y 308: 1. Cuando alguien, careciendo de potestad legal, sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera, respecto de ellos, alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses; 2. Cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por una causa de inhabilidad legal; 3. Cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales; 4. Cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él».

(39) ROGEL VIDE, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 53.

(40) Para VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985, pág. 129, la expresión del artículo 303 de presunto incapaz, parece que sólo quiere aludir a aquellos casos en que una persona se encarga de la guarda de otra sin que ésta haya sido previamente incapacitada y sin que haya precedido la constitución regular de una tutela previa, lo que excluiría aquellos casos mencionados de tutela irregular o de continuidad de la tutela tras su extinción. Este autor, no obstante, opta por una interpretación amplia del artículo 303 y aplicarla en aquellos casos en que pueda beneficiar a un menor o a un incapaz.

(41) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 325.

(42) Para SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «La guarda de hecho», en *Elementos de Derecho Civil de Lacruz Berdejo, J. L., et al.*, T. IV, vol. 2.º, *Derecho de Familia*, Bosch, Barce-

Para otro sector doctrinal, esta tesis amplia se ve contradicha por el texto del artículo 303 del Código Civil, que remite a los artículos 203 y 228 del mismo cuerpo legal y habla de «presunto incapaz» pareciendo que, con ello, se trata de aludir únicamente a las guardas que se dan cuando no se ha establecido una declaración de incapacidad o de tutela previa. De esta posición es partidaria CANO TELLO (43), RODRIGO BERCOVITZ (44) y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (45), entre otros. Asimismo, consideran estos autores excluidos de la guarda de hecho todos los supuestos en que existe un tutor nombrado; pero, o bien está incurso en causa de inhabilidad, o bien no ha cumplido los requisitos legales para poder hacerse cargo del tutelado, ha sido removido y continúa desempeñando el cargo. En consonancia con su tesis, distinguen entre «guarda de hecho» y «tutela de hecho», reservándose esta última categoría a los casos de tutelas putativas y tutelas irregularmente constituidas. Son, además, contrarios a la asimilación del régimen de la guarda de hecho al de la tutela, aduciendo que, a pesar que el Título X del Libro I se refiere a ambas, en cambio el artículo 215 del Código Civil, que inicia la regulación, no menciona como instituto de guarda y protección de menores e incapacitados a la guarda de hecho, por lo que el régimen de ésta debe someterse a las normas del mandato y de la gestión de negocios.

En el artículo 225-1 del Código Civil catalán son casos de guarda de hecho, los menores en situación de desamparo o la persona mayor de edad en las que

lona, 1989, pág. 341, estaríamos en presencia de un guardador de hecho en los siguientes casos: «1.º Cuando un tutor se apodera del cargo sin título alguno y lo ejerce de hecho, ya sea por asunción espontánea, ya por delegación arbitraria del nombrado; 2.º Cuando un tutor está afectado por causa de inhabilidad no constatada o que ha incumplido los requisitos previos al ejercicio de su cargo. 3.º Cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales. 4.º Cuando un tutor sigue en el ejercicio de la tutela tras la remoción firme o la extinción de la misma por otra causa». No comparte NÚÑEZ MUÑOZ esta opinión respecto del último supuesto por la sencilla razón de que «la tutela, al igual que la patria potestad, se extingue una vez que el menor adquiere la mayoría de edad, es emancipado o se le concede el beneficio de la mayor edad; entonces, ¿cómo es posible que pueda seguir desempeñando el cargo y considerarse una guarda de hecho si han desaparecido los presupuestos necesarios para que ésta tenga lugar?, esto es, que exista un menor o incapaz que precise asistencia, cosa que no se da cuando se alcanza la mayoría de edad o cesa la causa que daba lugar a la misma». Vid., también, NÚÑEZ MUÑOZ, C., «La guarda de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, Junio 1999, págs. 433-434; AFONSO RODRÍGUEZ, E., «La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores», *op. cit.*, pág. 325.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.ª), de 18 de enero de 1999 (AC 1999/2949), hace referencia al supuesto de incapacitación y no nombramiento de tutor, sino a la designación de guardador de hecho; y, por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 8 de mayo de 2000 (La Ley 94664/2000), hermano como guardador de hecho de su hermana, presunta incapaz como consecuencia de la enfermedad de Alzheimer que padecía.

Los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 20 de junio de 2001 (La Ley 1241159/2001), y de 13 de julio de 2001 (La Ley 142612/2001), configuran el internamiento como una clara guarda de hecho, ejercida con el auxilio de un profesional que dicho internamiento procura.

(43) CANO TELLO, C., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984, pág. 142.

(44) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 793.

(45) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Curso de Derecho de Familia*, T. I, Civitas, Madrid, 1988, pág. 258.

concorre causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela, o aún estándolo, los titulares de estas funciones no la ejercen; no, por tanto, el presunto incapaz (46). En todo caso, si la guarda se ejerce respecto de una persona que está bajo patria potestad o tutela, se considera también conveniente que la autoridad judicial confiera funciones tutelares al guardador, si lo hacen aconsejable la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada. La atribución de estas funciones tutelares comporta la suspensión de la patria potestad y la tutela (art. 225-3.2).

Por su parte, el artículo 142 de la Ley 13/2006, del Derecho de la persona de Aragón, califica de transitoria y temporal esta institución, y señala como supuestos de guarda de hecho, los menores o incapacitados en situación de desamparo, o las personas que podrían ser incapacitadas.

V. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA GUARDA DE HECHO

Sobre la base de lo expuesto en el apartado anterior, en cuanto a las personas que son susceptibles de una guarda de hecho, dependerá de la postura que adoptemos en relación con las dos opciones doctrinales expuestas. Así, para los partidarios de una visión amplia de la guarda, manifiestan que ésta puede darse tanto respecto a los menores en situación de desamparo, o de personas mayores de edad susceptibles de incapacitación, como respecto de personas ya incapacitadas. Lo cierto es que, manifestándonos a favor de esta postura, no resultan infrecuentes los casos en que los ascendientes (abuelos) asumen transitoriamente la guarda del menor desatendido por sus padres o tutor (47), como también de personas incursas o no en causa de incapacita-

(46) En el artículo 253 del derogado Código de Familia catalán eran supuestos de guarda de hecho: menores en situación de desamparo y cualquier persona que por razón de las circunstancias personales puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela. Vid., en relación con la regulación contenida en el citado Código, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 29 de octubre de 1999 (La Ley 150009/1999); y, de la misma Audiencia, Sección 18.^a, de 18 de febrero de 2000 (La Ley 41114/2000).

(47) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a, de 1 de octubre de 1990 (La Ley 3914/1990); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 19 de enero de 1999 (AC 1999/3147), existe una convivencia del menor con los abuelos desde su nacimiento, situación consentida por la madre biológica, se considera como medida más beneficiosa para el menor, el nombramiento de los abuelos como guardadores de hecho; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 1 de octubre de 2001 (La Ley 172945/2001), señala que la situación de guarda de hecho del niño en la abuela materna, con el consentimiento del padre, no puede derivar en una atribución de tutela sin más, mientras no se prive al progenitor de la titularidad de la patria potestad; el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 26 de septiembre de 2002 (La Ley 157205/2002); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 7 de enero de 2004 (La Ley 3761/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 3 de junio de 2004 (La Ley 131271/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.^a, de 26 de noviembre de 2004 (La Ley 250167/2004), tienen asumida la guarda del menor sus abuelos paternos por delegación de la Entidad Pública; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 3 de diciembre de 2004 (La Ley 256793/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, de 30 de diciembre de 2004 (La Ley 275376/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.^a, de 27 de julio de 2006 (La Ley 184177/2006); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 1 de diciembre de 2006 (La Ley 248931/2006); el Auto de la Audiencia

ción, se encuentran bajo la protección de una persona física o jurídica, que actúa como si se tratara de un guardador legal, sin tener tal condición, y sin que actúe por encargo del guardador; o, en fin, tratándose de alguien incapacitado (menor de edad o mayor de edad), su tutor no ejercita adecuadamente sus funciones y desatiende la esfera personal y patrimonial de su tutelado. Otros, por el contrario, entienden que la guarda de hecho es incompatible con sentencia de incapacitación; y la guarda de hecho es, precisamente de hecho, y no jurídica, deferida a través de un procedimiento legal. La persona, por tanto, que está sujeta a guarda de hecho no es jurídicamente un incapacitado, sino como dice el artículo 303, un «presunto incapaz». No obstante, como señala acertadamente BERCOVITZ, aunque el artículo 303 habla de «presunto incapaz», por lo que hay que deducir que no comprende en su ámbito a personas incapacitadas, sino sólo a las susceptibles de serlo; esto no obsta para extender el mismo tratamiento a los que, ya estando incapacitados, no están sometidos a tutela, pues no se ha designado tutor, o porque no sea el designado tutor quien la está ejerciendo (48). Lo cierto es que tanto el «presunto incapaz» no incapacitado, o el incapacitado no tutelado, por falta de nombramiento judicial de tutor, o porque designado éste no ejercita su cargo, o, en fin, porque exista causa de remoción del cargo, determina que estas personas se puedan encontrar en una situación de especial vulnerabilidad, de riesgo por falta de protección en su esfera personal y patrimonial. En tales supuestos, parece también pensar el legislador cuando hace referencia a la situación de desamparo en que se pueden encontrar también los mayores de edad en el artículo 239.3 del Código Civil; de ahí que, en principio, nada impida que sobre tales bases legales, una persona, como guardador de hecho, en principio, sin atribución legal, asuma el cuidado y protección de aquellas personas incapacitadas o no; y el Juez puede requerirle para que informe sobre la situación del menor o del presunto incapaz (o incapacitado).

En síntesis, la guarda de hecho puede no exigir tanto que se demuestre que la persona está afectada por una causa de incapacitación —pues puede no estarlo, aun teniendo cierta limitación en sus facultades—, como el constatar una situación de posible riesgo o peligro de una persona o de sus bienes que reclame una actuación inmediata, y oportuna, a la que puede responder este mecanismo de protección con una duración no necesariamente prolongada en el tiempo, aunque sí fundada en el beneficio de la persona guardada.

En cuanto a la *persona del guardador*, pues ser una persona física —pariente o no— (49); y una o varias (50) o jurídica (51). Precisamente, en relación con

Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 23 de enero de 2007 (*JUR* 2007/127740), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, de 31 de julio de 2007 (La Ley 223927/2007).

(48) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 788-789. En el mismo sentido, NÚÑEZ MUÑOZ, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 438.

(49) Normalmente, la persona del guardador suele ser un pariente del menor o del presunto incapaz o incapacitado (padres, ascendientes, hermanos, hijos).

(50) Puede darse el caso de una pluralidad de guardadores, pues, recordemos que, en muchos supuestos, son los propios padres quienes actúan como tales en una suerte de patria potestad prorrogada de hecho, cuando no instan la incapacitación de su hijo al llegar a la mayoría de edad.

(51) Pensemos en un Centro Residencial donde se encuentra residiendo el presunto incapaz (normalmente, persona de la tercera o cuarta edad), siendo la persona que materializa la guarda el Director/a como máximo responsable del centro.

esta última, y con personas mayores de edad en situación de desamparo, y no susceptibles de ser incapacitadas, la propia Administración Pública puede ser nombrado guardador de hecho como medida cautelar judicialmente establecida dentro del marco asistencial de actuación de los poderes públicos con objeto de paliar las situaciones de riesgo en que se encuentran inmersas tales personas, sin que el único remedio sea la incapacitación judicial (52). Así, la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de creación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, en su artículo 4.b) enuncia entre sus fines: «*la defensa judicial de los residentes en la Comunidad de Madrid, sobre los que se haya iniciado un proceso de incapacitación, así como el ejercicio de cuantas funciones determine la autoridad judicial en medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo*». Añade, asimismo, en su Disposición Adicional 5.ª, en su número 2, que: «*en casos excepcionales y de probada necesidad, la Agencia adoptará las medidas especiales análogas a la institución de la guarda de hecho que resulten precisas, actuando en coordinación con los correspondientes órganos especializados de la Comunidad Autónoma y con arreglo a la legislación aplicable en cada caso*» (53). Aunque se le dote de provisionalidad a esta guarda, lo cierto es que, ante situaciones de riesgo/desamparo, corresponde a los poderes públicos asumir dicha responsabilidad ante la inmediatez que caracteriza su actuación, y sin que suponga incompatibilidad con una presumible capacidad del sujeto en situación de desamparo; y, por supuesto, sin que ello sea obstáculo, si lo exige la situación, que se opte por la incapacitación judicial. En todo caso, la adopción de medidas cautelares por parte de la autoridad judicial, en la que participan las entidades públicas en su consecución, constituye una realidad que el legislador tenía en mente cuando redactó el artículo 239.3. La mayor relevancia corresponde a la falta de asistencia, y no a la incapacidad, y ello porque el citado precepto ha dispuesto una derivación —un

(52) En este sentido, vid., artículo 142 de la Ley 13/2006, del Derecho de persona de Aragón, y el artículo 225-1 del Código Civil catalán. Señala GETE-ALONSO Y CALERA M.ª C., «Las instituciones de protección de mayores de edad», en *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 306, que no deben tener finalidad lucrativa. Por su parte, ROGEL VIDE, C., «Sobre la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 593, considera criticable que una persona jurídica pueda ser guardador de hecho.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 7 de septiembre de 2000 (La Ley 159719/2000), se nombra como tutor a la Fundació Germà Tomás Canet, institución que viene ostentando la guarda de hecho del incapaz.

(53) La Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, en su artículo 9 define las funciones del sistema público de servicios sociales en la letra f) y hace referencia a «la tutela jurídico-social de las personas en situación de desamparo, según los términos de la presente Ley»; y en el artículo 23 concreta con relación a la Atención a Mayores, en su letra f) de nuevo: «la protección jurídica de las personas en situación de desamparo».

Asimismo, la Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha en su artículo 2 f) fija como funciones de la Comisión: «*la ejecución de las actuaciones que determine la autoridad judicial como medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo*». Y el Instituto de Tutela de Bizkaia, igualmente, en su artículo 4 b) configura como finalidades del Instituto: «*La asunción, en su caso, de la defensa judicial de las personas mayores residentes en el Territorio Histórico de Bizkaia sobre las que se haya iniciado un proceso de incapacitación, así como cuantas funciones determine la autoridad judicial en medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo*».

tanto imperfecta— de la atención y amparo que los poderes públicos han de garantizar a las personas con discapacidad por imperativo del artículo 49 de la Constitución Española.

VI. EXTENSIÓN DE LA GUARDA DE HECHO A OTROS SUPUESTOS

Cabe plantearse si en la expresión guardador de hecho, que utiliza el Código Civil, cabe incluir otra figura distinta a aquélla como el curador de hecho. Mientras que una parte de la doctrina defiende tal posibilidad (54), otra, sin embargo, la rechaza por considerar que la curatela consiste en un complemento de la capacidad del menor o incapacitado para ciertos actos; y, en consecuencia, difícilmente esta labor de asistencia o complemento podrá desarrollarse en la práctica, si el curador no justifica la existencia de su cargo con el nombramiento pertinente que le legitime para el ejercicio de las facultades que le concede la Ley. Además, «la guarda es un hecho, mientras que la asistencia es una actuación jurídica en la que difícilmente podemos imaginar a un emancipado actuando por sí mismo, con capacidad de obrar, aunque incompleta, asistido —completando aquella capacidad— por un intruso; el artículo 303 tampoco se refiere a la prodigalidad; y los órganos de guarda estructurados por la ley admiten calificación y catalogación (tutor, curador), pero los ofrecidos por la realidad extralegal no responden a perfiles institucionales (55). No obstante, SUÁREZ SÁNCHEZ VENTURA entiende que «sí es posible, dado el amplio margen de arbitrio judicial, es que la situación de guarda de hecho, a pesar de la referencia que el artículo 303 hace a los artículos 203 y 228, derive no en la constitución de una tutela, sino, en el caso de los incapacitados (art. 287), de una curatela, cuando el grado de incapacidad del pupilo justifique la constitución de la curatela y no la de la tutela» (56).

Lo cierto es que los supuestos en que pudieran admitirse la actuación del curador de hecho son más difíciles de concebir, pues, en la curatela, se parte de la premisa que el curatelado es una persona capaz, que puede gobernarse por sí misma, aunque para la realización de determinados actos necesite de un com-

(54) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, pág. 801; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 478, aunque precisa que el caso más común en la realidad sea la configuración de la guarda de hecho como tutela o patria potestad de hecho; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 794; DE CUOTO GÁLVEZ, R. M.ª, «De la guarda de hecho», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLOREZ, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 2081, cree que es posible pensar en situaciones en las que se da una curatela de hecho. Así, será, por ejemplo, cuando se especifica en la sentencia de incapacitación la necesidad de un curador y éste no se llega a nombrar, o ya se ha designado, pero no cumple las funciones.

(55) LETE DEL RÍO, J. M., «De la guarda de hecho. Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 489; CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 143; GARCÍA GARCÍA, L., *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*, Valencia, 2000, pág. 117.

(56) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª, «La institución tutelar», en *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, Familia, vol. 2.º, coordinador general: Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, Civitas, Madrid, 2002, pág. 571. En este sentido, se pronuncia VENTOSO ESCRIBANO, A., «La reforma de la tutela», *op. cit.*, pág. 129.

plemento de su capacidad. Ahora bien, esta regla general no impide que pueda admitirse, en algunos supuestos, una curatela de hecho, así cuando el curador sea excusado o removido del cargo, y pese a ello actúa, siendo el acto que realice beneficioso para el menor o incapacitado; parece lógico mantener al curador, aunque sea actuando «de hecho», en aras del superior interés, que deben presidir todas las actuaciones de protección de estas personas (57).

En todo caso, son muy acertadas las palabras de ROGEL VIDE cuando considera que, en realidad no existe un tutor, un curador o un defensor judicial de hecho como figuras independientes, sino que existe un guardador de hecho, con un régimen jurídico único, ya sea en funciones de tutor, ya de curador o incluso de defensor judicial (58).

Por otra parte, el artículo 172.1 del Código Civil hace referencia a la tutela automática o *ex lege*, de los menores en situación de desamparo por parte de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores. En relación con la materia objeto de análisis, es claro que la existencia de un guardador de hecho que efectivamente atienda al menor, excluye la situación de desamparo (59). Y, que, como afirma ROGEL VIDE, la guarda a la que hace referencia el citado precepto difiere sustancialmente de la guarda de hecho contemplada en los artículos 303 y siguientes, pues, mientras la guarda de hecho es equiparable a la tutela y, es, además, una guarda formal, conocida, en tanto que es requerida por quienes tienen —y no pierden— la potestad sobre el menor, o acordada por el Juez; la guarda del artículo 172 es una guarda formal prevista como solución urgente y, además, transitoria, «durante el tiempo necesario» —dice tal precepto—, y abocada a situaciones más estables (60).

Finalmente, tras la entrada en vigor de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la guarda de hecho puede llegar a convertirse en acogimiento familiar. Corresponde al Juez, en consecuencia, decidir no constituir la tutela y mantener al menor o presunto incapaz en la familia del guardador de hecho, si se considera que esto puede ser lo más beneficioso para ellos (61).

(57) NÚÑEZ MUÑOZ, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, págs. 437-438, precisa, además, que «caso distinto será el del pródigo, pues aquí no se protege su propio interés, sino el de su familia más cercana, y para que los actos realizados por él que requieran asistencia no sean impugnables, será necesaria la aquiescencia de un curador legalmente nombrado, excluyendo, por tanto, al curador de hecho, pues si bastase la asistencia de cualquiera, lo mismo podría celebrarse el acto sin necesidad de ella, pues en rigor el pródigo no es incapaz, sino alguien cuyas actuaciones patrimoniales es preciso «controlar»; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Consideraciones sobre la guarda de hecho», *op. cit.*, págs. 83-84, señala como otro supuesto posible, cuando un menor sometido a tutela, se emancipa y debe actuar un curador para cualquiera de las actuaciones que lo precisan, según el artículo 323. En este caso y conforme al artículo 292 del Código Civil desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa».

(58) ROGEL VIDE, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 63; del mismo autor, «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 861-862. En el mismo sentido, HEREDIA PUENTE, M., y FÁBREGA RUIZ, C. F., «La guarda de hecho como mecanismo protector de incapaces», en *La Ley*, núm. 4497, 1998-I, pág. 2092.

(59) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2004 (*JUR* 2006/33272).

(60) ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 864.

(61) Resulta curiosa la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 17 de abril de 1999 (*AC* 1999/1147), cuando señala que: «(...) En efecto, el acogimiento

VII. FUNCIONES DE LA GUARDA DE HECHO

Actúa tanto en la esfera personal como patrimonial, y puede variar en función de los supuestos a los que se aplica, adaptándose a las circunstancias concretas de guarda que exige el sometido a la misma.

Respecto de la persona, puede ocuparse de su alimentación, cuidado, tratamientos médicos, educación y formación; incluso, promover la incapacitación del sujeto, cuando sea necesario, o de procurar su recuperación. En este sentido, se manifiesta el artículo 145.1 de la Ley 13/2006 de Derecho de la persona de Aragón; y el artículo 225-3.1 del Código Civil catalán, que, además añade que «el guardador debe actuar siempre en beneficio de la persona en guarda».

Respecto de su patrimonio, alcanza, en principio, a todos los actos de administración ordinaria, no a los de carácter extraordinario, pues, no olvidemos que se trata de una situación fáctica, de hecho. A ello se refiere expresamente el artículo 145.1 de la Ley 13/2006, si bien, con la exigencia de que estos actos de administración sean necesarios. Para la justificación de tal necesidad será suficiente la declaración en tal sentido de la Junta de Parientes de la persona protegida (art. 145.2 de la citada Ley). No obstante, la realización de estos actos calificados de «necesarios», comporta frente a terceros la representación legal del guardador de hecho. E igualmente, contiene mención expresa de la limitación en la actuación del guardador a los actos de administración ordinaria, el artículo 225-3-1 del Código Civil catalán. Ahora bien, si se trata de una guarda de hecho de personas, que están bajo patria potestad o tutela, éstas pueden solicitar de la autoridad judicial que, confirieran al guardador, funciones tutelares, siempre y cuando concurran circunstancias que lo hagan aconsejable como, por ejemplo, la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada que lo hagan aconsejable (62). Estas funciones tutelares se atribuyen en procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la audiencia de las personas titulares de la patria potestad o del tutor, si es posible. Tal atribución conlleva la suspensión de la patria potestad (art. 225-3.2 del Código Civil catalán), evitando con ello que el guardador tenga que asumir una carga demasiado onerosa, sobre todo si se trata de miembros pertenecientes a la misma familia, de tener que instar la privación de la patria potestad o la remoción del tutor.

del ahora demandante durante su menor de edad por parte de su abuelo materno y sus tíos podría calificarse de “guarda o tutela de hecho”, situación que existe, o puede producirse siempre que alguien sin estar investido oficialmente de funciones tutelares respecto de un menor o incapaz asume y ejerce de hecho sus funciones, aunque la regulación legal de tal situación no se hubiese producido hasta la Ley 13, de 24 de octubre de 1983, que dio una nueva redacción a los artículos 303 a 305 del Código Civil. Pero, en modo alguno, es posible en nuestro Derecho deducir de una situación de convivencia familiar y del “trato como hijo de una persona”, la existencia de una adopción de hecho, dado que, en todo momento, de su desarrollo histórico tuvo la adopción el carácter de acto formal y solemne» (*Fundamento Jurídico 2.º*).

(62) Aunque no lo establece el legislador, parece que podría llevarse a cabo tal solicitud por el guardador.

Por otra parte, la atribución de funciones tutelares sólo puede tener lugar para el supuesto de persona que está en potestad parental o en tutela, y, no para aquellos casos, frecuentes en la práctica, donde las familias cuidan de sus miembros ancianos afectados por demencias seniles u otras enfermedades que les impiden decidir por sí mismas y respecto de las cuales no se insta su incapacitación; pues, para este supuesto se considera conveniente el nombramiento de tutor con la consiguiente incapacitación del sujeto.

Si bien, en este contexto, desde la propia regulación del Código Civil, la no mención expresa y por ende, limitación de la actuación del guardador —a diferencia de los ordenamientos autonómicos citados—, a los actos de administración ordinaria; no parece imposibilitar que pueda extenderse aquella también a los de administración extraordinaria, siempre que redunden en utilidad del menor o presunto incapaz, si tenemos en cuenta lo que establece el artículo 304 del mencionado cuerpo legal, y el hecho de que cuando la guarda de hecho se comunica a la autoridad judicial, su existencia podríamos decir se «juridifica», sometiéndose a un control judicial como los demás cargos tutelares.

VIII. RÉGIMEN JURÍDICO

Existe una tendencia bastante extendida que propugna la plena equiparación del guardador de hecho al tutor formal, al menos en cuanto a deberes y obligaciones se refiere (63). Sin embargo, nos parece más acertada aquella postura que no opta por una aplicación indiscriminada de todas las normas relativas a la tutela formal a la guarda de hecho, sino que sólo considera que se han de aplicar aquéllas, cuando no sean inadecuadas al propio régimen de la guarda de hecho o no exista una norma específica como los actuales artículos 303 a 306 del Código Civil (64).

Lo cierto es que, como se pronunció para el régimen derogado ESCOBAR, el tutor de hecho debería actuar con «toda la diligencia de un buen padre de familia» (65). Y, asimismo, se ha de señalar que, puede alcanzar su actuación —antes de que sea conocida por la autoridad judicial su existencia—, tanto al ámbito personal como patrimonial del sujeto guardado; si bien en este último supuesto sólo respecto a los actos de administración ordinaria y no de disposición.

Sobre tales bases procede analizar la regulación específica que, en torno al guardador de hecho, se contienen en los citados preceptos del Código Civil y en las demás regulaciones autonómicas referidas en líneas precedentes.

(63) Vid., por todos, SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «Elementos de Derecho Civil», de LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *op. cit.*, pág. 345. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.^a, de 24 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/28448).

(64) ROGEL VIDE, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 98; del mismo autor, «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 864. En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 478; DÍAZ-ALABART, S. *et al.*, «El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda», *op. cit.*, pág. 74.

Sin embargo, para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 783, pese a cumplir ambas figuras una función similar, la realidad normativa actual, sin embargo, no permite realizar una asimilación entre la tutela y la guarda de hecho, pues los preceptos del Código Civil sólo equiparan guarda de hecho y guarda legal en lo que atañe al deber de información del guardador (art. 303) y al deber de indemnización (art. 306). Además, ni siquiera la ubicación sistemática podría servir de argumento, si se tiene en cuenta, además, que el artículo 215 no enumera a la guarda de hecho dentro de las instituciones tutelares. Siendo así que el régimen jurídico del guardador de hecho debería sujetarse únicamente a lo establecido en los artículos 303 a 306, sin que las normas relativas a la tutela sean de aplicación analógica.

(65) ESCOBAR DE LA RIVA, E., «La tutela», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pág. 253.

1. EL DEBER DE INFORMACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO

El artículo 303 dispone que: «*sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas*» (66). Este precepto deja a salvo los supuestos de declaración de incapacidad y constitución de la tutela de oficio, cuando tengan conocimiento de la existencia de una persona, que incurra en causa de incapacitación o deba ser sometida a tutela. El artículo 203 ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, considerándose aplicable ahora en lugar de aquél, el artículo 757.2 y 3 de la citada Ley, a cuyo tenor: «*2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación, si las personas mencionadas en el apartado anterior (cónyuge o situación asimilable, descendientes, ascendientes y hermanos) no existieran o no la hubieran solicitado*». Y añade el párrafo 3 que: «*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, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal*». Por su parte, el artículo 228 del Código Civil señala que: «*si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela*».

Una vez que el Juez tenga conocimiento oficial de la guarda de hecho, ésta entra en fase de interinidad; y se mantiene mientras —si se considera necesario— (67), se sustancia el proceso de incapacitación y se ordena debidamente la representación legal del menor o incapacitado. Al respecto, en esta fase, el Juez puede requerir al guardador para que le informe de la situación de la persona y bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos. Para BERCOVITZ existe un paralelismo entre este deber de información y el contemplado para el tutor en el artículo 233; y, naturalmente, ese deber de información se extiende en principio tanto a la persona

(66) En el mismo sentido, el artículo 144.1 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón: «*cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos*». Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1.ª, de 22 de diciembre de 2004 (La Ley 269719/2004); y los Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 13 de febrero de 2008 (La Ley 52542/2008); y de 25 de febrero de 2008 (La Ley 52418/2008), señalan que, naturalmente, ese deber de información se extiende en principio tanto a la persona como a los bienes, quedando limitado en cada caso al ámbito en el que se está desarrollando la guarda de hecho, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección y custodia. La información, en cuanto a los bienes, puede consistir, en su caso, en un inventario y en una rendición de cuentas.

(67) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 23 de enero de 2007 (La Ley 18071/2007), señala que la situación fáctica de la guarda de hecho en la persona de la abuela, consentida por el padre y la madre biológicos de las menores, debe legitimarse en beneficio del interés del menor; y el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 11 de abril de 2008 (La Ley 145022/2008).

como a los bienes, quedando limitado en cada caso, al ámbito en el que se está desarrollando la guarda, sin perjuicio de que el guardador pueda completar la información con otros datos que conozca, ajenos a su actividad de protección y custodia (68).

El Código, asimismo, señala que *podrá requerirle*, lo que plantea la duda, si estamos en presencia de una obligación o de una simple facultad de la autoridad judicial. Parece que el sentir mayoritario de la doctrina se inclina por su obligatoriedad. LETE DEL RÍO señala al respecto que «debería haberse dicho “deberá”; si no se entiende así, ¿qué valor se le dará a la actitud de un juez que teniendo conocimiento de la existencia de una guarda de hecho no exige de quien la desempeña el correspondiente informe?». En mi opinión, añade el autor, «sería afirmación de una ilegalidad inadmisibles; además, si esto pudiera acontecer, indudablemente resultaría más ventajosa la situación de un guardador de hecho que la de un tutor legal» (69).

Por otra parte, en el contexto actual, no sería improbable que el Juez en situaciones de disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, y ante colectivos especialmente vulnerables, ancianos, los discapacitados, *border line*, una vez que conociera la existencia de una guarda de hecho, optase por su mantenimiento, como lo más beneficioso para los intereses de la persona susceptible de protección, sin perjuicio de imponer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

De todas formas, nada impide al propio guardador de hecho a que promueva la incapacitación del presunto incapaz (70).

2. OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR O COMUNICAR LA EXISTENCIA DE LA GUARDA DE HECHO

Tanto el artículo 143 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón, como el artículo 225-2 del Código Civil catalán, mencionan —a diferencia del Código Civil español que no lo hace en sede de guarda de hecho—, la obligación del guardador de notificar la existencia de ésta a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal, para que éstos puedan valorar la situación y, si fuese necesario, proceder a incoar el correspondiente procedimiento de incapacitación.

No obstante, mientras que en el artículo 143 de la citada Ley 13/2006, tal deber alcanza a todos los supuestos de guarda de hecho, en el Código Civil catalán, sin embargo, sólo se exige para dos supuestos: 1) El de acogimiento transitorio de un menor, que se encuentra en situación de desamparo ante la desatención de quienes tienen la obligación de cuidarlo. El guardador de hecho deberá comunicarlo a la entidad pública competente en materia de protección de menores, o a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda (art. 225-2.1); 2) En caso de guarda de hecho de una

(68) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 789. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 13 de febrero de 2008 (La Ley 52542/2008).

(69) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 490. Vid., también, MARTÍNEZ DÍE, R., «Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección», en *La Notaria*, núm. 2, febrero de 2000, pág. 36. Para LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 388, en cambio, la actividad de la autoridad judicial es meramente facultativa.

(70) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.ª, de 13 de mayo de 2001 (La Ley 91255/2002).

persona mayor de edad en quien concurre causa de incapacitación, si ésta se encuentra en un establecimiento residencial; no si está residiendo en su propio domicilio o en el de otros parientes. La persona titular del establecimiento residencial (guardador de hecho) deberá comunicarlo a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal en el mismo plazo de setenta y dos horas desde el inicio de la guarda (ingreso en la residencia). Por tanto, la obligación de comunicar en este segundo caso, sólo opera si la persona mayor de edad incurre en causa de incapacitación y está en un establecimiento residencial (art. 225-3.2).

3. MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA

Durante este proceso de interinidad, y a la luz de lo dispuesto en el artículo 303, asimismo, el Juez puede establecer medidas de control y vigilancia respetando la situación de hecho existente (71). Señala BERCOVITZ que «dichas medidas no son sino las ya previstas con carácter general en los artículos 203.II, 209 y 299 bis. Al igual que ocurre con la referencia a los artículos 203 y 228 contenida en el comienzo del artículo 303, el único valor de esta parte final del mismo es el de mero recordatorio» (72). Entre estas medidas se pueden incluir, además de la prevista en el artículo 158 (por remisión expresa del art. 216.II) y el artículo 299 bis del Código Civil, de nombramiento de un administrador para los bienes; las del artículo 757.2 y 3 y las cautelares del artículo 762 de la LEC, medidas todas ellas que, desde luego, se han definido como provisionarias y caducas, pues «su mayor o menor duración depende de que el Juez haya dado inmediata aplicación al artículo 299 bis o no» (73). Por otra parte, estas medidas, cuya solicitud puede tener lugar a instancia también del Ministerio Fiscal —y que venían recogidas en los derogados arts. 203.2 y 209 del Código Civil—, pueden adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación (74).

Ahora bien, como señala ROGEL VIDE: «han de adoptarse inmediatamente, sin que pueda retrasarse esperando la elaboración del informe del guardador de hecho y su ulterior recepción y conocimiento por la autoridad judicial»; lo contrario, añade: «podría redundar en perjuicio del guardado, cuando es ello, precisamente, lo que se trata de evitar» (75).

No obstante, la inmediatez en la adopción de las medidas ha de relacionarse también con su provisionalidad, ya que el Juez habrá de promover, a

(71) Vid., asimismo, el artículo 144.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón.

(72) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 790.

(73) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 490; SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «El nuevo régimen de la familia», vol. III, Tutela e instituciones afines, *op. cit.*, págs. 162-163; RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, T. IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 446.

(74) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de julio de 2004 (La Ley 162406/2004).

(75) ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 865. Sin embargo, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 490, señala que «estas medidas habrán de ser, lógicamente, subsiguientes al informe, pues en función de éste se adoptarán aquéllas que la autoridad judicial estima más procedentes en beneficio de la persona y de los bienes de la persona sometida a la guarda de hecho».

través del Ministerio Fiscal, la declaración de incapacidad y la constitución de la tutela, cesando, por tanto, la guarda de hecho, y asumiendo temporalmente la representación y defensa del tutelado el Ministerio Fiscal, y el cuidado de los bienes del administrador judicial nombrado. Si bien, ello no obsta, para que tales medidas judiciales respeten la situación de hecho existente, y el Juez opte por nombrar como defensor del menor o incapaz, o administrador de sus bienes al guardador, ya que la actuación de éste no tiene porque merecer un reproche, sino todo lo contrario (76).

La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad (77), redacta el artículo 38 de la LRC de la siguiente forma que: «*A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: 6. La existencia de un guardador de hecho y las medidas judicial de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o del presunto incapaz*». E, igualmente, otorga legitimación al Ministerio Fiscal para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la guarda de hecho (Disposición Adicional única.1 de la Ley). Con esta reforma se da publicidad registral a la guarda de hecho; y, asimismo, a nuestro entender, redundante en la posibilidad de mantenimiento del guardador de hecho como cargo —asumido *de facto*—, siempre que resulte beneficioso para el guardado, ante situaciones de merma de alguna de las facultades físicas o psíquicas que no sean causa de incapacidad, al ser un instrumento de protección que puede atender sus necesidades de la misma forma que antes durante su «clandestinidad», si bien, ahora bajo un control judicial.

4. EFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR GUARDADOR DE HECHO

El artículo 304 del Código Civil dispone que: «*los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no pueden ser impugnados si redundan en su utilidad*» (78). Esta norma sanciona la inimpugnabilidad de los actos realizados por el guardador si redundan en utilidad del guardado (79). En realidad, como señalan DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, lo

(76) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 790.

(77) BOE, núm. 73, de 26 de marzo de 2009, págs. 29.137 a 29.142.

(78) En similares términos se pronuncia el artículo 145.3 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón, cuando referido al acto declarado necesario por la Junta de Parientes, dispone que: «*El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida*».

(79) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 19 de diciembre de 2000 (La Ley 231054/2000); la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.ª, de 9 de marzo de 2001 (La Ley 53742/2001); la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 12 de mayo de 2004 (La Ley 111969/2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2005 (La Ley 24967/2005), y el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 8 de septiembre de 2008 (La Ley 227882/2008).

que quiere significar el precepto «es que no podrán ser declarados nulos en esa hipótesis, pues carece de lógica que se niegue una legitimación para accionar *a priori*, siendo así que la prueba de la utilidad debe producirse en el proceso, a cargo de quien sostenga la validez del acto impugnado» (80). El ámbito del precepto comprende todos los actos realizados por el guardador, sean de naturaleza patrimonial, con carácter preferente, o personal, pues, el Código Civil no los excluye.

En relación con los de carácter patrimonial, parecen comprenderse todos los actos realizados en interés del menor o incapaz, sean de administración ordinaria, extraordinaria y los dispositivos (81), lo que supone un tratamiento más favorable que el otorgado al tutor de derecho (82). Entre los actos de esta naturaleza podemos destacar la constitución de patrimonio protegido (83); y la solicitud de declaración de persona en situación de dependencia en cualquiera de los grados del guardado; y del derecho a alguna prestación o ayuda que fija la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (84).

Con respecto a los de naturaleza personal, ha de entenderse comprendidos, especialmente, aquellos que se deriven del cumplimiento por el guardador de los deberes consignados en el artículo 269 del Código Civil —velar por el tutelado, y, en particular, procurarle alimentos, educación y formación integral, promoviendo la adquisición o recuperación de la capacidad de éste y su mejor inserción en la sociedad— (85).

(80) DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006, págs. 290-291.

(81) En cambio, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «Curso de Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 259, considera que: «el régimen de la eficacia extraordinaria en beneficio del menor sólo podrá extenderse a los actos conservativos...», pues, como señala, si los actos de administración extraordinaria del tutor legal sin autorización pueden ser impugnados, con más razón los del tutor de hecho».

(82) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 580.

(83) El artículo 3.1.a) de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en relación con la constitución del patrimonio protegido dispone que: «*El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil*».

(84) Para MORETÓN SANZ, M.^a F., «El guardador de hecho ante la dependencia: revisión de los procedimientos autonómicos y las declaraciones “bajo su responsabilidad”», en *La Ley*, núm. 7.246, de 22 de septiembre de 2009, pág. 2, la presentación de la solicitud para la declaración de dependencia por el guardador puede ser incluida en la órbita de los actos de administración (vid., asimismo, el estudio profundo que la autora hace en este trabajo sobre la exigencia de declaración del guardador de hecho en las solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones en relación con las diferentes normativas autonómicas, además de la estatal).

(85) NÚÑEZ MUÑOZ, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 441; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 580; ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 867, precisa que «estos deberes juegan también para los guardadores de hecho, junto con los derechos correspondientes, siendo —en tales casos— difíciles de conjugar sus límites, sobre todo el representado por la intervención y control de la autoridad judicial». Precisamente por ello, y a su entender: «los actos que, en base a los deberes y derechos antes citados, realice el guardador de hecho, en relación con la persona del guardado, han de ser susceptibles de impugnación».

En todo caso, se trate de actos de naturaleza patrimonial y personal, lo importante es que redunden en beneficio o utilidad del guardado, y se hayan realizado en «interés» del mismo (86). Referente al concepto de utilidad, cabe plantearse, si éste ha de entenderse o no objetivamente; si ha de medirse con criterios exclusivamente patrimoniales o no; si la utilidad ha de apreciarse o no respecto de la totalidad del acto llevado a cabo por el guardador de hecho; y, en fin, si la utilidad ha de ser inmediata o no (87). En el sentir mayoritario de la doctrina se señala que: *a)* Esta utilidad debe ser objetiva, esto es, se ha de prescindir de la motivación subjetiva del guardador; *b)* No debe medirse necesariamente en función de criterios patrimonialistas o económicos, ya que la guarda de hecho debe buscar el beneficio global y el bienestar personal del menor o incapaz, más que un mero beneficio económico; *c)* No cabe plantear una valoración fraccionada de la utilidad que produzca el acto; la valoración ha de ser global, sin que pueda pretenderse una anulación parcial, limitada a las consecuencias perjudiciales; *d)* Finalmente, debe ser también inmediata, de acuerdo con la naturaleza del acto y la previsibilidad de sus consecuencias; de manera que si el acto realizado por el guardador en el momento de llevarlo a cabo, no es útil para el guardado pero, por circunstancias sobrevenidas, cuando el acto debe valorarse judicialmente el mismo reviste caracteres de utilidad; estas circunstancias sobrevenidas sanarían el acto *a posteriori*, y el mismo sería plenamente válido. Esta misma validez debería, asimismo, mantenerse en el supuesto inverso, esto es, que el acto fuera útil al tiempo de ejecución que, posteriormente, por circunstancias no previstas racionalmente, deriven en perjuicios para los intereses del guardado (88). En todo caso, la utilidad es una cuestión de hecho que habrá de ser objeto de prueba en el proceso y sobre la cual ha de pronunciarse el Juez (89). Al hilo de esta interpretación, si el resultado útil ha de demostrarse en el proceso, como acertadamente señala DE CUOTO GÁLVEZ, la expresión «no podrán ser impugnados» no es correcta porque «precisamente la impugnación dará lugar al pronunciamiento judicial acerca de la utilidad en interés del sometido a tutela» (90). Será, por tanto, el procedimiento impugnatorio, el momento adecuado para probar la utilidad del acto.

(86) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2005 (AC 2005/550).

(87) Señala LETE DEL RÍO, J. M., «De la guarda de hecho. Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 491, que «la utilidad es un concepto relativo; como es sabido, lo que es útil para unas personas puede no serlo para otras». Asimismo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 790, se pregunta si un concepto como el de utilidad, tan indeterminado, suscita la duda acerca de la oportunidad de constituirlo en límite de impugnabilidad de los actos del guardador, sobre todo si se tiene en cuenta que normalmente no se impugna un acto que ha resultado beneficioso.

(88) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 580; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 791; LETE DEL RÍO, J. M., «De la guarda de hecho. Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 491; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, págs. 329-330; ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 867-868.

(89) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 491.

(90) DE CUOTO GÁLVEZ, R. M.ª, «De la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 2083.

Respecto al requisito consistente en que el acto se haya realizado en «interés» del menor o incapaz, ha de ser interpretado en el sentido de que dicho acto debe ser efectuado en representación del guardado, aun cuando el guardador actúe en ejercicio de una representación que no ostenta (91). Se entiende que «interés» no es un sentido subjetivo de «intención», sino en el objetivo de «actuar en representación» (directa o indirecta) del guardado (92).

De una forma u otra, los actos, personales o patrimoniales, así realizados por el guardador, cumpliendo los requisitos previstos, han de ser válidos; y sin posibilidad de impugnación, como dice la norma ni por el guardado, ni por el tutor constituido posteriormente. Como señala claramente ÁLVAREZ LATA: «lo que se establece en el artículo 304 es una regla *a posteriori* para dotar de validez a los actos realizados por el guardador y de esta manera favorecer la protección de éste y brindarle un medio de dinamizar su precaria situación en el tráfico jurídico, desde el momento en que se comprueba que dichos actos afectan positivamente a sus intereses, reportándole una objetiva utilidad; pero ello no implica que sirva *a priori*, esta regla, como un mecanismo de representación o sustitución de la actuación del menor o incapaz, o sea, de traspaso de la legitimidad activa al guardador de hecho». En fin, concluye la autora, que «del artículo 304 no se desprende un principio de posibilidad de actuación del guardador de hecho en lugar del sometido a guarda, sino un mecanismo de convalidación de sus actos, cuando éstos sean beneficiosos para el guardado» (93). Efectivamente, la utilidad del acto para los intereses del menor o incapaz, salva el defecto de representación, lo confirma y lo valida, pues, por aplicación del artículo 1.259 del Código Civil estaría viciado de nulidad, al tratarse de actos realizados por persona no legitimada por autorización o representación legal (sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1994). No obstante, los actos que no sean realizados en interés del menor o incapaz o carezcan de utilidad para ellos podrán ser impugnados. Estamos ante un supuesto de anulabilidad, que podrá ser instada por el propio menor o incapaz, una vez adquirida la capacidad de obrar y en el plazo de cuatro años a contar desde su recuperación (art. 1.301), o desde este momento, si es capaz (art. 1.259) o la ejercita su guardador legal (94). Igualmente, el legislador aragonés opta en el artículo 145.3 de la Ley 137/2006, de Derecho de persona, por considerar anulables los actos de administración de bienes realizados por el guardador de hecho, que no sean necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida.

(91) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 580.

(92) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 790.

(93) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 479. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1994 (RJ 1994/834).

(94) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 790; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 479; DÍAZ ALABART, S., *et al.*, «El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda», *op. cit.*, pág. 76.

5. DERECHOS DEL GUARDADOR DE HECHO

El artículo 306 del Código Civil, último de los preceptos que se dedican a la guarda de hecho, señala que será aplicable a ésta lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor. Con esta remisión abre la posibilidad que pueda ser indemnizado el guardador de hecho por los daños y perjuicios que sufra en el ejercicio de sus funciones, sin culpa por su parte y a cargo de los bienes del guardado, siempre que no se pueda obtener por otro medio su resarcimiento (95). Se entiende que, tales daños en el desempeño de sus funciones sea como consecuencia de una actuación que redunde en utilidad (objetiva) para el menor o incapaz y que *ex* artículo 304 va a ser válida (96). En todo caso, el daño del que habla el citado artículo 220 ha de entenderse en sentido amplio, comprendiendo todo daño material o moral, daño emergente o lucro cesante, causado como consecuencia del ejercicio de su función (97). Ahora bien, para que los daños sean indemnizables, resulta necesario que exista una relación de causalidad entre el ejercicio de la guarda y la producción de los perjuicios; y que se produzcan como consecuencia del ejercicio de una función tutelar; y no mientras se ejerce la misma (98). En cualquier caso, se requiere que tales daños se hayan producido sin culpa del guardador (99).

En este contexto, el ejercicio por el guardador de la acción del artículo 306 puede servir para poner en marcha los mecanismos del artículo 303; y que el Juez tome las medidas oportunas o para que promueva a través del Ministerio Fiscal la incapacitación del guardado o la constitución de la tutela o curatela (100).

Por otra parte, cabe preguntarse si se puede reconocer al guardador un derecho de retribución. Las opiniones en este punto son contradictorias, pues, mientras algunos autores, como LETE DEL RÍO, niega tal posibilidad, dado que ello supondría en cierto modo un premio a una actuación que es ilegal; otros, en cambio, como SANCHO REBULLIDA (101) y ROGEL VIDE (102) consideran que lo

(95) En este sentido, también se pronuncia el artículo 225-4 del Código Civil catalán: «El guardador de hecho tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización por daños por razón de la guarda, a cargo de los bienes de la persona protegida».

(96) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 480.

(97) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALGAZ, C., «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1984, págs. 505-506; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^º, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 581. Para ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 306 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 870, cabe englobar dentro de la indemnización como lucro cesante, lo dejado de ganar por el guardador de hecho, en el ejercicio de su profesión u oficio durante el tiempo dedicado a la guarda; y este mismo autor, «Sobre la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 592, señala, asimismo, que entre los daños y perjuicios indemnizables cabe citar tanto los que pudiera haber causado, al guardador, terceras personas, como los que —con frecuencia, incluso— le pudiera haber causado el mismo guardado.

(98) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALGAZ, C., «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 503.

(99) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^º, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 581.

(100) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALGAZ, C., «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 516.

(101) SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, «Elementos de Derecho Civil», de LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *op. cit.*, pág. 287.

(102) ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 306 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 869; del mismo autor, «La guarda de hecho», *op. cit.*, págs. 143-144; y «Sobre la

dispuesto en el artículo 306 no es óbice, aunque algunos piensen lo contrario, para que el Juez pueda aprobar la actuación del guardador de hecho y arbitrar a su favor una retribución homologable con los criterios del artículo 174.

En todo caso, está legitimado para ejercer cualquier acción de responsabilidad extracontractual, como por ejemplo, consecuencia de accidentes de circulación, del fallecido que estaba bajo su guarda y declarado incapaz (103); y de ser informado de las actuaciones que tengan lugar en cualquier procedimiento que se entable a favor o en contra de la persona, que está bajo su guarda (104).

Y, asimismo, puede ser nombrado tutor, en la mayoría de las ocasiones, por su especial vinculación familiar, porque se trata de una institución jurídica regulada en nuestro Derecho, donde se toman decisiones en interés del presunto incapaz o menor, protegiendo su persona y patrimonio; y, porque viene a ser la medida más adecuada en interés del tutelado, si se tiene en cuenta la precedente relación de guarda que ha existido entre las partes (105).

6. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL GUARDADOR DE HECHO

En cuanto a su responsabilidad civil podemos distinguir tres supuestos:

1. La responsabilidad derivada del artículo 229 del Código Civil, que impone al guardador la obligación de promover la constitución de la tutela. Y, si no lo hace es responsable solidario junto a los parientes llamados a la tutela, de la indemnización de daños y perjuicios causados. Aunque no está legitimado activamente para promover la declaración de incapacitación (art. 757.1 LEC), su obligación es poner el hecho en conocimiento del ministerio Fiscal para que sea promovida por éste (art. 757.2 y 3 LEC).

guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 592. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 5 de julio de 2001 (*JUR* 2001/268305).

Para un mejor enfoque de este problema, SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.ª, «La institución tutelar», *op. cit.*, págs. 581-582, considera que habría que distinguir dos momentos: «a) Retribución por el trabajo realizado por el guardador en la fase previa a que se tenga conocimiento por el Juez de esta situación. En este caso, habría que negar este derecho, ya que el sentido de la retribución es estimular al tutor a un buen funcionamiento de la tutela, y esto se compadece mal con su aplicación a actos ya realizados; b) Por el contrario, en relación con los actos futuros, una vez que el Juez ha conocido ya esta situación de guarda, y por considerarla conveniente, la mantiene durante un tiempo, no cabe duda de que podría fijar una retribución al guardador, conforme a los criterios del artículo 274 del Código Civil». Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 5 de julio de 2001 (*JUR* 2001/268305); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 17 de marzo de 2004 (La Ley 66789/2004).

(103) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 7 de junio de 2004 (La Ley 134557/2004).

(104) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 21 de marzo de 2001 (La Ley 61662/2001).

(105) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 12 de noviembre de 2002 (*JUR* 2002/9136), nombramientos como tutores a los abuelos que antes actuaban como guardadores de hecho; la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 17 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/129314); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 10 de enero de 2005 (*JUR* 2005/267726), igualmente, el nombramiento como tutores a los abuelos, que antes actuaban como guardadores de hecho del menor; y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 28 de junio de 2007 (La Ley 135400/2007).

2. La responsabilidad derivada de los daños y perjuicios que cause al guardado como consecuencia de su gestión, determina la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil; y el ejercicio, en consecuencia, de las acciones de responsabilidad de aquél contra el guardador, como un supuesto más de responsabilidad extracontractual (106).

3. La responsabilidad por los daños y perjuicios del guardador de hecho por los daños ocasionados por el menor o incapaz. Aunque el artículo 1.903 del Código Civil no menciona al guardador de hecho entre los responsables civiles por hecho ajeno, tratándose de ilícito civil; se ha considerado, no obstante, por la mayoría de la doctrina, que el guardador debe ser igualmente responsable de los daños que cause la persona que se encuentra bajo su custodia y por hecho propio de éste, en la misma medida que lo son quienes ejercen la patria potestad o la tutela. Lo que, además, viene reforzado por los artículos 118 del Código Penal y 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores (107), ante un hecho delictivo (ilícito penal), que consideran como responsable al guardador de hecho de la responsabilidad civil derivada del delito (108).

En el ámbito penal, se considera al guardador de hecho responsable penalmente por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones en el feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que los

(106) SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M.^a, «La institución tutelar», *op. cit.*, pág. 582; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 304 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 479.

(107) El artículo 118.1.1 CP señala que: «en los casos de los números 1 y 3, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables», y el artículo 61.3 LORPM establece que: «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos».

(108) DÍAZ-ALABART, S., «La responsabilidad por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela», en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pág. 835; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad Civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos)*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 247; NÚÑEZ MUÑOZ, C., «La guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 445. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4296), y la de 5 de marzo de 1997 (RJ 1997/1650); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 18 de julio de 2001 (La Ley 145831/2001), señala que su responsabilidad no tiene el carácter cuasiobjetivo que se deriva de la condición de tutor que no ostenta; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.^a, de 5 de abril de 2005 (La Ley 75479/2005), atribución de responsabilidad a la Junta de Extremadura por ejercer la guarda de hecho de la menor al estar ingresada en un centro de acogida dependiente de la misma por orden judicial en el momento de cometerse los hechos. Falta de concurrencia de circunstancias específicas que permiten al Juez de instancia hacer uso de la facultad de moderar la responsabilidad civil del guardador de hecho en caso de no apreciar dolo o negligencia en su conducta, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7.^a, de 5 de diciembre de 2005 (La Ley 286418/2005). En contra, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 266.

cometa contra los menores e incapaces que convivan con él. De todas formas, si se cometen en el seno de la convivencia familiar, serán competentes los juzgados de violencia de género (109).

IX. LA EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

No se contiene en el Código Civil español mención expresa de las causas de extinción de la guarda de hecho; sí, en cambio, en el artículo 225-5 del Código Civil catalán donde se indica que aquélla finaliza por la desaparición de las causas que la motivaron, por la declaración de desamparo del menor, por el nombramiento de defensor judicial o por la constitución del pertinente régimen de protección, lo que conlleva iniciar, si hay causa para ello, el correspondiente procedimiento de incapacitación, sometiendo a tutela o curatela al presunto incapaz. No se menciona, sin embargo, como causa de extinción, la muerte o declaración de fallecimiento de la persona protegida o del guardador de hecho; si bien, debería también considerarse como tal causa. Tampoco, el abandono en las funciones como tal guardador de hecho (v.gr., por imposibilidad para su ejercicio), que, igualmente, podría ser un supuesto más de extinción; si bien, con la exigencia de comunicar la situación de desamparo, o de posible incapacitación de la persona en guarda a la autoridad judicial, si no quiere incurrir en responsabilidad.

Finalmente, se impone al guardador de hecho en el citado precepto, la rendición de cuentas de su gestión, si así lo justifica la duración de la guarda. Tal rendición habrá de presentarse a la autoridad judicial del domicilio de la persona protegida.

RESUMEN

GUARDA DE HECHO MENORES E INCAPACES

La guarda de hecho como mecanismo de protección adquiere un reconocimiento legal en el Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, aunque con una escasa regulación, lo que exige una importante labor de complemento y desarrollo doctrinal. Frente a quienes optan por una visión amplia de la guarda de hecho, comprendiendo en ella un gran número de supuestos; otros defienden una concepción más restringida. En todo caso, su ámbito

ABSTRACT

DE-FACTO GUARDIANSHIP MINORS AND INCAPABLE PERSONS

De-facto guardianship as a protective mechanism acquired legal recognition in the Civil Code after the reform instituted through Act 13/1983 of 24 October. The implementing regulation, however, is sparse; thus, a large amount of complementary and implementing work is left to legal doctrine. Some authorities opt to take a broad view of de-facto guardianship encompassing a large number of cases; others defend a more-restricted conception. At all events, the sphere of the protection

(109) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2009 (La Ley 134692/2009), y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 9 de marzo de 2010 (La Ley 72653/2010).

de protección alcanza a los menores de edad y a presuntos incapaces como precisa el artículo 303 del Código Civil, ejerciendo respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares. Precisamente, la protección de personas pertenecientes a determinados colectivos especialmente vulnerables, como el de la tercera edad, o que se encuentra en determinadas situaciones (enfermedad psíquica) o discapacitados, que necesitan el cuidado de su persona y bienes a causa de una disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas (presuntos incapaces), no exige necesariamente que, para lograr la protección de su persona y patrimonio (asimismo ante un eventual desamparo), haya de acudir al recurso de la incapacitación, sino que pueden existir otros instrumentos respetuosos con su capacidad natural y libre desarrollo de su personalidad, como la guarda de hecho que, provisionalmente y bajo control judicial pueden posibilitar tal protección; incluso la propia Administración puede asumir tal papel como medida judicial cautelar (art. 239.3 del citado cuerpo legal, ante una eventual situación de desamparo —con la consiguiente falta de asistencia moral o material—). En tal contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la figura de la guarda de hecho tanto en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, y teniendo en cuenta no sólo la regulación que, con relación a tal figura jurídica se contiene en el Código Civil español, sino también en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la persona de Aragón, y en el Código Civil catalán, tras la aprobación del Libro II relativo a la persona y familia por Ley 25/2010, de 29 de julio.

afforded by de-facto guardianship covers minors and allegedly incapable people as stipulated in article 303 of the Civil Code, with respect to whom some of the functions characteristic of institutions of protection and guardianship are exercised. There are people who belong to certain especially vulnerable collectives, such as senior citizens. There are others who find themselves in certain situations (mental illness) or handicapped, who need someone to care for their person and property because of a non-incapacitating reduction of their physical or mental faculties. Protection for precisely these sorts of people does not necessarily require a court order declaring the people in question incapable in order to protect their person and estate (and to protect them from potential defencelessness). There are other instruments that can be used, which respect the natural capability and free expression of personality of the persons protected. One such instrument is provisional de-facto guardianship under court supervision. The administration itself may take on the role of de-facto guardian as a precautionary judicial measure (Civil Code, article 239.3, in response to a potential situation of defencelessness, with the ensuing lack of mental or physical assistance). In that context, this study focuses on an analysis of de-facto guardianship in both legal doctrine and case law. Account is taken of the way the concept is regulated in not only the Spanish Civil Code, but also Act 13/2006 of 27 December of Aragón on personal law and the Catalonian Civil Code after the approval of Book II on the person and family by Act 25/2010 of 29 July.

LA NECESARIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL EN LA VENTA DE BIENES DE MENORES (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INEFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL REPRESENTANTE LEGAL SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL.—III. TIPO DE INEFICACIA DE LOS ACTOS DEL REPRESENTANTE LEGAL EFECTUADOS SIN LA CORRESPONDIENTE AUTORIZACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La menor edad constituye un estado civil en el que la capacidad del menor se restringe, en mayor o menor medida, y se establece una situación de dependencia jurídica del mismo respecto de otras personas (padres, tutores, curadores).

Dentro de la minoría de edad se singularizan edades concretas a las que se aparejan posibilidades de actuación del propio menor, teniendo en cuenta las capacidades que dichas edades hacen suponer.

Así, por ejemplo, a los doce años el adoptando ha de prestar su consentimiento para el acogimiento familiar (art. 173.2 CC) y para la adopción (art. 177.1 CC). En función de su madurez y puede realizar actos relativos a sus derechos de la personalidad (art. 162.1.1.º CC), y también deben prestar su consentimiento para que sus padres celebren contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales (art. 162.11 CC).

Pueden adquirir la posesión de las cosas (art. 443 CC) y, por ocupación, los bienes que carezcan de dueño (arts. 610 y sigs. CC), pueden aceptar donaciones que no sean condicionales ni onerosas (art. 626 CC) y realizar actos conservativos de sus derechos, como poner en mora al deudor (art. 1.100 CC) o interrumpir la prescripción (art. 1.973 CC).

En relación con el tema que nos interesa hay que tener presente que los menores mayores de dieciséis años pueden administrar los bienes que hayan adquirido por su trabajo o industria (art. 164.11.3 CC), y pueden autorizar a sus padres, en documento público, para que lleven a cabo actos de disposición sobre sus bienes (art. 166.III CC). También pueden acceder a la emancipación, a la vida independiente o al beneficio de la mayor edad.

El tema de nuestro estudio se centra en la existencia de una finca propiedad de dos menores de edad, hermanos, adquirida por herencia tras la muerte de su madre. Desde el fallecimiento hasta la inscripción de la partición de herencia y la adjudicación del piso por mitad a cada uno de ellos, que tuvo lugar tres años después, el padre vendió en nombre propio y de sus hijos menores de edad en documento privado el inmueble, hecho que tuvo lugar sin autorización judicial.

(1) STS de 22 de abril de 2010, recurso 483/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 225/2010. Número de Recurso: 483/2006. *Diario La Ley*, núm. 7458, Sección «La sentencia del día», 1 de septiembre de 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 49066/2010.

La sentencia, objeto de comentario, determina que el contrato se encuentra viciado de nulidad absoluta y radical por inexistencia de consentimiento de los menores e inexistencia de la autorización judicial a favor del padre de los menores.

El padre vendedor no pidió la autorización judicial para la venta de uno de los bienes que formaban la herencia de su esposa y que fueron adquiridos por sus hijos como herederos de la misma y cesionarios del padre que renunció a su favor a su cuota de gananciales. No consta probado ningún acto de ratificación efectuado por los hijos desde el momento en que alcanzaron la mayoría de edad y es por todo ello que el contrato no reúne los requisitos antes explicitados, por lo que incurre en la sanción de nulidad.

II. INEFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL REPRESENTANTE LEGAL SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Desde el momento de la entrada en vigor del Código Civil, se empezó a plantear la cuestión del tipo de ineficacia que afectaba a los actos realizados por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial (2).

Igualmente recoge la sentencia la doctrina de la Sala Primera, indicando que no se ha pronunciado de forma uniforme sobre los efectos del acto efectuado por el titular de la patria potestad sin autorización judicial. En realidad se han mantenido tres posturas, resolviendo la Sala, por regla general, a la vista del caso concreto y que son las siguientes:

- A favor de la nulidad radical: La fundamentación de estas sentencias (3) se basa en dos tipos de argumentos:
 - a) la disposición por el titular de la patria potestad sin autorización judicial es, *per se*, un acto inexistente, al faltarle uno de los requisitos;
 - b) es un acto nulo por ser contrario a una norma imperativa, por lo que incurre en la sanción de nulidad del antiguo artículo 4, hoy artículo 6.3 del Código Civil (4).
- Una modalidad de la anterior jurisprudencia declara la nulidad del contrato celebrado sin la autorización judicial por tratarse de un acto realizado con extralimitación de poder, por lo que se aplica el artículo 1.259 del Código Civil (5).

(2) La propia sentencia recoge las «antiguas sentencias de 29 de abril de 1904, que dice textualmente que: «el padre carece de capacidad jurídica para perfeccionar ninguna venta de bienes inmuebles, mientras no haya obtenido la correspondiente autorización judicial»; la de 31 de mayo de 1912, que parece inclinarse más por la tesis de la anulabilidad, y la de 8 de junio de 1917, que dice que: «es nulo el contrato otorgado así por el padre (sin autorización judicial) por falta de capacidad de éste, lo que no ocurre tratándose de una transacción».

(3) Se pronuncian las sentencias de 29 de abril de 1904, 8 de junio de 1917, 21 de junio de 1943, 9 de diciembre de 1953, 25 de junio de 1959, 14 de marzo de 1983, 17 de febrero de 1995 y 21 de enero de 2000, entre otras.

(4) STS de 28 de mayo de 1965.

(5) La sentencia de 9 de diciembre de 1953 mantiene que en estos casos: «[...] es manifiesta la carencia de facultad del padre o madre para vender, sin dicha autorización,

- Otra parte de la jurisprudencia de la Sala opta por la solución de la anulabilidad (6).

La propia STS, objeto de comentario, señala que a favor de la anulabilidad está también el artículo 154 del Código de Familia de Cataluña, que establece que los actos efectuados por el representante legal «son anulables si se han hecho sin la autorización judicial [...]».

III. TIPO DE INEFICACIA DE LOS ACTOS DEL REPRESENTANTE LEGAL EFECTUADOS SIN LA CORRESPONDIENTE AUTORIZACIÓN

La sentencia incide en la falta de concreción del artículo 166 del Código Civil (7) acerca del tipo de ineficacia que debe atribuirse a los actos realizados por el representante legal sin la autorización judicial exigida por el precepto. Señala la necesidad de abordar cuál es el fin de protección que busca el ordenamiento jurídico cuando exige dicha autorización. En definitiva, se trata de integrar el artículo 166 del Código Civil, con lo que dispone el artículo 1259.1 del Código Civil, cuando dice que: «ninguno puede contratar a nombre de otro [...] sin que tenga por la ley su representación legal».

Dicha conexión determina la ineficacia del acto porque:

- a) el artículo 166 del Código Civil es una norma imperativa que coincide con lo dispuesto en el artículo 1.259 del Código Civil y a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, es decir, la nulidad del acto;
- b) el fin de protección de la norma contenida en el artículo 166 del Código Civil es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden

los bienes inmuebles de sus hijos sujetos a potestad; y la venta que se celebre, sin haber obtenido aquélla, es nula, conforme a lo establecido por el artículo 1.259 del Código Civil y sólo podrá convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad».

En el mismo sentido, la STS de 21 de mayo de 1984.

(6) Así, las sentencias de 30 de marzo de 1987, 9 de mayo de 1994, 23 de diciembre de 1997 y 3 de marzo de 2006; esta última dice que: «No se ha producido infracción porque del artículo 164, hoy 166, no se deriva la nulidad radical que preveía el artículo 4, hoy 6.3 del Código Civil. Tal como se ha dicho en el fundamento anterior, la actuación del representante legal sin la autorización judicial no implica que falte el consentimiento, como se dice en este motivo del recurso, sino que se ha dado éste, es decir, la concurrencia de las declaraciones de voluntad de vendedor y comprador, aunque aquél actuaba en nombre y representación de sus hijos menores de edad, como titular de la patria potestad, sin la preceptiva autorización judicial. Pero sí hubo consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato conforme al artículo 1261.1.º del Código Civil, aunque el de la parte vendedora adolecía de la falta de autorización judicial. Esta falta, como se ha dicho, no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que éste es anulable y si los contratantes representados (por representación legal) no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años que establece el artículo 1.301 del Código Civil, se produce la confirmación por disposición de la Ley, llamada prescripción sanatoria, por el transcurso del plazo de caducidad, lo que podría ejercitarse aquella acción de anulación».

(7) Artículo 166. «Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal».

actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondientes deudas;

- c) la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el artículo 154.2 del Código Civil. La representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos, que les permite exigir que se actúe en beneficio de sus intereses. A favor se encuentra la Convención de los derechos del niño, aunque no contemple directamente este supuesto;
- d) el propio artículo 1.259 del Código Civil se añade a esta argumentación, según la doctrina y alguna jurisprudencia ya citada, porque va a permitir que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses.

En base a todas estas razones, el TS entiende que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.259 del Código Civil, porque la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código Civil y no es un simple complemento del acto a realizar. De acuerdo con el artículo 166 del Código Civil, la representación de los padres como representantes legales no alcanza los actos enumerados en el artículo 166 del Código Civil. Los actos de disposición deben tener causas de utilidad justificadas y se deben realizar previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo. Y todo ello, para obtener la protección de los intereses del menor.

De todo ello se concluye que el acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 del Código Civil constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aun no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259.2 del Código Civil, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente.

RESUMEN

BIENES DE MENORES VENTA

El contrato se encuentra viciado de nulidad absoluta y radical por inexistencia de consentimiento de los menores e inexistencia de la autorización judicial a favor del padre de los menores.

ABSTRACT

PROPERTY BELONGING TO MINORS SALE

The purchase agreement is absolutely and radically null, due to the non-existence of the minors' consent and the non-existence of judicial authorization for the minors' father.

1.3. Derechos reales

LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA Y LA INSCRIPCIÓN DECLARATIVA: SISTEMA ESPAÑOL.—II. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA: SU EVOLUCIÓN Y CARACTERES: 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 2. ARGUMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES A FAVOR DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA.—III. FUNDAMENTO DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA.—IV. EFECTOS DERIVADOS DE SU INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA.

I. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA Y LA INSCRIPCIÓN DECLARATIVA: SISTEMA ESPAÑOL

La inscripción de los derechos reales, en un Registro específico para ello, es práctica común y generalizada de todos los sistemas registrales. Pero los efectos atribuidos a esa inscripción varían de uno respecto a otro. De este modo, la inscripción puede tener unos simples efectos declarativos, en cuanto proclama una situación jurídico-real ya formada y existente, o bien, puede formar parte del *iter* o proceso formativo de los derechos reales, configurándose entonces como inscripción de efectos constitutivos.

Inscripción declarativa sería, entonces, la que da publicidad de la existencia de un determinado derecho real, previamente formado, con los efectos registrales que de ello se derivan. Este tipo de inscripción se limita a declarar una situación real ya existente y perfectamente formada antes de la inscripción en el Registro.

Mientras que la inscripción constitutiva es, como su propio nombre indica, la que constituye o es elemento necesario en la producción de las modificaciones jurídico-reales, o, lo que es lo mismo, en la formación de los derechos reales. De forma que si los derechos no se inscriben, no llegan a existir como tales derechos reales. Es un elemento necesario en la formación o creación de los mismos, tanto *inter partes*, como para terceros.

Los distintos sistemas registrales de los diferentes países optan por dar un valor u otro a la inscripción de los derechos reales en el Registro. Así, mientras para Alemania y Suiza —y en general en todos los sistemas de corte germánico— la inscripción es constitutiva, salvo determinadas excepciones, en los sistemas de carácter latino la inscripción adquiere solamente un valor declarativo, ya que los derechos reales se forman con independencia del Registro y conforme a las pautas marcadas por el Derecho Civil puro.

Se puede afirmar, como regla general, que la inscripción en España es declarativa. Esto quiere decir que las modificaciones jurídico-reales se producen conforme a las normas del Derecho Civil, sin intervención del Registro, a

donde llegan ya plenamente conformadas, limitándose el Registro a dar publicidad de las mismas.

Desde la primera Ley Hipotecaria, se ha otorgado a la inscripción un valor meramente declarativo, ya que los derechos reales se formaban conforme a las normas del Derecho Civil existentes, respetando la nueva Ley, el sistema ya establecido. El sistema por el que se adquirían los derechos reales en Derecho patrio, era (1) —y sigue siendo— mediante el título y el modo. Título como acto o negocio por el que se constituye el derecho real, y el modo que equivale a la *traditio* o entrega de la cosa. Una vez que confluyen ambos factores, el derecho real está plenamente formado y existente. Este sistema de adquisición y transmisión de los derechos reales se mantiene en la actualidad y así lo establece el Código Civil en su artículo 609, quedando la inscripción constitutiva para casos excepcionales como la hipoteca, tal y como recoge expresamente el artículo 1.875. Asimismo, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria 1944 establecía que «la inscripción, si bien continúa siendo potestativa y de efectos declarativos», y que «tampoco se ha considerado oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico» (2). La actual Ley Hipotecaria de 1946 repite lo establecido por el Código Civil, al declarar en los artículos 1 y 2 que el objeto de la inscripción son los títulos por los que se crean, modifican o extinguen derechos reales, luego, se deduce que éstos llegan ya creados, modificados o extinguidos al Registro, aportando éste publicidad a aquellos; amén del artículo 145 LH, que establece expresamente, por el contrario, la inscripción constitutiva de la hipoteca.

La jurisprudencia, tanto registral como civil, ha proclamado en diversas ocasiones que en nuestro sistema hipotecario la inscripción es, por regla general, declarativa. Baste ver, en este sentido, la Resolución de 10 de enero de 1939, que dice textualmente: «que no tiene carácter sustantivo la inscripción de los actos traslativos de dominio que pueden nacer y vivir fuera del Registro». Con igual rotundidad se manifiesta la sentencia de 29 de junio de 1989, al declarar que: «el Ordenamiento Jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa». Corroboran que la inscripción es declarativa y no constitutiva —salvo excepciones— las sentencias de 21 de febrero de 1947 y 12 de mayo de 1961. A su vez, niegan el carácter constitutivo de la inscripción en nuestro Derecho las siguientes sentencias: STS de 10 de

(1) Sólo en la Ley de Bases del Código Civil de 1843, y en concreto en la Base 52 propuesta por don Antón de Luzuriaga, se propuso un cambio en el sistema de adquisición y transmisión de los derechos reales. A través de esta Base se pretendía introducir la inscripción constitutiva para todos los derechos reales. Es decir, para transmitir la propiedad —u otro derecho real—, no bastaba ya con el título (consentimiento) y el modo (entrega), sino que además era necesaria una formalidad adicional: la inscripción en el Registro. Sin esa inscripción los derechos reales no se constituían.

Cfr. Base 52: «para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro Público, y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, tomo II, Ed. Castalia, Madrid, 1974, pág. 78.

(2) Cfr. CASERO FERNÁNDEZ, R., *Leyes Hipotecarias*, Ed. Aguilar, Madrid, 1960, págs. 122-123.

noviembre de 1954, 5 de abril de 1961, 29 de junio de 1975 y 31 de mayo de 1977. Y por último, apoyando la tesis de la inscripción declarativa, se manifiestan las siguientes sentencias que afirman que los derechos reales y el dominio nacen, viven y se extinguen fuera del Registro, por el sistema del título y el modo: 24 de mayo de 1952, 13 de marzo de 1964, 3 de octubre de 1974 y 31 de enero de 1978.

Pero, como toda regla general, la inscripción declarativa también tiene excepciones. De este modo, ciertos derechos reales necesitarán de la inscripción en el Registro para su constitución. Esto ocurre con el derecho de superficie, determinadas modificaciones jurídico-reales sobre fincas especiales, como las de reemplazo, fincas rústicas de extensión superior a cuatro hectáreas de regadío o veinte de secano, y las realizadas a favor de extranjeros sobre inmuebles sitios en zonas de especial importancia para la defensa nacional. Pero entre las excepciones a la regla general de inscripción declarativa, destaca, entre todas, la inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca.

II. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA: SU EVOLUCIÓN Y CARACTERES

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La hipoteca es un derecho real de garantía que sujeta determinados bienes inmuebles al cumplimiento de una obligación que garantiza, entre cuyas características se encuentra la de tener una constitución registral. El derecho real de hipoteca necesita de la inscripción en el Registro para existir o constituirse, de manera que si falta la inscripción registral, no nacerá el derecho real de hipoteca ni para las partes ni frente a terceros. Es la excepción más importante a la regla general de la inscripción meramente declarativa. La inscripción pasa a ser elemento necesario en la formación de la hipoteca; es por lo tanto constitutiva de la misma, y sin ella la hipoteca no ha nacido, ni siquiera *inter partes*. No tiene sólo efectos «constitutivos» frente a terceros —mejor dicho de inoponibilidad—, sino efectos constitutivos plenos, pues si no se inscribe el derecho real de hipoteca no nace ni para las partes contratantes.

Hoy en día, es comúnmente admitido el carácter constitutivo de la hipoteca, pues así parece desprenderse con absoluta claridad de los textos legales. Pero, no siempre a lo largo de la historia legislativa se ha reconocido este carácter.

Si nos remontamos a los orígenes de nuestra legislación hipotecaria, aparece un primer antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1836, en el que sí que se otorgaba cierto valor constitutivo a la inscripción de la hipoteca, ya que se exigía su toma de razón en el Registro. Esto quedaba reflejado en el artículo 1.751 (3), que decía lo siguiente: «la hipoteca convencional habrá de constituirse siempre en escritura pública. Debe tomarse razón en el Registro Público de Hipotecas, con arreglo a los términos que se expresan en el capítulo 6.º». De todas formas, del texto de este artículo pudiera interpretarse cierta inscripción constitutiva de la hipoteca, o simplemente la obligatoriedad de su inscripción, pues sólo emplea la palabra constituir con respecto a la escritura pública, que sí que será elemento necesario en la formación de la hipoteca,

(3) Artículo 1.751. Proyecto de Código Civil de 1836, «Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución», tomo II, vol. 1, *ob. cit.*, pág. 69.

no pudiendo deducirse lo mismo, con idéntica claridad, respecto a la toma de razón en el Registro.

Sin embargo, el hecho de que en el Proyecto de Ley de Bases de Código Civil de 1843 se mantuviera la inscripción constitutiva de la hipoteca, hace pensar que su antecedente legislativo pudiera estar orientado en esta misma dirección. En efecto, en las Bases 50 y 51 (4) de este Proyecto se recogía la inscripción constitutiva de la hipoteca. No obstante, este Proyecto no llegó a aprobarse, y en el nuevo Anteproyecto de 1848 se modificó la redacción de estas bases, estableciendo que la inscripción en la hipoteca produce los mismos efectos que en los demás derechos reales, tal y como recogía el artículo 32 de dicho Anteproyecto, es decir, efectos declarativos, pero, otorgándoles oponibilidad frente a los terceros desde el momento de su inscripción (5).

El Proyecto de Código Civil de 1851 asumió el Anteproyecto de 1848, y entre sus rasgos destacados se encuentra la eficacia constitutiva de la inscripción de la hipoteca (art. 1.786) (6) y, en general, de todos los derechos reales (art. 1.858) (7), pero sólo para terceros. Esto es lo que luego se concretará

(4) Cfr. Bases 50 y 51, «Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución», tomo II, vol. 1, *ob. cit.*, pág. 77.

Base 50: «no se reconocerá acción hipotecaria sino sobre finca o fincas determinadas, y en virtud de toma de razón en el Registro Público».

Base 51: «lo dispuesto en la Base anterior se entenderá a las cargas que limiten o modifiquen la propiedad, salvo las excepciones que determine el Código».

(5) Artículo 32 del Anteproyecto de Código Civil de 1848, «Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución», tomo II, vol. 1, *ob. cit.*, pág. 83.

Artículo 32: «la inscripción de la Hipoteca está sujeta a lo que se determina en el título (Registro Público) respecto de la inscripción de los demás derechos reales, y produce los efectos que en el mismo título se expresan, además de los que especialmente se determinan en el capítulo siguiente».

Los efectos que respecto de la inscripción de los demás derechos reales se determinan en el Título dedicado al Registro Público, se encuentran en los artículos 94 a 100 del Anteproyecto. En concreto, el artículo 94 establece la inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a terceros, negando, por lo tanto la inscripción constitutiva, propiamente dicha, para los derechos reales, y consecuentemente para la hipoteca.

Artículo 94. Anteproyecto 1848, «Leyes Hipotecarias y Registrales de España...», tomo I, *ob. cit.*, pág. 87: «ningún título traslativo de propiedad de bienes raíces o constitutivo de cualquier otro derecho real sobre los mismos bienes, surte efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público».

Se considera hecha la inscripción desde que se ha tomado el asiento prescrito en el artículo 126».

(6) Artículo 1.786 del Proyecto de Código Civil de 1851, en GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo IV, Sociedad Tipográfica Editorial, Madrid, 1852, pág. 184.

Artículo 1.786 del Proyecto de Código Civil de 1851: «la hipoteca, por razón de su título, es legal o voluntaria; pero una y otra deben inscribirse en el Registro Público y solamente desde su inscripción surten efecto contra tercero».

(7) Artículo 1.858 del Proyecto de Código Civil de 1851, en GARCÍA GOYENA, F., «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español», tomo IV, *ob. cit.*, pág. 223.

Artículo 1.858 del Proyecto Código Civil de 1851: «ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo II de este título, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro Público».

Se considera hecha la inscripción desde que se ha tomado el asiento prescrito en el artículo 1.882, mientras no se haya hecho la anotación prevenida en el párrafo II del artículo 1.884».

—a mi entender, con la denominación adecuada—, en el principio de inoponibilidad, ya que lo que no esté inscrito no puede perjudicar al tercero inscrito o, lo que es lo mismo, los derechos nacen extrarregistralmente, pero para su oponibilidad *erga omnes*, necesitan de la inscripción. El mismo GARCÍA GOYENA (8), en los comentarios al citado artículo, extiende el principio de que las hipotecas no surten efecto contra tercero sino por medio de la inscripción, a todos los demás derechos reales, en virtud de este artículo.

Con la llegada de la Ley Hipotecaria de 1861 no se clarificaron mucho las cosas, ya que se siguió otorgando únicamente «eficacia constitutiva» a la inscripción de hipoteca con respecto a los terceros, es decir, se le hace oponible *erga omnes*, tras su inscripción (9). Lo mismo ocurría con el resto de los derechos reales y el dominio, puesto que esta Ley proclamó, con carácter general, el principio de inscripción declarativa. Por lo tanto, aún con la primera Ley Hipotecaria, la inscripción de hipoteca no era constitutiva para las partes, el derecho real de hipoteca nacía entre ellas con independencia de su inscripción en el Registro; es decir, producía plenos efectos para las partes, pero sin perjudicar al tercero hasta su inscripción en el Registro. Habrá que esperar a la publicación del Código Civil para que las cosas cambien.

El Código Civil de 1889 establece, de manera definitiva, la inscripción constitutiva de la hipoteca. El artículo 1.875 del Código Civil determina que «además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». A partir de este momento no queda lugar a dudas de la eficacia constitutiva de la inscripción de la hipoteca. Sin esa inscripción, el derecho de hipoteca no existe ni entre las partes ni para los terceros, la eficacia constitutiva es total.

Después de la publicación del Código, las sucesivas Leyes Hipotecarias se adaptaron al mismo, asumiendo sus modificaciones. De esta forma, la Ley Hipotecaria de 1909 incorporó la inscripción constitutiva de la hipoteca en su artículo 146 (10), cambiando la redacción anterior, que sólo hacía referencia a los efectos constitutivos para terceros, o de oponibilidad, «puedan perjudicar a tercero», por la más general y convincente, «queden válidamente establecidas». Lo mismo va a hacer la Ley Hipotecaria de 1944-46 que, aunque sigue manteniendo la inscripción declarativa como regla general en nuestro Dere-

(8) Cfr. GARCÍA GOYENA, F., «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español», *ob. cit.*, tomo IV, pág. 224.

(9) Cfr. en este sentido el artículo 146 LH de 1861, en «Leyes Hipotecarias y Registrales de España...», tomo I, *ob. cit.*, págs. 356-357.

Artículo 146 LH de 1861: «para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero, se requiere:

1.º Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública.

2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro que se establece por esta ley».

Confirmando esta idea se encuentra el artículo 114 LH: «la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés, no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente».

(10) Artículo 146 LH de 1909, «Leyes Hipotecarias y Registrales de España...», tomo II, *ob. cit.*, pág. 738.

Artículo 146 LH de 1909: «para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:

1.º Que se hayan constituido en escritura pública.

2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad».

cho, admite como excepción que el derecho real de hipoteca tiene constitución registral a todos los efectos, tal y como exige su artículo 145, que claramente expresa que para que la hipoteca quede válidamente constituida se requiere que se haya constituido en escritura pública y que esa escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

2. ARGUMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES A FAVOR DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA

Los argumentos que existen en defensa de la inscripción constitutiva de hipoteca pueden dividirse en legales y jurisprudenciales.

A) Legales: Con relación a los primeros hay que decir que hoy en día, la legislación declara abiertamente el carácter constitutivo de la inscripción en el derecho real de hipoteca, como ya hemos explicado en el punto anterior. La contundencia de los artículos 1.875 del Código Civil y 145 LH, deja claro que para que se constituya la hipoteca es necesario su inscripción registral. El primero de los artículos identifica a la inscripción con un requisito indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida; y el segundo utiliza la gráfica expresión «para que las hipotecas queden válidamente establecidas se requiere que la escritura se inscriba en el Registro». El tenor literal de estos artículos es suficientemente claro para expresar que, sin la inscripción, la hipoteca no se constituye o no se establece, es decir, que la hipoteca no existe, y por lo tanto, su inscripción es constitutiva.

A pesar de ello, no han faltado autores que han criticado la redacción del artículo 1.875 por considerar que es contradictorio el utilizar dos veces el término *constituir*, la primera vez al hablar de la escritura o documento, y luego se vuelve a repetir al hablar de la inscripción en el Registro. Estos autores se preguntan cuál es el factor determinante de la constitución de la hipoteca, si es el documento o, por el contrario, la inscripción. Puede que la redacción no sea la más acertada, y que el legislador debería haber cuidado las expresiones utilizadas, pero, creo que su intención se trasluce claramente, y ésta es la de establecer la inscripción constitutiva de la hipoteca, tal y como se desprende de su propia literalidad y de la interpretación sistemática con el artículo 145 LH y otros de la misma Ley. El hecho de que se emplee la palabra «*constituir*» tanto para referirse al documento o escritura pública como a la inscripción, no puede interpretarse más que en el sentido de que ambos son elementos necesarios para la constitución del derecho real. El primero de ellos actuaría como presupuesto, y la inscripción pondría fin al proceso constitutivo.

Ha sido la voluntad del legislador la que ha establecido el sistema de inscripción constitutiva para la hipoteca, a través de la redacción de estos dos artículos. Si el legislador así lo hubiera querido, habría propuesto un sistema de creación extrarregistral de la hipoteca, tal y como lo ha hecho para el resto de los derechos reales. Por lo tanto, la modificación introducida por el legislador en el Código Civil de 1889, y su posterior concordancia en las Leyes Hipotecarias de 1909 y 1946, en las que se cambiaron los efectos de la inscripción de la hipoteca, no ha sido por simple capricho, sino que tiene su justificación en la falta de posesión en la hipoteca —como luego veremos— y así ha de entenderse esta novedad legislativa. La innovación ha sido, por lo tanto, buscada y querida por el legislador. La inscripción constitutiva de la hipoteca

es, precisamente, lo que pretendía el legislador al introducir dicho cambio; de otra forma, nada más fácil que dejar las cosas como estaban.

Además de los preceptos legales mencionados (arts. 1.875 CC y 145 LH), existen otros que inciden y reiteran esta idea de la inscripción constitutiva de la hipoteca. Entre ellos se puede señalar al artículo 106 LH, que exige la inscripción de los inmuebles y derechos objeto de la hipoteca, y el artículo 159 LH, que determina que las hipotecas legales deben ser inscritas para quedar válidamente constituidas.

B) Jurisprudenciales: Son numerosas las ocasiones en las que, tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado, como el Tribunal Supremo, se han pronunciado a favor de la inscripción constitutiva de la hipoteca en Derecho español.

La DGRN lo proclama en las siguientes Resoluciones: la Resolución de 23 de junio de 1936 afirma que: «tratándose del derecho de hipoteca, cuya inscripción es de evidente valor constitutivo»; la Resolución de 24 de abril de 1959 declara que: «considerando que el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca, puesto de relieve tanto por el artículo 1.875 del Código Civil, como por los artículos 145 y 159 de la Ley Hipotecaria en vigor»; la Resolución de 9 de agosto de 1943 pone de manifiesto que la falta de inscripción supone la no-constitución de la hipoteca, «por no haber sido todavía inscrita la escritura correspondiente —de hipoteca—, no había sido establecida o constituida definitivamente en la forma ordenada por los artículos 146 de la Ley Fundamental y 1.875 del Código Civil»; la Resolución de 29 de octubre de 1946 determina que la hipoteca no despliega sus efectos como tal derecho real sino después de la inscripción, y son muy expresivas las palabras del Presidente de la Audiencia que dice a este respecto que: «como la hipoteca no se constituye hasta el momento de su inscripción, resulta indiferente que tal hipoteca, como contrato, se concertara antes de la incoación del juicio anotado, porque es lo cierto que se inscribió después que la anotación y sólo a partir de ese momento es cuando pudo surtir sus peculiares efectos»; en parecidos términos se expresa la Resolución de 20 de marzo de 1968, ya que la DGRN confirma la nota del Registrador que dice que: «la hipoteca existe solamente desde la fecha de su inscripción, y su eficacia no puede retrotraerse a la del otorgamiento de la escritura», como consecuencia de esto, resuelve como preferente una anotación de embargo anterior a la inscripción de una hipoteca, pero posterior al otorgamiento de la escritura pública que la contiene.

A su vez, el Tribunal Supremo reitera la doctrina de la DGRN en diversas sentencias a favor de la inscripción constitutiva de la hipoteca: la STS de 20 de noviembre de 1901 manifiesta que: «únicamente queda constituida con validez (la hipoteca) cuando el documento en que se otorga sea inscrito en el Registro de la Propiedad, según preceptúa el artículo 1.875 del Código Civil»; la STS de 12 de enero de 1943 establece que: «la consideración de ser la hipoteca, por Derecho Civil, un derecho cuya inscripción tiene valor constitutivo (arts. 1.875 CC y 146 y 159 de la LH), de tal modo que no queda constituida como tal y *erga omnes*, sino con la extensión que resulte registrada». El hecho de que la inscripción sea constitutiva en la hipoteca implica que ésta no nace como derecho real hasta que se registra, y por lo tanto, no produce los efectos derivados de su naturaleza de derecho real, ni goza de prioridad o preferencia alguna. En este sentido se manifiestan las siguientes sentencias: STS de 8 de abril de 1965; STS de 10 de marzo de 1973 y STS de 13 de julio de 1984.

III. FUNDAMENTO DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DE LA HIPOTECA

¿Por qué la inscripción de la hipoteca tiene este carácter especial? Porque así lo establece la Ley, y el legislador ha otorgado ese carácter constitutivo a la inscripción de hipoteca, por su singularidad, ya que la hipoteca carece de tradición, debido a la falta de desplazamiento posesorio de la finca hipotecada al acreedor, que es característica configuradora del derecho real de hipoteca.

En efecto, el derecho real de hipoteca surge con la intención de salvar el inconveniente que suponía, para el deudor, el desplazamiento posesorio de la cosa dada en garantía hacia el acreedor, que era el rasgo más típico de la prenda. Ya que, por ejemplo, si un deudor ofrecía como garantía de su deuda, la finca que cultivaba, tratándose de su fuente de ingresos, y ésta pasaba al acreedor, se planteaba el problema de cómo el deudor iba a hacer frente a su deuda, al quedar privado de su medio de vida y generación de recursos. Por este motivo, se desarrolló una nueva forma de garantía que, asegurando la deuda, no implicara desplazamiento posesorio de la cosa hacia el acreedor. Quedando, entonces, el inmueble bajo el poder directo del deudor, de manera que así podía obtener sus frutos y réditos con los que pagar la deuda contraída y garantizada con el inmueble. Esta forma de garantía que surgió sobre todo en el ambiente rural, ya que lo garantizado eran siempre fincas rústicas, se generalizó al resto de los inmuebles, configurándose la hipoteca como la garantía sobre inmuebles sin desplazamiento posesorio.

Pues bien, el hecho de que la posesión del inmueble esté atribuida al deudor, significa que el acreedor tiene un derecho real que garantiza su crédito, pero sin tener contacto posesorio con el inmueble ofrecido como tal garantía. La falta de posesión del acreedor caracteriza de tal forma este derecho real de garantía que es, precisamente, la causa de que sea un derecho real de inscripción constitutiva.

La falta de posesión y de contacto físico con la cosa, hace imposible tanto la publicidad derivada de aquélla, como la existencia de tradición o entrega. Esto conduce a que sea necesaria una nueva forma de publicidad de este derecho real, y que sea inaplicable el esquema general de la constitución y adquisición de los derechos reales en nuestro Derecho, que se explica mediante la teoría del título y el modo. El artículo 609 del Código Civil establece claramente que el dominio y los derechos reales se adquieren por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Al carecer la hipoteca de tradición, se hace necesario buscar otro esquema para su constitución, y un nuevo medio de publicidad. Por eso, el legislador establece que la inscripción en el Registro se hace necesaria para la constitución del derecho real de hipoteca. Para que el derecho real de hipoteca nazca o se constituya será necesario el título —o contrato— y la inscripción registral. De esta forma, también queda resuelto el problema de la falta de publicidad de la hipoteca, al proporcionársela la inscripción en el Registro.

Cabe plantearse, entonces, si la inscripción sustituye a la tradición. Propiamente hablando, no. Porque si hay carencia de tradición, ¿cómo va a quedar reemplazada?; si no existe y es ajena a la hipoteca, no se puede decir que quede sustituida porque nunca existió, y por tanto no puede sustituirse. Para RODRÍGUEZ GARCÍA (11) la inscripción no puede sustituir a la tradición porque

(11) Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J., «Breve análisis jurídico comparativo de los sistemas hipotecarios alemán y español», en *RFDUC*, núm. 81, curso 1991-92, pág. 314.

la hipoteca no es un derecho real posesible, quedando por lo tanto, la tradición en un ámbito distinto. Del mismo modo, para GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, la inscripción, aún siendo constitutiva, no sustituye a la tradición, ya que «se trata de un supuesto que siempre está fuera de la actuación de la teoría del título y el modo, y donde nunca hay tradición, y donde no es posible la tradición porque la hipoteca es un derecho que no pone a su titular en contacto material con la cosa» (12).

Ahora bien, en un sentido más genérico o impropio, sí que se puede afirmar que, en cierto modo, la inscripción suple a la tradición, pues viene a desempeñar la misma labor constitutiva que ésta. Al no haber tradición, la inscripción se hace necesaria para la constitución del derecho real, y sólo en este sentido, considerando a ambos como requisitos de constitución de derechos reales, se puede decir que uno «suple» al otro. De todas formas, la mayoría de la doctrina (13) utiliza la palabra sustituir o suplir en este sentido, y considera que en la inscripción constitutiva de la hipoteca, la registración sustituye a la tradición.

Algún autor, como GÓMEZ GALLIGO (14), se separa de la doctrina mayoritaria, afirmando que en la hipoteca la inscripción no sustituye a la tradición porque ésta también existe en los derechos reales de inscripción constitutiva. Considera que existe tradición en su forma de tradición instrumental, es decir, de escritura pública tal y como determina el artículo 1.462 del Código Civil. La hipoteca se constituye, por consiguiente, mediante el título —contrato o acuerdo de voluntades— y el modo —que sería la tradición instrumental o escritura pública e inscripción en el Registro—. Para este autor: «la dificultad derivada de la inexistencia de posesión efectiva sobre el inmueble hipotecado se suple por el carácter instrumental que la escritura pública tiene como tradición».

Sin embargo, considero, al igual que la mayoría de la doctrina, que en la hipoteca no existe tradición, ni siquiera tradición instrumental. La tradición instrumental puede darse o sustituir a la entrega efectiva de la cosa, cuando pudiendo existir tradición o entrega (v.gr., en la compraventa, porque, en teoría, hay contacto posesorio con la cosa), no la hay. Sin embargo, en la hipoteca nunca puede haber entrega o tradición porque en ningún caso hay contacto posesorio con la cosa dada en garantía. Por eso, tampoco se puede hablar de tradición instrumental en este caso, porque ésta sólo encuentra su sentido cuando pudiendo haber entrega física de la cosa sobre la que recae el derecho real —porque se trata de un derecho real posesible— no la hay; y la hipoteca en ningún caso es un derecho real posesible, lo que le inhabilita para la existencia de tradición de ningún tipo.

(12) Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M., *Apuntes de Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios y Oposiciones, Madrid, 1953, pág. 38.

(13) En este sentido, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Registral Inmobiliario*, tomo II, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 567; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo III, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 20; SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 36; CASSO Y ROMERO, I., *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1946, pág. 511.

(14) Cfr. GÓMEZ GALLIGO, F. J., «La extinción del crédito hipotecario», en *BCEHC*, núm. 72, 1997, págs. 478-479.

IV. EFECTOS DERIVADOS DE SU INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

Como ya se ha dicho, que la inscripción sea constitutiva en la hipoteca significa que es un elemento necesario en la formación de la misma; de manera que, sin ella, el derecho no nace ni entre las partes ni para los terceros.

Es obvio, entonces, que la consecuencia o efecto primordial de la inscripción constitutiva de la hipoteca es el nacimiento o constitución de ésta. O lo que es lo mismo, si no hay inscripción no existe, no nace, el derecho real de hipoteca (15). No es que sin inscripción, como muy bien apunta LACRUZ BERDEJO (16), el derecho se constituya *inter partes*, pero carente de eficacia *erga omnes*, es que no nace el derecho, tampoco, entre las partes. La falta de tradición de la hipoteca queda suplida por la inscripción registral, que viene a configurarse, así como elemento indispensable y necesario para el nacimiento del derecho real.

Si no hay inscripción, no existe el derecho real de hipoteca, pero, antes de la inscripción existe «algo». Los distintos autores hablan de «contrato de hipoteca», «préstamo», «contrato obligacional» (17), «acto jurídico, consistente en las declaraciones de voluntad del acreedor y deudor tendentes a la constitución de una garantía» (18). Todos ellos se están refiriendo a una misma realidad, a la cual denominan de distintas formas. Antes de la inscripción existe un mero contrato o declaraciones de voluntad de los interesados con la finalidad de que se constituya o nazca el derecho real de hipoteca. Por lo tanto, lo que existe antes

(15) La casi totalidad de la doctrina es coincidente en este aspecto. Confróntese, en este sentido, las opiniones de LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2, Jose María Bosch Editor, Barcelona, 1991, págs. 357-358; COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Ed. Civitas, Madrid, 1968, pág. 348; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989, pág. 1654; DÍAZ GONZÁLEZ, C., *Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario*, tomo III, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 5; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M., «Apuntes de Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 37; CÁNOVAS COUTIÑO, G., «El valor de la inscripción según Ramón de la Rica», en *RCDI*, 1948, pág. 278 (recogiendo las palabras de DE LA RICA); HERMIDA LINARES, M., «¿Es constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca?», en *RCDI*, 1949, pág. 384; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 20; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho Registral Inmobiliario», tomo I, *ob. cit.*, pág. 567; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Universidad Complutense de Madrid, 1986, pág. 429; PAU PEDRÓN, A., *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Fundación para la Formación de Altos Profesionales, Madrid, 1996, pág. 175.

(16) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III-2, *ob. cit.*, pág. 357: «la inscripción en el Registro se erige en pieza constitutiva del derecho real de hipoteca. No es que, sin ella, el derecho se constituya *inter partes* pero carente de eficacia *erga omnes*: es que no nace el derecho tampoco entre quienes han sido parte en el contrato formal.»

(17) Cfr. COSSÍO Y CORRAL, A., «Instituciones de Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 348; CHICO Y ORTIZ, J. M., «Estudios sobre Derecho Hipotecario», tomo II (1989), *ob. cit.*, pág. 1654; LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III-2, *ob. cit.*, pág. 358; BALLESTER GINER, E., *Derechos reales*, Organización Vello, Valencia, 1989, pág. 297; CHICO Y ORTIZ, J. M., «Estudios sobre Derecho Hipotecario», tomo II (1989), *ob. cit.*, pág. 1654; DÍAZ GONZÁLEZ, C., «Iniciación a los estudios de Derecho Hipotecario», tomo III, *ob. cit.*, pág. 5; HERMIDA LINARES, M., «¿Es constitutiva la inscripción en el derecho real de hipoteca?», *ob. cit.*, pág. 384.

(18) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho Registral Inmobiliario», tomo I, *ob. cit.*, págs. 567-568.

de la inscripción no produce ningún efecto real, ni crea derechos. Luego, hasta que no se produce la inscripción, no nace ningún derecho de hipoteca de ese acto o contrato.

Sin embargo, ese contrato o acto previo está perfectamente formado antes de la inscripción. De manera que las cuestiones y requisitos que sólo a él le atañen e influyen, como las relativas a la capacidad de los contratantes, deben examinarse respecto a su validez, en el momento de su formación. Consecuentemente, una posterior incapacidad de los intervinientes no afectará para nada al derecho real de hipoteca que nacerá, después, al inscribirse.

Si antes de la inscripción sólo existe un contrato de hipoteca, está claro que de éste no derivará ninguno de los efectos correspondientes a los derechos reales. Del acuerdo de voluntades, únicamente, se derivarán acciones personales como, por ejemplo, la del artículo 1.279 del Código Civil.

Hasta que no se inscribe, no nace el derecho real de hipoteca, y sólo entonces se producen los efectos típicos de los derechos reales como la reipersecutoriedad, inherencia, y los característicos del derecho real de hipoteca de preferencia y prioridad. La inscripción en el Registro atribuye o dota al derecho real de hipoteca de todos sus efectos o consecuencias, como pueden ser: 1) se hace oponible, puede ejercitarse frente a terceros, a los cuales afecta o perjudica; 2) se convierte en privilegiado, lo que conlleva prioridad y preferencia con respecto a otros créditos; 3) le dota de acciones reales de defensa; 4) se puede ejecutar para llevar a cabo la realización del crédito; 5) como suma de todas ellas, sólo con la inscripción aparece la garantía real en que consiste el derecho de hipoteca, pues sin ella no hay afección de los bienes del deudor a la obligación asegurada (19).

RESUMEN

ABSTRACT

*HIPOTECA
INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA*

*MORTGAGE
CONSTITUTIVE REGISTRATION*

Se analiza en este artículo el peculiar carácter constitutivo de la inscripción del derecho real de hipoteca frente al resto de los derechos reales que nacen con independencia de la inscripción registral. Se hace un breve repaso a los antecedentes legislativos de los preceptos que establecen la inscripción constitutiva y se estudia el fundamento y los efectos del carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca.

This article looks at the unique constitutive nature of registration in real rights of mortgage, in comparison with other real rights in whose creation registration plays no part. A brief overview is given of the legislative background of the precepts establishing constitutive registration, and a study is made of the foundation and the constitutive effects of mortgage registration.

(19) Resume perfectamente estas ideas, GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho Registral Inmobiliario», tomo I, *ob. cit.*, págs. 567-568.

1.4. Sucesiones

CUESTIONES LITIGIOSAS SOBRE LA PRETERICIÓN INTENCIONAL Y ERRÓNEA: EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA TUTELA DE LA LEGÍTIMA CUANTITATIVA SOBRE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

Secretaria IDADFE

SUMARIO: I. PRETERICIÓN Y TUTELA DEL SISTEMA LEGITIMARIO: REDACCIÓN ORIGINARIA DEL CÓDIGO CIVIL, REFORMA DEL AÑO 1958 Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: 1. NOCIÓN PRELIMINAR DE LA PRETERICIÓN, EL ARTÍCULO 814 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS REDACCIONES. 2. LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL ARTÍCULO 814 Y ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DGRN. 3. LA REDACCIÓN DEL AÑO 1958 Y EL HIJO PÓSTUMO COMO LEGITIMARIO.— II. LA REFORMA DE LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO: LA EXPRESA ACOMODACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL A LA CONSTITUCIÓN, CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO Y PRETERICIÓN VOLUNTARIA Y ERRÓNEA O NO INTENCIONAL: 1. LA EQUIPARACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE HIJOS E HIJAS MATRIMONIALES Y NO MATRIMONIALES Y LAS CLASES DE PRETERICIÓN: PRETERICIÓN INTENCIONAL Y PRETERICIÓN NO INTENCIONAL O ERRÓNEA. 2. APLICABILIDAD DEL CONTENIDO DE LA REFORMA POR EL PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD: LA PERSISTENCIA VITALICIA DE LOS HIJOS DENOMINADOS «ILEGÍTIMOS» PARA RECLAMAR LA FILIACIÓN, EL APEGO FAMILIAR Y EL ARTÍCULO 8 DEL CEDH.— III. PRÁCTICA Y EFICACIA DE LA INSTITUCIÓN DE LA PARTICIÓN: 1. ACUMULACIÓN DE ACCIONES: COMPATIBILIDAD ENTRE ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN, DECLARACIÓN DE HEREDEROS Y APRECIACIÓN CONJUNTA DE PRETERICIÓN. EL SUPUESTO DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE LA HERENCIA. 2. LA PRETERICIÓN ESTÁ REFERIDA AL MOMENTO DE OTORGAR TESTAMENTO, NO AL MOMENTO DE LA MUERTE Y NO CONCORRE PRETERICIÓN EN LOS ACTOS PRODUCIDOS ANTES DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE MAYO DE 2005, Y LA DE 22 DE JUNIO DE 2006. 3. LA PRETERICIÓN NO INTENCIONAL PRODUCE LA ANULACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL. 4. LA PRETERICIÓN DE BUENA Y DE MALA FE DEL LEGITIMARIO Y EL CARÁCTER RESTRICTIVO Y SUBSIDIARIO DE LA NULIDAD DE PARTICIÓN HEREDITARIA O *FAVOR PARTITIONIS* EN LA JURISPRUDENCIA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2006. 5. LA PRETERICIÓN DE MALA FE DEL LEGITIMARIO EN LA PARTICIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE JUNIO DE 2006, Y EL LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA. 6. RECAPITULACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 31 DE MAYO DE 2010.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA FUTURA APLICABILIDAD DEL DENOMINADO APEGO FAMILIAR PARA APRECIAR LA CONCULCACIÓN DE LA IGUALDAD CUANDO SE APLIQUE EL DERECHO PREVIO A LA CE.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRETERICIÓN Y TUTELA DEL SISTEMA LEGITIMARIO: REDACCIÓN ORIGINARIA DEL CÓDIGO CIVIL, REFORMA DEL AÑO 1958 Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1. NOCIÓN PRELIMINAR DE LA PRETERICIÓN, EL ARTÍCULO 814 DEL CÓDIGO CIVIL Y SUS REDACCIONES

La preterición, como relego, omisión o falta de mención de alguno de los herederos forzosos, se desenvuelve, en particular, en el ámbito testamentario y en la intangibilidad cuantitativa de la legítima. Es algo diferente de la desheredación, en tanto en cuanto no hay privación explícita sino mera elipsis del afectado; el testador de forma voluntaria o no intencional omite, de entre sus herederos, a uno o a todos, privándoles de las legítimas correspondientes.

En este sentido, conviene tener presente las sucesivas redacciones recibidas por el artículo 814 de nuestro Código Civil, no tanto como esfuerzo transcriptor, sino por sus consecuencias sobre los perfiles institucionales de la preterición, su tratamiento jurisprudencial e, incluso, la propia práctica notarial y la condigna inserción de fórmulas testamentarias capaces de evitar los efectos de la preterición.

2. LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL ARTÍCULO 814 Y ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DGRN

Decía originariamente este artículo 814 del Código Civil que «la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador la institución surtirá efecto».

Pronto el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse (1) y, en términos generales, aprecia la concurrencia de preterición «si un descendiente no es mencionado en el testamento, aunque se le hubiesen otorgado donaciones *inter vivos* con carácter de anticipo de legítima» (SSTS 17-6-1908 y 17-6-1932); también se da ésta «cuando la mención del nombre sólo aparece con ocasión de negar su filiación, para ordenar a los herederos que se opongán al pleito en que las interfectas demandaban ser reconocidas hijas naturales» (STS 27-2-1909); niega que haya preterición «cuando, aun silenciando su filiación de

(1) Sobre la jurisprudencia atinente a esta redacción de 1889, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 1932, que estima que los hijos naturales pueden instar el complemento de la legítima, pero no la nulidad de la institución de heredero. Dice así: «Que el concepto legal de la preterición del heredero forzoso ha sido reiteradamente fijado por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, de un modo singular y concreto en sus sentencias de 16 de enero de 1895, 21 de febrero de 1900 y 27 de febrero de 1909, según los cuales no es sino la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto a dicho heredero forzoso en línea recta, lo que constituye la materia propia del artículo 814 del Código Civil, cuyos términos claros y precisos no pueden ofrecer duda alguna en cuanto ordena la nulidad de la institución de herederos extraños, con absoluto olvido del heredero forzoso, salvo las mandas y mejoras en lo que no sean inoficiosas».

hijos naturales y negando tener herederos forzosos, el testador los mencionó asignándoles algún legado» (SSTS 25-5-1917 y 23-4-1932), o bien cuando se mencionó al legitimario aunque sólo sea para indicar que ya en vida se le donaron bienes (STS 20-2-1981, referente a un testamento en que se afirma que la testadora «nada deja a su hijo Teodoro por haberle dado ya mucho más de lo que por legítima acreditaría»).

Por su parte, y en cuanto a los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado, destaca por cuanto atañe a este instituto, su Resolución de 10 de mayo de 1950, que revoca la denegación de inscripción de la escritura de partición hereditaria en que preteridos e instituidos convienen en no impugnar la institución hereditaria.

Declara en sus considerandos dicha Resolución: «que en nuestra patria son también diversas las soluciones para los indicados casos de preterición de descendientes en algunas legislaciones forales y en la legislación común en la cual el artículo 814 del Código Civil —sin la distinción que varios ordenamientos legales hacen según se trate de la línea recta ascendente o de la descendente, y con una laguna relativa a los cuasi póstumos, atribuida a una errata consistente en haber colocado la preposición “de” en vez del adverbio “aún” entre las palabras “después” y “muerto”— dispone que la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; “pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”, es decir, que se afirma la validez del testamento y únicamente se estima nula la institución hereditaria», y sigue reproduciendo la doctrina del Supremo en tanto que: «la nulidad afecta únicamente a la cláusula del testamento, en la cual se omite a los herederos forzosos, y que, si los preteridos convienen con los instituidos en no impugnar la institución hereditaria y en distribuir y adjudicar los bienes, serán válidas las particiones del caudal relicto, porque los interesados, según la sentencia de 7 de noviembre de 1935, “pueden, de común acuerdo, prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia” (2).

3. LA REDACCIÓN DEL AÑO 1958 Y EL HIJO PÓSTUMO COMO LEGITIMARIO

Por su parte, la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil, suprimió del primer punto el inciso siguiente: «sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador» (3). La finalidad de esta supresión, no era otra que

(2) Por fin concluye: «según la jurisprudencia hipotecaria, concordante con la civil, contenida en las Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910 y 31 de enero de 1913, son inscribibles las operaciones divisorias en que los instituidos herederos reconozcan a los descendientes preteridos el mismo derecho que sí, por declaración judicial de nulidad de la institución, se hubiese abierto total o parcialmente la sucesión intestada, con lo cual se subsana lógicamente por hijos y nietos la imprevisión o descuido del testador, se acata e interpreta racionalmente la intención presunta de éste, no se vulneran los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que en muchas ocasiones, como la presente, consumirían toda o gran parte de la herencia».

(3) De modo que la redacción adoptada en el año 1958 era: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

la de evitar equívocos sobre la omisión de los cuasi póstumos (4), en el entendido de que estos póstumos testamentarios —como advierte ROCA SASTRE (5)— eran los hijos legitimarios nacidos después de otorgado el testamento.

En buena lógica, las disputas doctrinales y jurisprudenciales sobre las consecuencias de la omisión en un testamento de un hijo póstumo quedaron, en principio, erradicadas, al entenderse incluido el legitimario —nacido o que pudiese nacer— entre las menciones genéricas donde el testador imputase beneficios (6).

Con todo, la entraña de la preterición seguía siendo tributaria del Derecho romano, herencia de la que se desprendería con la reforma postconstitucional de 1981 por la que quedó, definitivamente, ampliada la esfera de legitimarios a los hijos fuesen matrimoniales o no. Apréciase que hasta esta modificación postconstitucional la preterición era siempre subjetiva en tanto en cuanto atendía al singular estado del testador, sin diferenciar entre la intencional de la involuntaria que veremos en el siguiente punto.

En este sentido y por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2008, ventila un supuesto en que el causante ostentaba en el momento de su fallecimiento la vecindad civil balear y adicionalmente resulta de aplicación la redacción que ahora se menciona del Código Civil.

En su virtud y «antes de la respuesta casacional a este motivo, conviene precisar que don Carlos Alberto fallecido el 5 de mayo de 1975, y era de vecindad mallorquina, y que al abrirse su sucesión por su muerte regía en Mallorca la Compilación del Derecho Civil especial de Baleares, Ley 5/61, de 19 de abril de 1961 (art. 9.8 y 16 CC). Dicha Ley no contenía precepto alguno sobre la preterición, por lo que era de aplicación en esta materia el Código Civil, al no haberse demostrado, ni intentado siquiera, que sus preceptos se oponían a la Compilación y a las fuentes jurídicas de general aplicación (Disposición Final 2.ª de la Ley 5/61). Por otra parte, el artículo 814 del Código Civil no reconocía entonces la preterición intencional, sólo la preterición». Así, «con arreglo al artículo 814 del Código Civil, en su redacción anterior a la que dio la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la preterición de doña Diana anulaba la institución hereditaria, con la consiguiente apertura de la sucesión *ab intestato*. Sin embargo, la preterida lo único que ha solicitado en su demanda es la reducción en la medida necesaria para cubrir la porción que por legítima le

La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 835, 836 y 837 de este Código. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto».

(4) Ya apreciada en la RDGRN que se acaba de mencionar.

(5) Vid., ROCA SASTRE (vid., *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1997, 2.ª ed., pág. 629).

(6) Este es el asunto que ventila con su habitual finura el profesor HERNÁNDEZ GIL en «La preterición del póstumo conforme al Derecho romano por no haber sido instituido ni desheredado *nominatum*», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 991 a 997. En el supuesto de hecho, el testador de vecindad civil catalana, soltero y enemistado con su padre, otorga testamento en los siguientes términos: «lega a su citado padre y, al solo efecto de evitar la preterición, a cuantas personas pudieran acreditar y pretender la legítima en sus bienes, lo que les corresponda según Ley». La falta de designación nominativa hacía que el testamento incurriese en preterición del póstumo, por lo que el testamento sería nulo y procedería la apertura de la sucesión intestada. Supuesto también ventilado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1966, y resuelto en idéntico sentido que el propuesto en el anterior ejercicio de HERNÁNDEZ GIL, criticada por ROCA SASTRE (vid., *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1997, 2.ª ed., pág. 632).

corresponda, y ello es materia que pertenece al ámbito de su autonomía, no es de interés público y de obligatorio cumplimiento que en todo caso de preterición (antes de la Ley 11/1981) se habría de producir, *velis nolis*, la nulidad de la institución de heredero».

II. LA REFORMA DE LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO: LA EXPRESA ACOMODACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL A LA CONSTITUCIÓN, CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO Y PRETERICIÓN VOLUNTARIA Y ERRÓNEA O NO INTENCIONAL

1. LA EQUIPARACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE HIJOS E HIJAS MATRIMONIALES Y NO MATRIMONIALES Y LAS CLASES DE PRETERICIÓN: PRETERICIÓN INTENCIONAL Y PRETERICIÓN NO INTENCIONAL O ERRÓNEA

Como en otras tantas instituciones, la entrada en vigor de la Carta Magna también produjo un importante cambio sobre la preterición. En este sentido, el propósito principal de esta Ley 11/1981, de 13 de mayo, fue la adaptación expresa de las previsiones del Código Civil a su dictado. En su virtud, supuso que hijos e hijas no matrimoniales fuesen equiparados en derechos a los que sí tuviesen este origen.

De modo que, consistiendo nuestra institución en la elipsis de un legitimario y si gracias a esta Ley 11/1981, legitimario también será el hijo o hija no matrimonial, se amplía el ámbito nominal de desenvolvimiento de la preterición y, por tanto, la posibilidad técnica de actuación de los hijos no matrimoniales omitidos del testamento. Sin embargo y como ahora veremos, las cuestiones más controvertidas jurisprudencialmente no procedieron tanto de su contenido como de la aplicación de las prescripciones de la Disposición Adicional octava sobre el derecho transitorio.

Al tiempo, la nueva redacción del artículo 814 incorpora una doble categoría o clases de preterición: la intencional, frente a la errónea o involuntaria. Se caracterizan por sus diferentes efectos, ya que la preterición intencional queda circunscrita a los herederos forzosos y a la detracción de la legítima del heredero. Por el contrario, si la segunda se limita a los descendientes, resulta capaz de anular las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial e, incluso, la institución de heredero.

El transcurso o la esencia de ambas clases de pretericiones reside en la apreciación de la fundamental voluntad del testador, toda vez que esta última ilumina la interpretación del testamento, hasta el extremo de hacer entender que si el causante ha omitido en el momento de otorgar testamento a alguno de sus legitimarios, es precisamente porque su voluntad ha sido la de limitar, sin desheredar, sus derechos. Tendrá, por tanto, derecho a percibir la legítima, pero no más (7).

Declara literalmente el artículo 814: «La preterición de un heredero forzo no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que

(7) En cuanto al Derecho Foral, puede consultarse BUSTO LAGO, «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, págs. 11 a 118; ROCA TRÍAS, «Sección 4.^a, De la preterición y la inoficiosidad», Tomo XXVIII, Vol. 2.º *Artículo 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*, Edersa, y NAGORE YÁRNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo. De las formas del testamento», en *Tomo XXX-VII-1.º Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.

los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos: 1.º) Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. 2.º) En otro caso [no resultando preteridos todos los hijos o descendientes] se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas. Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos. Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos. A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador» (8).

De modo que la diferencia de ambas clases de preterición del legitimario reside, además de cómo es evidente en la formación equivocada o consciente del causante, en los efectos que producirá la calificación de dicha omisión como deliberada o como errónea (9).

En la preterición intencional, la acción de reducción o rescisoria tendrá como finalidad la de conseguir un resultado económico para el legitimario omitido, si bien respetando las disposiciones testamentarias. Por tanto no anula legados o la institución del heredero, sólo se autoriza a que consiga detraer su derecho. Por el contrario, y frente a la no intencional, procede la anulación de la institución del heredero y, en su caso, las disposiciones de carácter patrimonial del testamento (10).

(8) Vid., además de la bibliografía enumerada al final, muy especialmente, los comentarios de GONZÁLEZ PORRAS, «Comentario de los artículos 697 y 698. Sección 5.ª, Del testamento abierto», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid, 1987; VALLET DE GOYTISOLO, «Comentarios a la Sección 5.ª, De las legítimas, a la Sección 9.ª, De la desheredación, artículos 806 a 857 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs 1967 a 2097; BUSTO LAGO, «Comentarios a la Sección 5.ª, De las legítimas. Artículos 806 a 822», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 963 a 993.

(9) Por su parte, en el Derecho Foral aragonés la preterición es fundamentalmente formal, así lo evidencia CARNICERO: «En Derecho aragonés, la preterición representa la infracción del derecho de legítima formal: se da por falta de mención, en el testamento o contrato sucesorio, de los legitimarios de primer grado no favorecidos *inter vivos*, sea intencionada o no. La preterición consiste, por tanto, en una infracción, frente al descendiente inmediato que no ha recibido liberalidades computables del deber de legítima formal que establece el artículo 120 de la Compilación: “Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten en su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos, en el testamento que los excluya”. Y en la actualidad, el artículo 188 de la Ley de Sucesiones: “Se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia”» (CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, «La preterición de herederos en el Derecho Común y en el Derecho aragonés», en *Cuadernos Lacruz Berdejo*, <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=170>).

(10) Como muestra de la jurisprudencia menor, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 3 de diciembre de 2001: «la preterición puede ser intencional o no (art. 814, párrafo 1.º para la intencional; párrafo 2.º para la no intencional) y la

En resumidas cuentas, si la preterición es la intencional o deliberada, el testador ha omitido de forma consciente la mención a un legitimario, y siendo premisa en el Derecho testamentario la apreciación de la voluntad del causante y no siendo esta materia una especialidad, no se sanciona al testador que ha omitido deliberadamente a uno de sus legitimarios, sino que antes bien, se entiende que siendo esa su voluntad, al preterido sólo le cabe instar la acción de reducción o rescisoria. En cuanto a la preterición no intencional autoriza, frente a la voluntaria, al ejercicio de la acción de anulabilidad por la que la finalidad de la demanda será la de la anulación de las disposiciones testamentarias o, cuando menos, la de la institución de heredero (11).

En este sentido, y sobre la finalidad tutelar de la institución en lo que a la intangibilidad de la legítima en su aspecto cuantitativo y no meramente subjetivo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2004, advierte que «la preterición protege al legitimario en la intangibilidad cuantitativa de su legítima. Como declaración de principio, el artículo 814 comienza diciendo que la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica lo legítimo. Y termina previendo que: a salvo de las legítimas, tendrá preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador. La sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2002, declara que se ha dado la preterición, regulada por el artículo 814 del Código Civil que fue reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya Disposición Transitoria 8.^a dispone que la nueva legisla-

doctrina jurisprudencial, en armonía con la científica dominante, ha concluido desde su sentencia de 23-1-1959, que los efectos de la preterición intencional, respecto de las disposiciones testamentarias, deben ser las asimiladas a la desheredación injusta o sin causa (art. 851), esto es, que el preterido o así desheredado sólo debe ser defendido en cuanto a la legítima estricta, anulándose la institución de heredero (cuando concorra con otro heredero forzoso no preterido o desheredado injustamente). Sólo en cuanto afecte a aquellos derechos legitimarios, pero respetándose en lo demás las disposiciones testamentarias (*ad exemplum* 10-6-88). Para supuestos como el de autos en que el preterido es un descendiente y, como tal, heredero forzoso, habiendo dispuesto el testador de toda la herencia en favor de otro heredero de igual clase, la disposición testamentaria que así ordena, sólo es nula en cuanto perjudique la legítima estricta del preterido, pero no en cuanto a lo demás dispuesto por el causante (STS 6-4-98, que recoge el supuesto descrito). Ello es así porque se entiende, a diferencia de lo que ocurre con la preterición no intencional, que al disponer el testador de los bienes en beneficio de un descendiente ignorando deliberadamente el derecho legitimario de otro heredero forzoso de igual clase, vino a manifestar su voluntad de que el preterido sólo fuese satisfecho en la legítima estricta beneficiando al nombrado con los tercios de mejora y libre disposición. Quinto.—Tales efectos son los predicables del caso en cuanto que debe entenderse intencional la preterición del accionante y ello porque para decidir sobre si la preterición debe de calificarse de intencional o no ha de estarse al propio testamento y a la realidad que, al tiempo de su otorgamiento, pudo contemplar y tener en cuenta el testador (STS de 23-1-2001) que, en nuestro caso, muestra claramente la voluntad decidida del testador de preterir a la demandada según así se sigue, con toda lógica, de que el testamento fue otorgado el 20-4-1999, folio 15); después de formulada la demanda de impugnación de la filiación intentada por el causante (que lleva fecha de 25-9-97, folio 63) y de recaída, en esta segunda instancia, sentencia (con fecha 13-4-99) desestimando la demanda de nulidad de inscripción registral».

(11) Así lo califica el profesor LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.^a ed., pág. 62. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, pág. 233. ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed., págs. 181 y 182.

ción se aplica a las sucesiones que se abran después de entrar en vigor. Se da exactamente el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nada en concepto de legítima. El efecto lo declara, como principio, el inicio del artículo 814: la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica a la legítima».

2. APLICABILIDAD DEL CONTENIDO DE LA REFORMA POR EL PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD: LA PERSISTENCIA VITALICIA DE LOS HIJOS DENOMINADOS «ILEGÍTIMOS» PARA RECLAMAR LA FILIACIÓN, EL APEGO FAMILIAR Y EL ARTÍCULO 8 DEL CEDH

Adicionalmente y sobre el Derecho intertemporal, la Disposición Transitoria octava de la Ley 11/1981, declara que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación» (12).

Como hemos avanzado, las disputas sobre esta Ley las ha suscitado dicha Disposición, ya que ha amparado jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo encontradas, empero hasta el momento es pacífico que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución se regirán por el derecho vigente en aquel momento, se ajuste o no al principio de igualdad; a las sucesiones que se abran después de la entrada en vigor de la Constitución y antes de la Ley 11/1981, les será de aplicación las prescripciones constitucionales sobre la igualdad. Por último las que se hayan producido después de la Ley 11/1981 se ventilarán por sus dictados.

Sobre estas anteriores prescripciones, el profesor RIVERO HERNÁNDEZ se ha aplicado intensamente criticando la relativa inseguridad jurídica que puede producir la coexistencia de distintas doctrinas jurisprudenciales. En particular aborda el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1995, donde «la actora inscrita en el Registro Civil como hija legítima de otro matrimonio, afirma en su demanda ser hija extramatrimonial del causante de la herencia que reclamará, quien no la había reconocido formalmente aunque la había tratado, con múltiples manifestaciones de afecto, como hija suya. Dicho causante, fallecido en estado de casado con persona distinta de la madre de la actora, el día 26 de marzo de 1981, había otorgado testamento nombrando heredera a su viuda, y dejado a la demandante un fideicomiso de residuo en parte de los bienes hereditarios, no en cuanto hija “sino en cuanto persona fuera del círculo de los legitimarios”». Sigue el profesor RIVERO con la cuestión relativa a la transitoria 8 que, a la luz de la Constitución y jurisprudencia constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 155/1987, de 14 de octubre), ya que el Ponente de la STS, de 17 de marzo de 1995, ALMAGRO NOSETE, infiere que la legislación anterior a que remite dicha transitoria es la vigente al entrar en vigor la Ley 11/1981, legislación que incluye los cambios que en el contenido del Código Civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, por lo que procede reconocer las pretensiones de la actora y estimar su condición de legitimaria preterida. Por otra parte, la cuestión de inconstitucionalidad, planteada por un Juzgado de Primera Instancia con ocasión de una demanda de reclamación de legítima por un hijo extramatrimonial de un hijo

(12) En este aspecto, vid., REY PORTOLÉS, «Comentarios a vuelapluma de los artículos sucesorios reformados por la Ley 11/1981», en *RCDI*, 1982, pág. 358 y sigs.

premuerto. Por su parte, la STC 155/1987, de 14 de noviembre, declaró que no es inconstitucional la transitoria (13).

Remitiéndose a estas anteriores consideraciones, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2004, declara que «la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1986, expone que en aplicación de tales premisas (relativas al art. 814 CC), debe afirmarse que si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 CC) y si el fallecimiento del causante, padre común de los litigantes, se produjo el día 31 de enero de 1979, es decir, vigente ya la Constitución y con tal vigencia, y por imperativo del principio de igualdad sin discriminación por razón de nacimiento proclamado en el citado artículo 14 y en la Disposición Derogatoria 3.^a, quedaron sin efecto los preceptos de contenido discriminatorio por razón de origen matrimonial o extramatrimonial y entre ellos los que calificaban al nacido fuera del matrimonio de padre o madre casados como ilegítimo no natural, con las consecuencias que en el orden sucesorio tal condición llevaba aparejada, es manifiesto que debe darse lugar al indicado motivo cuarto, en cuanto, por aplicación de normativa a la sazón derogada, niega al actor derechos sucesorios en la herencia del causante, padre común de los litigantes y por tanto niega su preterición en la herencia, por su cualidad de hijo ilegítimo no natural, cualidad desaparecida desde la entrada en vigor de la Constitución».

Prosigue dicha resolución remitiéndose ahora a la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1995, cuando afirma: «sólo se estima constitucional una interpretación de la Ley que conduzca a establecer que los llamados con notoria discriminación en el Código Civil “hijos ilegítimos”, tienen acción para reclamar su verdadera filiación durante toda su vida como ocurre con la “acción que para reclamar su legitimidad compete a los hijos legítimos”, conforme al artículo 118 del Código Civil en su versión legal precedente. Así pues, estimándose contrarios a la Constitución como se estiman y, por ello, derogados los artículos 139, 140 y 141 del Código Civil antes de la reforma operada por la Ley 11/1992 y admitida por imperativo del artículo 14 de la Constitución de los hijos no matrimoniales y matrimoniales a los efectos de disponer de acción, durante toda su vida, para reclamar su filiación, la Disposición Transitoria en cuestión tiene sentido al establecer la aplicación de las normas anteriores en cuanto constitucionales lo que, en definitiva, significa que no se extienden al hijo, sino a otros posibles legitimados “cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiera fallecido al entrar en vigor la Ley” (Ley 11/1981)».

Por último, es interesante traer a colación el Auto del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, que si bien inadmite el recurso por falta de interés casacional, aportan las consideraciones de la ponente (ROCA TRÍAS) luces adicionales sobre lo que se acaba de decir: «La acción que se ejercitaba en el presente asunto derivó de la reclamación de filiación no matrimonial del demandante frente a su madre, su padre no biológico, y los parientes de su padre biológico, fallecido en 1962 sin descendencia y en estado de soltero. Asimismo, reclamaba la herencia de su padre, el cual, por vía testamentaria, había nom-

(13) («Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)», en *Derecho Privado y Constitución*, 6, mayo-agosto de 1995, pág. 227 y sigs.).

brado heredero a su hermano, al carecer de descendientes en el momento del fallecimiento, por preterición. En ambas instancias se reconoció al demandante la condición de hijo del fallecido Ezequiel pero, en cuanto a la acción de petición de la herencia de éste, la primera instancia la rechazó, al entender que era de aplicación al caso la legislación vigente en el momento del fallecimiento del causante, esto es, el Código Civil en su redacción de 1962, por la que no se reconocían derechos hereditarios a los hijos ilegítimos, sin que pudiera ser de aplicación lo establecido en el Código Civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por no afectar a dicha sucesión la retroactividad de la norma y no estar, siquiera, en vigor la Constitución Española, a cuya fecha de promulgación ha estado la Jurisprudencia para entender aplicable lo dispuesto en la mencionada ley de 1981 en relación con la igualdad de los hijos, con independencia de su condición matrimonial o no. Sí se le concedieron al actor, no obstante, derechos hereditarios sobre uno de los hermanos de su padre natural, fallecido con posterioridad a la Ley 11/1981. La sentencia de Apelación, sin embargo, sí reconoce al actor el derecho a ser nombrado heredero de la legítima de su padre, en virtud, no de la aplicación retroactiva de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, a una sucesión abierta antes de la promulgación de la Constitución de 1978, como argumenta la parte en su escrito de interposición del recurso de casación, sino de la siguiente deducción lógica: se ha determinado la filiación del actor respecto del fallecido Ezequiel; dicha filiación es —en términos de la redacción del Código Civil anterior a la modificación de 1981— natural; luego ha de aplicarse lo que establecía el Código Civil en aquel tiempo para los hijos naturales reconocidos —reconocido en la sentencia— en relación con los derechos hereditarios de éstos. Por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 134 del Código Civil en su redacción antigua (“El hijo natural reconocido tiene derecho: (...) 3.º) A percibir, en su caso, la porción hereditaria que se determina en este Código”), y conforme a lo dispuesto en el artículo 842 del Código Civil en vigor en aquella época (“Cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la tercera parte de la herencia”), la sentencia de Apelación estima el recurso parcialmente, al reconocer al actor el derecho a una tercera parte de la herencia de su padre, como hijo natural “reconocido” que es. Dicha conclusión jurídica no es fruto de la aplicación retroactiva de la Ley 11/1981, como señala el recurrente y sobre cuya procedencia se pronuncian las sentencias de este Tribunal a las que hace referencia el recurrente en su escrito de interposición (en ambas se rechaza la aplicación retroactiva de la Ley para aquellas sucesiones anteriores a la promulgación de la Constitución Española, como es el caso). En la medida que ello es así, la sentencia recurrida no se opone a las sentencias de esta Sala citadas como infringidas, debiendo recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala».

Añadiremos también la interesante sentencia de 19 de marzo de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona, siendo Ponente FONT MARQUINA, donde además de recapitular el vigente estado de la cuestión, se cuestiona la aplicabilidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluyendo que en el caso de que haya existido con el causante una «relación familiar», un «apego», podrá resultar de aplicación el artículo 8 CEDH, junto con la concurrencia de otros requisitos.

Es su tenor literal el que sigue: «En suma, para reconocer derechos hereditarios en condiciones de igualdad con los hijos matrimoniales a un hijo no matrimonial (ilegítimo no natural) en una sucesión abierta con anterioridad a 1978, parecería preciso: *a*) que la sucesión no esté totalmente «agotada» o fenecida, en la terminología de nuestro Tribunal Supremo, debiendo prevalecer, si lo está, la seguridad jurídica; *b*) que, al momento de la apertura de la sucesión (en el momento de la muerte del causante) o antes de su agotamiento, la filiación no matrimonial esté claramente determinada, por cuanto si no lo está, no se habrá producido la vocación y la delación hereditaria y la sucesión y su aparente agotamiento se habrá producido «en falso»; *c*) que hubiera existido con el progenitor o causante una «relación familiar», un «apego», que autorice a aplicar el artículo 8 CEDH, en tanto dicha relación elimina el elemento de «protección de la confianza del *de cuius* y de su familia, con superación de la consideración de la irretroactividad normativa; *d*) que se pudiera establecer la incidencia del artículo 14 CE sobre la normativa anterior a la Constitución por existir un «proceso pendiente», en la dicción del Tribunal Constitucional, límite a la regla de que el proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de la interposición de la acción».

III. PRÁCTICA Y EFICACIA DE LA INSTITUCIÓN DE LA PARTICIÓN

1. ACUMULACIÓN DE ACCIONES: COMPATIBILIDAD ENTRE ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN, DECLARACIÓN DE HEREDEROS Y APRECIACIÓN CONJUNTA DE PRETERICIÓN. EL SUPUESTO DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE LA HERENCIA

En cuanto a la admisibilidad de la acumulación de acciones y la compatibilidad entre acciones de reclamación de filiación, declaración de herederos y declaración de preterición en testamento, y nulidad de compraventa, el exponente más reciente es la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2004, por cuanto revisa la consolidada doctrinal jurisprudencial que admite dicha acumulación. Así, advierte que «la sentencia de esta Sala, de 6 de noviembre de 1998, rechaza un motivo de casación en que se combatía la acumulación acordada a la acción de filiación, la de declaración de herederos abintestato y afirma: “Como se ha dicho al desestimar el motivo primero, la declaración de herederos abintestato puede obtenerse a través de un juicio declarativo ordinario (de menor cuantía, en este caso) y la competencia para conocer del mismo corresponde al Juzgado de Primera Instancia, al igual que para el conocimiento de las otras dos acciones ejercitadas (de declaración de filiación y de petición de partición de herencia), por lo que la acumulación de las tres referidas acciones ha sido correctamente hecha”. Y la sentencia de 17 de marzo de 1995, después de casar la sentencia de instancia y declarar la filiación no matrimonial de la allí actora, entra a resolver las demás pretensiones relativas a la herencia del padre, afirmando en su fundamento jurídico decimocuarto que “la condición, por tanto, de heredera forzosa no puede eludirse. Y su emisión en el testamento produce los efectos de la preterición, en cuanto se priva a la hija de manera tácita de los derechos legitimarios que le corresponden en la herencia”, declaraciones que ponen de manifiesto la corrección de la acumulación de acciones ejercitada, acciones de idéntico contenido a las ejercitadas en este litigio, y sienta la sentencia de 14 de julio

de 1994, citada en las de 31 de octubre de 1996 y 15 de diciembre de 2003, que “como señala la doctrina científica, y acoge la jurisprudencia, el juicio declarativo resulta procedente para decidir las cuestiones derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e, incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2002, ventila un interesante supuesto; sobre la acción de petición de herencia declara que la pretensión «plantea cuatro subcuestiones. Primera.—En el suplico de la demanda se interesa que se declare a los hermanos codemandantes herederos universales; sería así si el padre hubiera fallecido intestado en que los herederos abintestato los serían, universales y por iguales cuotas partes, los hijos, el matrimonial y los extramatrimoniales. Pero el causante falleció bajo testamento otorgado ante Notario el 10 de noviembre de 1977 (falleció en 1984) en el que dispuso un legado, del tercio de libre disposición, a favor de su esposa e instituyó heredero a su hijo, el demandado, don Guillermo. En las sentencias de instancia no cabe que se declarara a los demandantes herederos universales, que es lo más, pero sí que son legitimarios, que es lo menos, y, como tales, preteridos. Segunda.—Se ha dado la preterición, regulada por el artículo 814 del Código Civil que fue reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya Disposición Transitoria octava dispone que la nueva legislación se aplica a las sucesiones que se abran después de entrar en vigor; la apertura de la presente sucesión se produjo en 1984, muerte del causante. Se da exactamente el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nunca nada en concepto de legítima. El efecto lo declara, como principio, el inicio del artículo 814: la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica la legítima. Tercera.—El efecto de la preterición intencional lo concreta el mismo artículo 816: se reducirá la institución de heredero y se satisfará la legítima en la medida, en el presente caso, que establece el artículo 808. La cuestión que se ha planteado es si esta legítima es la larga (dos tercios: primer párrafo de dicho art. 808) o la estricta (un tercio). El efecto de la preterición intencional se equipara al de la desheredación injusta (art. 851): el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo a la legítima estricta o corta, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue el privarle del todo y si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir».

Concluye la resolución advirtiendo que: «si una vez declarado legitimario, preterido intencionalmente, se le puede atribuir una cuota en la herencia del causante, como hizo la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia o debe dejarse tal cuestión a un proceso ulterior, como ha hecho la sentencia de la Audiencia Provincial. La respuesta es que sí debe hacerse la atribución de cuota legítima, directamente, sin necesidad del ejercicio de una nueva acción. No tanto es la determinación de concretos bienes, sino de cuota que, en ejecución de sentencia, se especificará materialmente».

2. LA PRETERICIÓN ESTÁ REFERIDA AL MOMENTO DE OTORGAR TESTAMENTO, NO AL MOMENTO DE LA MUERTE Y NO CONURRE PRETERICIÓN EN LOS ACTOS PRODUCIDOS ANTES DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE MAYO DE 2005 Y LA DE 22 DE JUNIO DE 2006

De modo que como ya se ha dicho, la omisión u olvido testamentario y la consideración de dicha omisión como preterición, se apreciará si en el momento temporal de la otorgación del testamento concurrió dicho olvido u omisión errónea o intencional. En todo caso, la preterición exige la apertura de la sucesión con lo que en buena lógica sólo resulta de aplicación si se dan los presupuestos previos para la apertura. De este razonamiento se deduce que no cabe limitar el poder de disposición por actos *inter vivos* que un sujeto ostenta sobre su patrimonio.

En este sentido y sobre la intención de los potenciales herederos de que se determine la ineficacia de ciertos actos de su progenitor, declara la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 2005: «la preterición es la omisión de un legitimario en el testamento, sin que el mismo haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; lo cual no puede advertirse hasta que haya muerto el causante, con testamento y haya sido examinado éste; no se puede hablar de preterición respecto a un acto producido antes de la apertura de la sucesión. Lo cual se pone en relación con un tema más amplio. No se puede hablar de legítima (su cómputo, atribución e imputación) hasta después de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante. Lo cual significa que el mismo, o por mejor decir, toda persona tiene poder de disposición mientras vive, sobre todos sus bienes, por actos *inter vivos* onerosos o incluso gratuitos, sin perjuicio de que a estos últimos se les pueda aplicar la reducción por inoficiosidad. En ningún caso puede limitarse y, menos, aun, impugnarse actos *inter vivos* por razón de una sucesión futura que incluye la sucesión forzosa, es decir, las legítimas».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2006, destaca tanto por su claridad conceptual como por el tratamiento institucional que hace, habida cuenta del problema de las distintas redacciones del Código Civil y la aplicación retroactiva de los principios constitucionales. Dice la sentencia que la preterición «es la omisión del legitimario en el testamento, sin que éste haya recibido atribución alguna en concepto de legítima; en el presente caso, efectivamente, al hijo extramatrimonial del causante no se le menciona en el testamento (fue concebido y nació después de otorgado éste) ni nada recibió imputable a la legítima. La declaración de principio del mencionado artículo 814 es clara: la preterición de un heredero forzoso (quiere decir legitimario) no perjudica la legítima, tras cuyo principio declara los efectos distinguiendo si la preterición es intencional o errónea (no intencional, la llama). La primera se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario, sabiendo (intencionadamente) que éste existe; la segunda, cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente (no otro) porque ignoraba (erróneamente) su existencia. Se advierte que estos conceptos vienen referidos al testamento, no a la muerte. Es decir (como mantiene la sentencia de primera instancia), que la preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, éste haya sabido o no de la existencia de aquél. No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento».

3. LA PRETERICIÓN NO INTENCIONAL PRODUCE LA ANULACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL

En cuanto a las consecuencias de la apreciación de la preterición del legitimario, se aplicarán sobre las atribuciones de carácter patrimonial, y caso de que la preterición no haya sido intencional, procederá su anulación.

Dice en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2006: «se estima que en el presente caso el testador omitió al único legitimario, su hijo, en el testamento, ignorando su existencia y, cuando la supo no lo modificó y quedó viciado de preterición errónea con el importante efecto (que reconoce la sentencia de primera instancia) de anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, según dispone el artículo 814, párrafo segundo, número primero. Con ello, la presente resolución no hace sino seguir la doctrina jurisprudencial que plasman las sentencias de 30 de enero de 1995 y 23 de enero de 2001. La primera dice textualmente: “preterición no intencional de la heredera forzosa nacida con posterioridad a su otorgamiento”. Y desarrolla la segunda: “en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada *ex re ipsa*. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento”; y respecto al caso que contempla, añade (con total semejanza al caso presente): “Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de diciembre de 1988”» (14).

4. LA PRETERICIÓN DE BUENA Y DE MALA FE DEL LEGITIMARIO Y EL CARÁCTER RESTRICTIVO Y SUBSIDIARIO DE LA NULIDAD DE PARTICIÓN HEREDITARIA O FAVOR PARTITIONIS EN LA JURISPRUDENCIA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2006

Por su parte, cabe la posibilidad de que la preterición afecte a la partición ya materializada. En este sentido, el Código Civil resuelve esta circunstancia, en el entendido de que dicho olvido u omisión no lo es tanto del legitimario como de cualquier partícipe de la comunidad hereditaria. En estos supuestos en que se ha procedido a la partición, el artículo 1.080 del Código Civil se ocupa de sus consecuencias atendiendo a la general conservación de los actos de buena fe y, en particular, al principio de conservación de la partición, sin perjuicio de la correspondiente subsanación del quebranto ocasionado al heredero (15).

(14) Por su parte, téngase en cuenta que la calificación de la voluntad del testador es competencia del juzgador de instancia, de modo que: «cuando se declara probado que no existió tal intención y criticando la sentencia recurrida en la medida en que declara acreditada la preterición no intencionada, incurre en el defecto casacional de hacer supuesto de la cuestión, al pretenderse en última instancia una revisión de la valoración probatoria realizada por la sentencia recurrida a través de un recurso inadecuado como es el de casación, ya que si la parte recurrente no estaba conforme con dicha valoración probatoria, debió articular previamente el recurso extraordinario por infracción procesal» (ATS de 1 de diciembre de 2009); también ATS de 23 de junio de 2009.

(15) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 179, y CÁMARA ÁLVAREZ DE LA, «Comentario al artículo 1.080 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BER-

El mencionado artículo 1.080 del Código Civil dice: «La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda». Con todo y desde la perspectiva jurisprudencial, de nuevo ha de atenderse a las sucesivas redacciones que el legislador ha dispensado a la institución de la preterición, ya que antes de la redacción vigente correspondería la nulidad de las operaciones particionales, caso de que concurriese la preterición del heredero forzoso.

Estando vigente la preterición, según sus actuales términos, la jurisprudencia reitera el carácter restrictivo y subsidiario de la acción de nulidad de la partición hereditaria. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2006, declara: «Este tratamiento restrictivo de la invalidez, afirmado por gran número de sentencias, como la STS de 31 de octubre de 1996, que se refiere a las de 15 de junio de 1982 y 25 de febrero de 1969 (a las que pueden añadirse las SSTs de 25 de febrero de 1989 y 11 de abril de 1959, entre otras), comporta que la nulidad de la partición tiene carácter subsidiario y sólo cabe cuando no existe otro recurso legal (SSTs de 27 de febrero de 1995 y 17 de enero de 1956), siempre que no quepa resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición (STS de 11 de abril de 1959). En los supuestos de omisión en el activo partible de alguno de los objetos de la herencia y en el de preterición de algún heredero en la partición, el Código Civil tiende a conservar la validez y eficacia de la partición, sin perjuicio de subsanar el defecto de que adolece y el perjuicio irrogado a alguno de los herederos (beneficio de la partición o *favor partitionis*)».

5. LA PRETERICIÓN DE MALA FE DEL LEGITIMARIO EN LA PARTICIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE JUNIO DE 2006, Y EL LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA

Con todo y como no podía ser de otra manera, la concurrencia de mala fe en la partición hace que los efectos sean distintos y que en estos supuestos proceda la rescisión de dicha partición. En particular la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2006, se ocupa del legatario de parte alícuota como heredero y la concurrencia de mala fe en la omisión hecha en la partición: «la preterición en la partición del legatario de tal clase [la asimilación de la figura del legatario de parte alícuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia] ha de producir los efectos previstos en el artículo 1.080 del Código Civil para el caso de preterición de un heredero, de forma que si se produce de mala fe o dolosamente —conociendo su existencia— ha de desembocar en la rescisión de la partición así realizada» (16).

COVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2529 a 2533.

(16) Vid., NÚÑEZ MUÑOZ, *El legado de parte alícuota: su régimen jurídico*, Madrid, 2001.

6. RECAPITULACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 31 DE MAYO DE 2010

La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2010, dictada siendo ponente O'CALLAGHAN, es el mejor exponente de las anteriores consideraciones. En el caso de autos, el causante otorgó testamento el 9 de abril de 1990, y en él disponía lo siguiente: «Lega a su citada esposa la cuota viudal que por ley le corresponda. Instituye herederas por partes iguales a sus dos citadas hijas y por premoriencia nombra sustitutos a sus respectivos descendientes». Don Severiano, el testador, antes de su fallecimiento, se divorció de la esposa a la que refiere en la atribución patrimonial, siendo una de las codemandadas, junto a sus dos hijas mencionadas en el testamento. La demandante, doña Delfina nació el 31 de enero de 1981; el 9 de abril de 1996 se practicó la prueba biológica de paternidad y resultó ser aquel causante su padre extramatrimonial. Lo cual fue declarado por sentencia firme después de su muerte, que acaeció el 19 de febrero de 1999; esta hija reconocida por sentencia demanda a la esposa y a las dos hijas matrimoniales. Se apreció que la preterición fue errónea.

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

En cuanto a la preterición intencional y errónea y sus efectos declara: «Viene regulada por el artículo 814 del Código Civil, redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981, que produjo un cambio sustancial en su regulación. En todo caso exige la omisión de todos o algunos legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien y que le sobrevivían. La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así la distinguen las sentencias de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio de 2006). Los efectos son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, los legados. En todo caso, pro-

clamada artículo 814 del Código Civil, la preterición de un legitimario no perjudica la legítima, como dice el artículo 813».

En cuanto a la partición: «implica la división y adjudicación de los bienes que forman el patrimonio del causante a los coherederos y legatarios de parte alícuota, extinguiendo así la comunidad hereditaria. El artículo 1.080 del Código Civil contempla el supuesto de que se haya practicado omitiendo a un coheredero, lo que da lugar a la nulidad si se prueba mala fe en la que los que la han practicado. La mala fe significa que conocían la existencia del coheredero y, pese a ello, lo han obviado. La omisión de un coheredero comprende también la de un legatario de parte alícuota (como dice la sentencia de 12 de junio de 2006). Igualmente, el 1.081 sanciona con la nulidad de partición hecha con un heredero aparente, lo que debe comprender, como en el caso anterior, al legitimario de parte alícuota, no ya por analogía, sino por interpretación extensiva, ya que en uno y otro caso lo decisivo no es su carácter, sino su cualidad de sujeto de la partición».

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA FUTURA APLICABILIDAD DEL DENOMINADO APEGO FAMILIAR PARA APRECIAR LA CONCULCACIÓN DE LA IGUALDAD CUANDO SE APLIQUE EL DERECHO PREVIO A LA CE

En la práctica notarial ya no se cuestiona la conveniencia de incluir una fórmula genérica para que el testador evite involuntariamente la concurrencia futura y no intencional de los efectos de la preterición. Con todo, como la reforma de 1981 incluye la posibilidad técnica de la denominada preterición intencional, se refrenda de nuevo con el último párrafo del artículo 814 el protagonismo indubitado de la voluntad del causante, toda vez que «a salvo las legítimas tendrá preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador». En este sentido, esta preterición intencional respeta la voluntad deliberada del testador de omitir la mención de un legitimario, ya que sus efectos se circunscriben a la reducción de la institución de heredero.

Por fin y teniendo en cuenta las sucesivas reformas del Código Civil en la materia, así como la aplicación de la lógica interna constitucional al Derecho Sucesorio y Familiar, puede llegar a superarse la actual doctrina jurisprudencial sobre filiación y testamento. En este sentido, si las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la Constitución —pero antes de la adaptación del Código Civil por el legislador ordinario— han de atender al principio de igualdad, habrá de ventilarse si sobre los testamentos otorgados antes de la Constitución puede o no apreciarse la igualdad y el derecho a mantener una relación familiar. Así la cuestión girará en torno al momento en que se otorgó testamento y a la existencia o no de «relación o apego familiar» entre el causante y sus hijos no matrimoniales. Como decimos, es posible que pueda concurrir no tanto un cambio de línea jurisprudencial, como la incorporación de los efectos del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la preterición de hijos o hijas no matrimoniales.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

- ALBALADEJO, «Para una interpretación del artículo 814.1 del Código Civil», en *RDP*, diciembre de 1967, págs. 1023 a 1048.
- BOLAS ALFONSO, «La preterición tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981», en *AAMN*, XXV, 1982.
- BUSTO LAGO, «Comentarios a la Sección 5.^a, *De las legítimas. Artículos 806 a 822*», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 2009, 3.^a ed., págs. 963 a 993.
- «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, págs. 11 a 118.
- CÁMARA ÁLVAREZ, DE LA, «Comentario al artículo 1.080 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. 2529 a 2533.
- COBACHO GÓMEZ, «Notas sobre la preterición», en *RDP*, 1986, pág. 40 y sigs.
- COSTAS RODAL, *La ineficacia de la partición hereditaria*, Dykinson, Madrid, págs. 177 a 188.
- ESPEJO RUIZ, «Invalidez de la partición hereditaria realizada por contador-partidor por preterición de un heredero o por inclusión de un heredero que no lo es», en *Homenaje Albaladejo*, pág. 1493 y sigs.
- GARCÍA MORENO, «La preterición de herederos forzosos en el Derecho Común tras la reforma de 1981», en *AC*, 44, 1995, págs. 883 a 907.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código Civil y en los Derechos Civiles Forales*, Granada, 2004.
- GONZÁLEZ PORRAS, «Comentario de los artículos 697 y 698. Sección 5.^a Del testamento abierto», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid, 1987.
- 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, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.^a ed.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes. Anulación de la institución de heredero y respeto a lo ordenado por el testador (párrafos segundo, núm. 2 y quinto del art. 814 del Código Civil)», en *RCDI*, 1988, pág. 585.
- 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.
- REY PORTOLÉS, «Comentarios a vuelapluma de los artículos sucesorios reformados por la Ley 11/1981», en *RCDI*, 1982, pág. 358 y sigs.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)», en *Derecho Privado y Constitución*, 6, mayo-agosto de 1995, pág. 227 y sigs.
- ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed.

SAN SEGUNDO MANUEL, «Preterición por omisión del legitimario», en *RCDI*, 2007, págs. 700, 824 y sigs.

VALLET DE GOYTISOLO, «Comentarios a la Sección 5.^a, De las legítimas, a la Sección 9.^a, De la desheredación, artículos 806 a 857 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1.

RESUMEN

HERENCIA Y LEGÍTIMA PRETERICIÓN EN LA PARTICIÓN

La preterición, como relego u omisión, tiene su ámbito propio en el testamento, y en la legítima, específicamente, en su intangibilidad cuantitativa. La institución, que encuentra sus orígenes cuando menos de forma nominal en el Derecho romano, sufrió un trascendental cambio en el año 1981. El propósito principal de esta Ley 11/1981, de 13 de mayo, consistía en la adaptación de las previsiones del Código Civil a la Constitución. En su virtud y por lo que se refiere a la preterición, supuso la igualación de los hijos e hijas no matrimoniales a los que sí lo fuesen. Al tiempo, la nueva redacción del artículo 814 incorpora la preterición intencional y la errónea, caracterizada por los diferentes efectos que despliega la primera, circunscrita a los herederos forzosos y a la detracción de la legítima del heredero, de la segunda, limitada a los descendientes y capaz de anular las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial e, incluso, la institución de heredero. En síntesis, antes y después de esta reforma, la preterición consiste en la falta de mención de uno o de todos los legitimarios en el testamento. Sobre estos fundamentos conceptuales y normativos, en estas líneas se revisará la jurisprudencia pronunciada en las cuestiones más litigiosas referidas a su calificación, momento y efectos, así como a la retroactividad de las previsiones del artículo 814 para los hijos

ABSTRACT

LEGACY AND RESERVED PORTION PRETERITION IN ESTATE PARTITION

Preterition, like relegation and omission, has its own sphere in matters of wills and reserved portions, specifically, in its quantitative intangibility. The institution of preterition, whose origins lie at least nominally in Roman law, underwent a most significant change in 1981. The main purpose of Act 11/1981 of 13 May was to adapt the terms of the Civil Code to the Constitution. By virtue of that act, as far as preterition was concerned, issue not of a marriage were placed on an equal footing with issue of the marriage. At the same time, the new wording of article 814 incorporated intentional preterition and erroneous preterition. These two concepts are characterised by the different effects they have. The effects of the former are restricted to the forced heirs and withdrawal of an heir's reserved portion. Those of the latter are limited to the descendants and are capable of annulling testamentary provisions concerning assets and even the naming of heirs. In short, before and after this reform, preterition consisted in failure to mention in the will one or all of the persons entitled to a reserved portion. This paper examines these conceptual and legislative foundations and reviews case law on the most litigious issues concerning the definition, time and effects of preterition. The paper also discusses the

no matrimoniales preteridos en testamentos otorgados antes de la entrega en vigor de la Constitución.

retroactive nature of article 814 for non-matrimonial issue pretermitted in wills made before the Constitution took force.

1.5. Obligaciones y Contratos

DOBLE VENTA: LOS EFECTOS DE LA DEFINITIVA TOMA DE PARTIDO DEL TRIBUNAL SUPREMO

por

MATILDE CUENA CASAS
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS DISTINTAS POSICIONES JURISPRUDENCIALES RESPECTO AL ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL.—3. LA DOBLE VENTA Y LAS ADQUISICIONES A *NON DOMINO*: 3.1. LA CATEGORÍA DE LA *INOPONIBILIDAD* COMO FUNDAMENTO DE LA PREFERENCIA DEL COMPRADOR QUE INSCRIBE. 3.2. LA NECESIDAD DE QUE LA PRIMERA VENTA NO HAYA SIDO CONSUMADA COMO REQUISITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL.—4. LA REGULACIÓN DE LA DOBLE VENTA NO CONSTITUYE UN REFLEJO DE LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO: LA DOBLE VENTA Y LA VENTA DE COSA AJENA.—5. EL REQUISITO DE LA BUENA FE.—6. LOS EFECTOS DE LA DOCTRINA PLENARIA SOBRE LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR.—7. LA CONTRADICTORIA DOCTRINA RESPECTO A LA VENTA DE COSA COMÚN.—8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Muchas y muy profundas habían sido las sentencias que daban respuestas diferentes a casos idénticos, y también muy diversas las opiniones doctrinales acerca de unos asuntos tan absolutamente básicos en el sistema como son los que se dan cita en el artículo 1.473 del Código Civil. Tantas que, por muy celebrada que haya sido y siga siéndolo la iniciativa de los miembros de la Sala primera de optar por la fórmula de las sentencias plenarias para tratar de unificar criterios en materias conflictivas —iniciativa comenzada a finales de 2005—, conviene llevar a cabo una revisión de las consecuencias que esa jurisprudencia plenaria haya podido tener, y conviene todavía más hacerlo en el seno de una revista como la *Crítica de Derecho Inmobiliario*, pues, al fin y al cabo, nos hallamos ante un precepto que, debidamente combinado con aquellos otros que conforman las bases del sistema de transmisión de la propiedad, constituye la labor diaria de los más de 3.000 profesionales de la fe pública notarial con que cuenta nuestro país. Debo adelantar que, al menos en lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las trascendentales sentencias plenarias de 5 de marzo de 2007 (*RJ* 2007/723) y 7 de septiembre de

2007 (RJ 2007/5303) (ambas son fruto de la ponencia del Excmo. Señor don Francisco MARÍN CASTÁN) han marcado una pauta interpretativa que, a día de hoy y como me propongo exponer con esta contribución, no ha sido abandonada, si bien, como se verá *infra*, 5, tal vez todavía el propio Tribunal Supremo no haya llegado hasta las últimas consecuencias de su propia doctrina.

2. LAS DISTINTAS POSICIONES JURISPRUDENCIALES RESPECTO AL ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.473 regula el supuesto de doble venta, tanto de bienes muebles como de inmuebles, estableciendo respecto de estos últimos que: «*la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro de la Propiedad*». Se trata de una norma compleja, que debe ser incardinada en el sistema de transmisión derivativa de los derechos reales contemplado en el artículo 609, párrafo 2.º del Código Civil y complementada con los más importantes preceptos de la Ley Hipotecaria.

La complejidad del supuesto de hecho de la norma y su conexión con aspectos sumamente relevantes del derecho patrimonial ha provocado variada y —también hay que decirlo— contradictoria jurisprudencia. Lo que primero llama la atención es que los casos de doble venta son extraordinariamente frecuentes en la práctica (a pesar de que el acto, en algunos casos, puede ser reprochable desde el punto de vista jurídico-penal por constituir delito de estafa (art. 251 del Código Penal), e incluso no son pocos los supuestos en los que se ve involucrada una venta judicial. El hecho de que se dé esta hipótesis en nuestro Derecho se justifica por el diseño de nuestro sistema de transmisión de los derechos reales, que es un sistema de inscripción declarativa. Obviamente, si el sistema fuera de inscripción constitutiva, no sería precisa una norma de esta naturaleza, pues siempre prevalecería el sujeto que inscribió en el Registro de la Propiedad frente al que no lo hizo, ya que el segundo estaría adquiriendo *a domino*, dado que el primero no habría completado el proceso adquisitivo.

Sin embargo, en un sistema de inscripción declarativa como el nuestro, puede suceder que el primer comprador haya adquirido el dominio como consecuencia de la tradición realizada por consecuencia de la primera venta y, por lo tanto, la segunda venta lo sea de cosa ajena, de manera que el segundo comprador, amparado en los artículos 32 ó 34 LH, consolide una adquisición *a non domino*. Pues bien, sobre esta cuestión ha vacilado la doctrina del TS, y la sentencia de 7 de septiembre de 2007 llevó a cabo una unificación de la misma que tiene trazas de ser definitiva.

Inicialmente, hasta los años noventa del pasado siglo, el TS vino aplicando el artículo 1.473 del Código Civil a los conflictos planteados por dos ventas de un mismo inmueble por el mismo vendedor, con independencia del intervalo de tiempo que mediaba entre ambas. Igual daba que hubieran mediado horas que años. Y ello porque la aplicación del precepto no parece supeditarse a ningún criterio cronológico. En este sentido, las SSTs de 4 de marzo de 1988 (RJ 1988/1554), de 11 de mayo de 1992 (RJ 1992/3895) y 13 de abril de 1993 (RJ 1993/2999).

Pero fue ya entrada esa última década cuando la doctrina primero y la jurisprudencia después introdujeron un requisito adicional para la aplicación del artículo 1.473: es preciso que exista una cierta «coetaneidad crono-

lógica entre las dos ventas»: si concurre, se dará un caso de doble venta a resolver aplicando dicho precepto. Pero si no, se dará un caso de venta de cosa ajena que queda excluido de su ámbito de aplicación (SSTS de 11 de marzo de 1992 [RJ 1992/3096], 8 de marzo de 1993 [RJ 1993/2052], 1 de julio de 1997 [RJ 1997/5504], 19 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10399), 21 de junio de 2000 (RJ 2000/5736), 11 de junio de 2004 [RJ 2004/4427], 16 de mayo de 2006 [RJ 2006/446]. Este planteamiento ya parece a simple vista contradictorio, pues lo que provoca que la segunda venta lo sea de cosa ajena no es la coetaneidad cronológica entre las dos ventas, sino la circunstancia de que la primera se haya consumado por el vendedor efectuando una tradición eficaz para transmitir el dominio, y ello ya se trate de una tradición real o instrumental. La jurisprudencia citada mezcla, pues, dos cuestiones que nada tienen que ver. Aunque haya transcurrido mucho tiempo entre la primera y la segunda venta, si la primera no se consumó desembocando en una adquisición del dominio por parte del primer comprador, la segunda venta no será de cosa ajena.

Por otro lado, inexplicablemente, esta línea jurisprudencial excluye del ámbito de aplicación del artículo 1.473 la hipótesis de la venta de cosa ajena, como si doble venta y venta de cosa ajena fueran conceptos o hipótesis enfrentadas, cuando en realidad, y como señalaré en su momento, ambos supuestos juegan como si de círculos concéntricos se tratara.

Consecuencia del planteamiento de esta línea jurisprudencial es la falta de conexión del artículo 1.473 del Código Civil y los artículos 32 y 34 LH que pueden desencadenar una adquisición *a non domino*. Si la primera venta se consumó por la tradición a favor del primer comprador, la segunda venta es de cosa ajena y, por lo tanto, ya no es de aplicación el artículo 1.473, debiéndose mantener en su adquisición al primer adquirente (pues, además en muchos casos se entiende que la segunda venta es nula por falta de objeto). Siendo esto así, el artículo 34 LH no sería de aplicación a los casos en los que la adquisición proviene de titular registral que ha dejado de ser propietario por haber enajenado antes a otro. A este resultado lleva la doctrina jurisprudencial citada que, sin base legal alguna, añade un requisito al artículo 1.473 y extrae del artículo 34 LH una hipótesis que en ningún caso cabe entender excluida de su tenor literal. Así las cosas, la solución es distinta aunque la patología sea la misma: la falta de poder de disposición del transmitente. Si el *tradens* nunca fue dueño y, no obstante, aparece como titular registral, puede provocar una adquisición *a non domino* cuando enajena a título oneroso y el adquirente inscribe su adquisición. Por el contrario, la hipótesis del *tradens*, que en su momento fue dueño, pero dejó de serlo por haber transmitido antes a otro, tal supuesto no puede desembocar en una adquisición *a non domino*.

La fundamental STS de 7 de septiembre de 2007 (1) recuerda la doctrina sentada en la sentencia de 5 de marzo de 2007, también plenaria, sobre el

(1) Resulta ineludible hacer referencia a los hechos que sirven de base para el recurso de casación objeto de la presente sentencia. Se trata de una doble venta de un mismo inmueble por su titular registral a dos compradores diferentes. El objeto del contrato sólo coincide en parte en ambos contratos, ya que el objeto del primero es la porción segregada de la finca matriz y, por el contrario, el objeto de la segunda venta fue la totalidad de la finca (incluida la segregada). Por lo tanto, lo que se vendió dos veces fue la porción segregada. La primera escritura pública de venta se otorgó el 30 de octubre de 1992 y el precio pactado fue de 16.000.000 de ptas., de los cuales 1.995.000 ptas. fueron abonados en metálico y por el importe del resto la compradora se comprometió a subrogarse en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble, asumiendo la deuda pendiente.

alcance del artículo 34 LH, norma que viene a subsanar la falta de poder de disposición del transmitente como consecuencia de una venta de cosa ajena que hay que considerar válida, no siendo por ello aplicable el artículo 33 LH. Asimismo en dicha sentencia ya se anuncia que no cabe excluir la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil a los casos de venta de cosa ajena. Este último extremo fue apuntado en dicha sentencia, si bien el TS no pudo unificar doctrina respecto al mismo, puesto que no se citó como precepto infringido en el recurso de casación. En cambio, aprovecha el TS la ocasión que le brindaba un supuesto como el que dio lugar a esta sentencia para aclarar que:

«la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de una “cierta coetaneidad cronológica” entre las dos o más ventas en conflicto. De un lado, porque el propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo, consumándose por tanto la primera venta, desde

La escritura de venta no se inscribió en el Registro de la Propiedad y la parte compradora no se subrogó en la hipoteca, tal y como se había comprometido en dicha escritura. No obstante, la compradora tomó posesión del inmueble vendido. La segunda escritura pública de compraventa se otorgó el 17 de febrero de 1998 a favor de una sociedad anónima. El precio pactado fue de 21.000.000 de ptas., cantidad que fue abonada al vendedor y al mismo tiempo se otorgó escritura de cancelación de la hipoteca que pesaba sobre el inmueble, hipoteca en la que nunca llegó a subrogarse la primera compradora. La sociedad compradora procedió a inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad. La demanda se interpuso por la segunda compradora, una sociedad anónima, contra la primera, una mujer casada en régimen de separación de bienes, a la que se reclama la entrega de la posesión del inmueble por carecer de título para poseer el mismo. La compradora demandada se opuso a la demanda alegando que la segunda venta era ya de cosa ajena, ya que ella había adquirido el inmueble con anterioridad a la sociedad demandante y que ésta, además, había actuado de mala fe, ya que conocía la existencia de una primera venta.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por dos razones: la primera, porque la venta celebrada en primer lugar no se consumó por haber incumplido la compradora sus obligaciones en orden a quedar subrogada en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble vendido. La segunda, porque la compradora que contrató en segundo lugar carecía de la buena fe requerida por el artículo 34 LH, dado que la finca litigiosa estaba siendo poseída por la primera compradora y «debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca *in situ*».

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora (la segunda compradora), el tribunal de segunda instancia lo estimó por entender, en primer lugar, que se trataba de un caso de doble venta y no de venta de cosa ajena, porque la primera venta no había llegado a consumarse por falta de pago de la mayor parte del precio. En segundo lugar, por aplicación del artículo 1.473 del Código Civil y 34 LH, la segunda compradora se veía amparada por estos preceptos, ya que la primera compradora no inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. En tercer lugar, se considera que la posesión de la finca por la primera compradora no constituye dato suficiente para considerar la actuación de la segunda compradora como contraria a la buena fe, ya que la posesión puede obedecer a un contrato distinto de la compraventa. Y en cuarto lugar, la posesión de la primera compradora cabe calificarla de «clandestina», lo que se deduce del dato de que ni siquiera pasó a retirar de la notaría la escritura de compraventa, ni pagó los impuestos correspondientes, ni se subrogó en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación la parte demandada (la primera compradora) por aplicación indebida del concepto de doble venta contenido en el artículo 1.473 del Código Civil y por infracción del artículo 34 LH, por cuanto la entidad demandante no era compradora de buena fe.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación.

la perspectiva de las obligaciones del vendedor mediante tradición material (art. 1.462, párr. 1.º CC), y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido plasmado en escritura pública (art. 1.462, párr. 2.º) e inscribió después su adquisición en el Registro. De otro, porque así se logra la concordancia del artículo 1.473 tanto con los artículos 606 y 608 del Código Civil como con la Ley Hipotecaria: con su artículo 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con su artículo 32, si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 LH (Fundamento de Derecho segundo). En definitiva, el TS no excluye la venta de cosa ajena del ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil que, por ello, puede desembocar en una adquisición *a non domino* a favor del segundo comprador (arts. 32 y 34 LH)». Fundamento de Derecho segundo, STS de 7 de septiembre de 2007.

Son muchos los temas que suscita la frase transcrita (validez de la venta de cosa ajena, alcance del art. 34 LH y su relación con el art. 33 LH, etc...). Sin que suponga restar importancia a estas cuestiones, creo que es preciso tratar con carácter previo la delimitación conceptual entre venta de cosa ajena y doble venta, con el objeto de que quede clara la tesis por la que ha venido a optar la jurisprudencia plenaria de la Sala sobre el alcance del artículo 1.473 del Código Civil.

3. LA DOBLE VENTA Y LAS ADQUISICIONES A *NON DOMINO*

Se ha entendido por un sector doctrinal, al que, como he señalado, acompaña cierta jurisprudencia, que las varias ventas que prevé el artículo 1.473 del Código Civil han de haberse celebrado antes de que la propiedad de la cosa haya sido adquirida por un comprador, pues a lo que se tiende es a solucionar la cuestión de quién la adquirirá, mientras que si la cosa se vende y alguien la adquiere, ya no hay problema de a quién corresponde, y cualquier venta posterior que se haga de la misma por el vendedor que, por haberla transmitido ya a otro comprador, no es su dueño, deberá regularse por las reglas de la venta de cosa ajena y no por la de la venta múltiple (2). Es decir, las diversas compraventas deben tener lugar antes de que alguna de ellas haya alcanzado su consumación. Estas posiciones doctrinales quieren conectar el régimen de la doble venta con la teoría del título y el modo y parten de la hipótesis de que el artículo 1.473 determina quién de los dos compradores *adquiere*, y no quién

(2) ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, pág. 20. Naturalmente, también en *Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1989, pág. 89. En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 25; MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, pág. 75; PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, pág. 13; FERNÁNDEZ ARROYO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1994», en *CCJC*, núm. 35, 1994, pág. 665; PAU PEDRÓN, «Doble venta de inmuebles y publicidad registral», en *La publicidad registral*, Madrid, 2001, pág. 570.

de los adquirentes es *preferido*. Hay que reconocer que el tenor literal de la norma favorece esta interpretación. Pero es que la letra de la norma no es el único criterio que debe valorar el intérprete (art. 3 CC).

Si el artículo 1.473 no resulta aplicable cuando la primera venta ha sido consumada, ¿cómo se explica que venza el que inscribe frente al poseedor que no llevó su título al Registro? ¿Acaso es que la primera venta no se consumó por no haber tenido lugar la inscripción? ¿Es la inscripción un requisito de la transmisión *erga omnes*? Al respecto se han dado varias explicaciones.

3.1. LA CATEGORÍA DE LA *INOPONIBILIDAD* COMO FUNDAMENTO DE LA PREFERENCIA DEL COMPRADOR QUE INSCRIBE

No son pocos los autores que, por influencias del Derecho italiano o el francés, han creído ver reflejado en el artículo 1.473 la categoría de la inoponibilidad (3). De esta forma y por ejemplo, el primer comprador que recibe la tradición real o fingida, habría adquirido. Sin embargo, cuando el segundo comprador inscribe, el derecho del primer comprador resulta inoponible al segundo, el cual adquiere de un vendedor *dominus*, pues para el segundo comprador es como si la primera enajenación no se hubiera realizado, es decir, la primera enajenación es *ineficaz* respecto del segundo comprador.

Si es así, se dirá que el primer comprador que no inscribió, a pesar de haber recibido la posesión del dueño de la cosa, *no adquirió* y, por tanto la adquisición que hace el segundo comprador es *a domino*, puesto que el primer comprador no completó el *iter* adquisitivo que este precepto prolonga hasta el momento de la inscripción. En este sentido se pronuncia GARCÍA GARCÍA, para quien: «la primera venta que no se inscribe es inoponible a la segunda venta que se inscribe, y esta segunda venta es válida, y deriva del dueño (adquisición *a domino*), a diferencia de los supuestos de venta de cosa ajena y de venta sin objeto o sin legitimación (...). La segunda venta que se inscribió prevalece sobre la primera venta que no se inscribió, porque es la única que tiene efectos reales plenos *erga omnes*, mientras que la primera no inscrita tiene que limitar su eficacia a la acción personal de reclamación de cantidad contra el vendedor y a las acciones contra otros terceros que no inscribieron» (4). La tradición no es precisa cuando el adquirente inscribe y adquiere *a domino* y tampoco cuando adquiere *a non domino* (5). Se ha llegado incluso a considerar que la regulación de la doble venta en el Código Civil constituye «una *modificación* de la doctrina del título y el modo» (la cursiva es del autor) (6).

Si se parte de la posición de que, para los bienes inmuebles, el artículo 1.473 ha prolongado el *iter* adquisitivo, añadiendo la inscripción como requisito de la transmisión *erga omnes* del derecho real, no tendrán cabida en el

(3) Tal es el caso de RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994, pág. 127.

(4) GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II, Madrid, 1993, pág. 82. En el mismo sentido, CANO TELLO, «El artículo 1.473 del Código Civil y la inscripción registral», en *RGD*, 1965, pág. 276; RAMOS FOLQUES, «La tradición y el modo», en *Información Jurídica*, 1951, pág. 406; CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, Valencia, 2000, pág. 155.

(5) MIQUEL GONZÁLEZ, «El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, pág. 55.

(6) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La doble venta en el sistema de la transmisión de la propiedad del Código Civil», en *RCDI*, núm. 671, mayo-junio de 2002, pág. 83.

ámbito de aplicación de este precepto las adquisiciones *a non domino*, ya que se prefiere al que *ha adquirido* (título, modo e inscripción) en detrimento de quien no adquirió por no haber inscrito, sin que en el supuesto aparezca técnicamente una venta de cosa ajena.

El principio de inoponibilidad de lo no inscrito, entendido como una nueva forma de ineficacia de los actos jurídicos frente a tercero, sería un artificio legislativo tendente a preservar a toda costa la máxima *nemo dat quod non habet* y a convertir *de facto*, en determinados supuestos, la inscripción en elemento constitutivo del efecto real (7), bien alterando el sistema transmisivo al negar que el primer comprador haya adquirido en virtud de título válido y tradición derivada de un *dominus*, o bien admitiéndolo, pero considerando resuelta *ex lege* la primera adquisición por el hecho de que el segundo comprador inscribe. Se ha mantenido que cuando es el segundo comprador el que inscribe, «dicha inscripción tiene carácter convalidante, constitutivo, *resolutorio de la adquisición anterior* en su caso y que surte plenos efectos entre las partes y frente a terceros» (8).

Con este planteamiento que considera ineficaz esta primera adquisición frente al segundo comprador que de buena fe inscribe, se consigue mantener en favor de este último la facultad de disposición del vendedor, sin que quepa hablar de adquisición *a non domino*. Esta forma de pensar procede de la doctrina francesa e italiana que recurrió al principio de inoponibilidad para explicar el régimen de la doble venta con el objetivo de evitar que un Registro de simples transcripciones legitimara adquisiciones *a non domino* (9). Se trata de preservar las consecuencias que se derivan de un sistema de transmisión consensual y coordinarlo con un pobre sistema registral de transcripción. La primera venta ha resultado ineficaz por aplicación del principio de inoponibilidad, y la adquisición del segundo comprador, por el mero hecho de haber acudido al Registro, implica una adquisición *a domino*, pues «respecto a terceros es como si la primera transmisión no se hubiera efectuado, el enajenante es considerado siempre como propietario» (10). No se trata de una venta de cosa ajena que resultaría nula en virtud del artículo 1.599 *Code* y que, por tanto, permitiría al primer comprador impugnar el asiento. La primera venta genera una propiedad relativa, *inter partes*, inoponible al segundo comprador que transcribe su título. La adquisición de la propiedad no transcrita no tiene eficacia absoluta, ya que puede prevalecer la adquisición de otro comprador que adquiera esa misma cosa y transcriba su título (11).

Como señalaré seguidamente, no creo que para explicar el juego de la doble venta en el Derecho español sea preciso acudir a la categoría de la inoponi-

(7) Así lo entienden expresamente GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 31, y PAU PEDRÓN, «La eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios», en *Boletín de Información Jurídica del Ministerio de Justicia*, 5 de junio de 1990, pág. 3368.

(8) CANO TELLO, *cit.*, pág. 276. La cursiva es mía. También en este sentido, BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, 1969, pág. 57.

(9) Por todos, MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milán, 1968, pág. 11.

(10) Así, COLÍN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción española por la Redacción de la RGLJ y anotado por DE BUEN, t. II, vol. II, Madrid, 1984, pág. 760.

(11) FUNAIOLI, *La cosiddetta proprietà relativa. Studi in onore di Antonio Cicu*, Milán, 1951, pág. 386. Respecto al tratamiento de la doble venta en el Derecho francés e italiano y su incardinación con el sistema de transmisión *solo consensu*, cfr. CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pág. 349 y sigs.

bilidad para *de facto*, excepcionar el sistema de transmisión de la propiedad consagrado en el artículo 609 del Código Civil al considerar que el segundo comprador adquiere *a domino* por no haber completado el primer comprador que recibe la entrega el *iter* transmisivo. Cuando el vendedor es titular registral, el supuesto encaja en el artículo 34 LH, pudiéndose llegar al resultado de su aplicación, aunque no estuviera regulada en nuestro derecho la doble venta, consolidándose una adquisición *a non domino*. Aunque el resultado sea el mismo (protección del segundo comprador), no es lo mismo decir que lo es porque la primera adquisición le es inoponible por no estar inscrita y porque el primer comprador sólo adquirió una propiedad *inter partes*, que decir que éste adquirió una propiedad *erga omnes* ex artículo 609 del Código Civil y que el segundo comprador preferido lo es por adquirir *a non domino*. No creo que sea preciso para explicar la regla del artículo 1.473, párrafo 2.º del Código Civil acudir a la discutible noción de la «adquisición de la propiedad relativa», tesis, que de facto excepcionaría el sistema de transmisión de los derechos reales consagrado en el artículo 609 del Código Civil (12).

Cosa distinta sucede cuando el doble vendedor no es titular registral y el segundo comprador procede a inmatricular la finca o a reanudar el tracto sucesivo. En esta hipótesis, el segundo comprador no reúne los requisitos del artículo 34 LH, por no adquirir de titular registral y, sin embargo, el TS entiende que en este caso sería de aplicación el artículo 32 LH, norma de corte francés que establece la inoponibilidad de lo no inscrito. El segundo comprador consolidaría una adquisición inatacable por la vía del artículo 32 LH.

Transcribe en este punto el TS la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 que, en referencia a la primera versión del artículo 23 (hoy art. 32 LH) cuando se refiere al comprador que no inscribe la venta, decía: «aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». A pesar del tenor literal de la Exposición de Motivos, entiende el TS que no puede interpretarse en el sentido de negar la oponibilidad frente a todos de un derecho real como es el de propiedad, sino de que ha de prevalecer la seguridad jurídica, para lo que debe fomentarse la inscripción (Fundamento de Derecho segundo). El TS aclara, pues, que la preferencia de la inscripción en el artículo 1.473 del Código Civil no altera el sistema de transmisión ni supone que el primer comprador que consumó la adquisición no hubiera adquirido, sino que la adquisición del segundo comprador puede serlo *a non domino*, bien sea *ex* artículo 32, o bien *ex* artículo 34 LH.

De hecho, la STS de 7 de septiembre de 2007 parece adscribirse, siquiera sea *obiter dictum*, a la llamada teoría dualista respecto de los terceros que resultan protegidos en nuestro sistema registral (13). Quiere terciar el Alto Tribunal sobre uno de los temas más complejos de nuestro Derecho Hipotecario, y se aleja de la teoría monista (14), que contempla como única hipótesis protegible la del tercero que reúne los requisitos del artículo 34 LH, dejando huérfano de protección al segundo comprador que no adquiere de titular registral

(12) VELA SÁNCHEZ, «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en *ADC*, enero-marzo de 2007, pág. 90, también critica el planteamiento que construye una suerte de propiedad *inter partes*.

(13) Sobre esta polémica, vid. el reciente trabajo de JIMÉNEZ PARÍS, «Nuevos aspectos del monismo hipotecario», en *Diario La Ley*, núm. 6831, 29 de noviembre de 2007.

(14) Mantenido, entre otros, por ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. I, Barcelona, 1954, pág. 534, y PAU PEDRÓN, *Doble venta de inmuebles...*, cit., pág. 583.

y, por el contrario, procede a hacer pública su adquisición inmatriculando la finca en el Registro de la Propiedad o reanudando el tracto sucesivo, en contra del tenor del artículo 1.473 del Código Civil. Por el contrario, como acertadamente se ha señalado, «cualquier inscripción, tanto la primera como la causalmente engarzada en otra anterior, es, frente a la posesión y al título, causa de preferencia del comprador que inscribe» (15). Esta parece la idea acogida por el TS, al reconocer que el segundo comprador del artículo 1.473 del Código Civil, cuando no ha adquirido de titular registral, puede consolidar su adquisición *a non domino* ex artículo 32 LH.

Añade el TS que tal adquisición prevalecerá «si finalmente acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 LH». Tal precepto establece que: «las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los artículos anteriores no surtirán efectos respecto de terceros hasta transcurridos dos años desde su fecha». Se entiende así que durante los dos años que dura la suspensión de efectos, el adquirente *a non domino* queda a merced de que aparezca un verdadero dueño que venza al inmatriculante no propietario. Sin embargo, no han faltado quienes entienden que la limitación de efectos que establece el artículo 207 LH, no tiene lugar en el ámbito de la doble venta en el marco del artículo 32 LH. En este sentido, ha dicho GORDILLO CAÑAS: «los efectos que en cuanto a terceros que por obra del artículo 207 LH quedan en suspenso son, desde luego, lo que, *ex fides publica*, la inscripción podría provocar a favor de los causahabientes del inmatriculante, y del inmatriculante mismo frente al *verus dominus* para suplir el defecto de titularidad o poder dispositivo de su *causam dans*, anterior y por causa distinta a los actos desencadenantes de la hipótesis de la doble venta; no, en cambio, los que, en aplicación de los principios de prioridad o inoponibilidad, se sustanciarían en hacer prevalecer frente a cualquier otra, la adquisición que primero llega al Registro; precisa y solamente por la razón de haber llegado el primero» (16). Y es que de poco vale la preferencia lograda por el segundo comprador que inscribe concedida por el artículo 1.473 del Código Civil y la inoponibilidad del artículo 32 LH, si durante dos años tal adquisición puede ser impugnada por el primer comprador que no tuvo la diligencia de hacer pública su adquisición. Con todo, el TS alude al artículo 207 LH en esta hipótesis, por lo que no parece restringir la aplicación de dicha norma al terreno exclusivo donde opera el principio de fe pública registral.

En definitiva, el TS parece partir de la tesis dualista respecto al problema de la unidad o dualidad del concepto de tercero en nuestra Ley Hipotecaria.

3.2. LA NECESIDAD DE QUE LA PRIMERA VENTA NO HAYA SIDO CONSUMADA COMO REQUISITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL

La teoría de la inoponibilidad en el sentido de que el segundo comprador adquiere *a domino* porque la primera transmisión le es inoponible es una de

(15) GORDILLO CAÑAS, «La inscripción en el Registro de la Propiedad, su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica», en *ADC*, enero-marzo de 2001, pág. 196. Así también LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984, pág. 175; más reciente, VELA SÁNCHEZ, «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en *ADC*, enero-marzo de 2007, pág. 92.

(16) GORDILLO, *op. últ. cit.*, pág. 201.

las interpretaciones que ha recibido la regulación de la doble venta inmobiliaria, pero no es la seguida en la sentencia recurrida. Por el contrario, en ésta siguiendo a otras muchas anteriores, se entiende que el artículo 1.473.2 del Código Civil no resulta aplicable cuando la primera venta haya sido consumada, pues entonces ya no se trata de una doble venta, sino de una venta de cosa ajena, estando entonces este último supuesto excluido de su ámbito de aplicación.

Esta doctrina jurisprudencial se refería a la necesidad de que la primera venta no hubiera sido consumada por la entrega de la cosa por parte del vendedor al primer comprador. Sin embargo, tanto la sentencia recurrida como la de primera instancia distorsionan aún más si cabe tan discutible doctrina, al considerar que el caso planteado constituye un supuesto de doble venta y no de venta de cosa ajena por no haberse consumado el contrato con el primer comprador, pero considerando que no se consumó desde el punto de vista de las obligaciones del comprador. Así, la sentencia de primera instancia y la de apelación entienden que la primera venta no fue consumada porque la parte compradora no abonó la totalidad del precio pactado ni se subrogó en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble. Tremendo error el que se comete en las sentencias recurridas por entender que la primera compradora no adquirió la propiedad por falta de pago del precio.

Con acierto corrige el TS en esta fundamental sentencia de 7 de septiembre de 2007 semejante doctrina al señalar que «la falta de pago del resto del precio por la primera compradora no podía impedir que ésta adquiriera la propiedad de la finca, pues amén de haber comprado mediante escritura pública de la que no resultaba ni se deducía nada contrario a su equivalencia a la entrega de la cosa (art. 1462.2 CC), las propias peticiones de la demanda revelan que esa primera compradora estaba en poder y posesión de la finca litigiosa» (Fundamento de Derecho segundo).

Efectivamente, de más está decir que a los efectos de la transmisión de la propiedad solamente es preciso contrato y tradición, siendo irrelevante desde el punto de vista jurídico real la falta de pago del precio, «salvo que se haya pactado una reserva de dominio a favor del vendedor o bien se haya pactado una condición resolutoria, cuya respectiva constancia registral sí afectará al tercero del artículo 34 LH» (Fundamento de Derecho segundo). Tal circunstancia tiene consecuencias desde el punto de vista obligacional, a saber, podrá provocar la resolución del contrato a instancias del vendedor, resolución que sí tendrá impacto en la transmisión de la propiedad en la medida en que deja inoperante el título. Como acertadamente señala el TS, la primera compraventa, aun no habiendo cumplido la parte compradora sus obligaciones, es absolutamente válida mientras no se proceda a su resolución (Fundamento de Derecho segundo).

Aunque la sentencia recurrida plantea mal la doctrina que supedita la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil a la falta de consumación de la primera venta (ya que lo hace, como he dicho, teniendo en cuenta el cumplimiento de las obligaciones de la compradora y no la del vendedor de entregar la cosa), el TS aprovecha la ocasión para descartar esa doctrina que entiende que el artículo 1.473 del Código Civil no resulta aplicable cuando el vendedor ya ha entregado la cosa al primer comprador consumando la adquisición a favor de éste y generando un venta de cosa ajena con el segundo comprador.

Según la doctrina citada, que requiere la falta de consumación del primer contrato, la preferencia que dicho precepto establece para el segundo comprador que inscribe, sólo tiene lugar cuando adquiere *a domino*, de manera que

el primero no haya recibido ninguna forma de tradición ni real ni fingida, teniendo sólo un derecho de crédito frente al vendedor. En este caso, el segundo comprador adquiere de un dueño y en virtud de tradición (la instrumental del art. 1462.2.º CC) derivada de la escritura pública necesaria para acceder al Registro. Pues bien, para llegar a esta solución no es necesario el artículo 1.473 del Código Civil, sino que basta el artículo 609, ya que el segundo comprador adquiere en virtud de tradición procedente de un *dominus* y basada en un contrato válido. Por lo tanto, la tesis que excluye del ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil a la venta de cosa ajena, tal y como hacía la sentencia recurrida, lo hace por considerar que el artículo 1.473 del Código Civil fundamenta sus reglas de preferencia sobre la base de la teoría del título y el modo, es decir, el artículo 1.473 del Código Civil sería un *reflejo del sistema de transmisión de los derechos reales*, lo que excluye de su ámbito de aplicación las adquisiciones *a non domino*. El segundo comprador que inscribe es preferido por haber adquirido *a domino* y no porque, como se señala en la interpretación antes descrita, la inscripción se añada como requisito para adquirir la propiedad *erga omnes*.

Esta es la idea que subyace en la sentencia casada por el TS, idea que el Alto Tribunal pretende descartar definitivamente. Sólo con este planteamiento cabe entender que se excluya la venta de cosa ajena del ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil, norma que se reservaría para resolver un conflicto entre un comprador (el primero que no recibe la tradición por no haberse consumado la venta) y el adquirente (segundo comprador que adquiere *a domino* por ser dueño todavía el vendedor que no llegó a transmitir). Pues bien, esta interpretación deja vacío de contenido el artículo 1.473 del Código Civil, que no añadiría nada al sistema, pues en materia de bienes inmuebles, aunque nada dijera el precepto, el segundo comprador sería preferido por ser primero en la tradición (art. 609.2 CC).

La cuestión se plantea, asimismo, en materia de bienes muebles respecto de la interpretación que merece la expresión legal del artículo 1473.1.º: «*que primero haya tomado posesión de ella con buena fe*». Nuestro Código Civil no ha especificado qué tipo de posesión debe haber adquirido el *accipiens* para ser preferido por el artículo 1473.1.º, a diferencia del artículo 1.141 del Código Civil francés, que en este punto ha sido más explícito refiriéndose a la «posesión real». Como señala RUBIO GARRIDO: «si se entiende que quedan incluidos todos los modos de adquirir la posesión derivativamente, descritos en los artículos 1.462 y siguientes del Código Civil, la regla no sería, en sustancia más que una materialización *sub specie facti* del título y modo: será legalmente preferido el comprador que primero haya conseguido el *modus acquirendi*, es decir, la entrega con valor traditorio en cualquiera de sus formas. Por el contrario, si se estima que tan sólo abarca a los compradores *que hayan recibido a título derivativo la posesión inmediata, corporal o de hecho*, la regla no sería necesariamente una secuela de la teoría del título y el modo, ya que en no pocas ocasiones consagraría la preeminencia de un comprador, *luego que el otro había consumado ya su adquisición mediante la recepción de una traditio ficta*» (17).

En definitiva, el problema de fondo que subyace en la tesis que mantiene la sentencia recurrida es el de determinar si el artículo 1.473 forma parte del sistema transmisivo de los derechos reales, en el sentido de que completa al artículo 609 o si, por el contrario, se limita a dirimir un conflicto entre *ad-*

(17) RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág. 83.

quirentes, de manera que juega con independencia del mismo: si, en suma, no lo altera ni lo excepciona, sino que simplemente lo ignora, eligiendo al comprador que ha sido más diligente a la hora de hacer pública su adquisición. Sólo si se interpreta el artículo 1.473 como un reflejo de la teoría del título y el modo cabe hacer las afirmaciones que se contienen en la sentencia recurrida, en el sentido de excluir la aplicación de la norma cuando se ha consumado la adquisición del primer comprador. Se entiende que en ese caso es clara la adquisición del primer comprador primero en la tradición, y *no habría que dirimir ningún conflicto*. Por el contrario, si tal venta no se consumó, la propiedad corresponderá al que inscriba y que, además, dada la eficacia traditoria del instrumento público, será un adquirente *a domino*. Se excluye la venta de cosa ajena de la hipótesis regulada en el artículo 1.473 del Código Civil (18).

(18) El ponente de la sentencia de 7 de septiembre de 2007, don FRANCISCO MARÍN CASTÁN, en su trabajo, «Análisis crítico de la jurisprudencia sobre los artículos 34, 32 y 33 de la Ley Hipotecaria, y 1.473 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil (2005-2007): Análisis crítico, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 133, Madrid, 2008, pág. 67, analiza las posibles causas que justifican la orientación jurisprudencial que descarta la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil cuando se ha consumado la primera venta y la segunda lo es de cosa ajena. A su juicio, tal doctrina jurisprudencial es el resultado de la «preocupación por no desamparar del todo a quienes acuden a una promoción inmobiliaria, compran en documento privado, entregan importantes sumas de dinero a cuenta del precio total y, sin embargo, nunca llegan a adquirir el dominio de sus viviendas porque éstas han sido embargadas por deudas del promotor y las ha acabado adquiriendo un tercero de buena fe que inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad (...)». Probablemente la jurisprudencia forzó el sentido de los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria para defender el derecho de compradores de viviendas que no habían podido ser protegidos por otras vías (...). La necesidad de proteger a los compradores de viviendas en documento privado en las promociones inmobiliarias (abordada de manera insuficiente por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas para la construcción y venta de viviendas), debe ser solventado por el legislador, pero no por los Tribunales de Justicia que no pueden forzar las normas que vertebran el sistema patrimonial en aras a una protección —sin duda loable— de intereses concretos. Y ello porque el momento de transmisión jurídico-real no puede ser alterado en función de cuáles sean los intereses en conflicto. Cosa distinta es que sea preciso establecer un mecanismo que permita inscribir en el Registro de la Propiedad el derecho preferente de los compradores en documento privado, para evitar la injusticia que supone la imposibilidad de éstos de ejercitar una tercera de dominio para paralizar el embargo de las viviendas que todavía siguen perteneciendo a la vendedora. O incluso que bastara el derecho preferente del comprador en documento privado para evitar el embargo por los acreedores de la sociedad vendedora. Sobre esta problemática, vid. CARRASCO PERERA, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, pág. 687 y sigs., quien sostiene que para la prosperabilidad de la tercera a favor del comprador, frente a un acreedor que embarga bienes del vendedor, no es precisa la tradición o entrega de la cosa (pág. 696). Aunque el comprador en documento privado pudiera parar el embargo en esta hipótesis, lo que parece dudoso es que pueda hacer prevalecer su derecho si la venta judicial consuma una adquisición a favor de un tercero que inscribe su derecho. El adquirente en pública subasta adquiere *a domino* y no requeriría siquiera la protección ex artículo 1.473 del Código Civil. Como se puede apreciar, no comparto en absoluto la afirmación del último autor citado que sostiene que el artículo 609 del Código Civil «es una norma de más contenido doctrinario que práctico». El artículo 609 constituye una norma básica del sistema, la cual —obviamente— no puede aplicarse en función de los intereses concretos que se presenten en cada supuesto particular.

Pues bien, el TS descarta dicha interpretación: *la doble venta y la venta de cosa ajena no son conceptos excluyentes*. El artículo 1.473 del Código Civil no debe ser interpretado como un reflejo de la teoría del título y el modo. En ocasiones, la solución que cabe deducir de la aplicación de la norma coincide con la que resultaría de aplicar la teoría del título y el modo. Así, por ejemplo, cuando el primer comprador no recibe la posesión y el segundo inscribe. Sin embargo, cuando el primero recibió la posesión y se prefiere al segundo que inscribe, salvo que se violente flagrantemente el tenor literal de la norma, así como su espíritu y finalidad, necesariamente, se generará una adquisición *a non domino*, lo que resultará no sólo del artículo 1.473 del Código Civil, sino también de los artículos 32 y 34 LH. Y es que no cabe olvidar que si el doble vendedor es titular registral, el segundo comprador que inscribe reúne los requisitos del artículo 34 LH, y ello cualquiera que fuera la interpretación que quiera darse al artículo 1.473 del Código Civil (19).

Cosa distinta es que como consecuencia se quiera añadir la nulidad de la venta de cosa ajena, lo que excluiría la aplicación del artículo 34 LH, al insertar el supuesto en el artículo 33 LH. Una idea por completo equivocada, como meses antes se había ocupado de aclarar otra gran sentencia plenaria, la de 5 de marzo de 2007. Por el contrario, la coordinación del artículo 1.473 del Código Civil con las normas que establecen adquisiciones *a non domino* es, en definitiva, la tesis que mantiene el TS y que, a mi juicio, se fundamenta en la circunstancia de que la regulación de la doble venta no es un reflejo del sistema de transmisión de los derechos reales, tal y como expongo a continuación.

4. LA REGULACIÓN DE LA DOBLE VENTA NO CONSTITUYE UN REFLEJO DE LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO: LA DOBLE VENTA Y LA VENTA DE COSA AJENA

La interpretación del artículo 1.473 del Código Civil que el TS descarta en la sentencia de 7 de septiembre de 2007 vincula claramente la operatividad de las reglas en dicho precepto incluidas con la teoría del título y el modo. Si se entiende que el artículo 1.473 del Código Civil pretende determinar «quién adquiere», lo cual —dicho sea de paso— parece deducirse de su tenor literal, si el primer comprador recibió la posesión de la cosa del *dominus*, el segundo comprador que inscribe no puede ser preferido, pues el primero ya ha adquirido y la segunda venta ya es de cosa ajena. Esta es la tesis de la sentencia recurrida. Si a ello le unimos la idea —a mi juicio, equivocada— de que la venta de cosa ajena es nula (20), reconduciéndose el supuesto al artículo 33 LH, es claro que el principio de fe pública registral no podría aplicarse nunca a los casos de doble venta, lo que implica una restricción del ámbito de aplicación de dicho precepto absolutamente injustificada, tal y como se deduce con claridad de la sentencia de 5 de marzo de 2007.

Sin embargo, entiendo, como ya expuse hace años (21) —y así también parece admitirlo el TS en esta decidida toma de partido—, que la regulación de la

(19) GORDILLO CAÑAS, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2007», en *CCJC*, núm. 75, 2008, pág. 1441.

(20) Vid., mi trabajo, «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», en *Revista electrónica NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 2008. <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/document.php?id=572>

(21) CUENA CASAS, *Función del poder...*, cit., pág. 329 y sigs.

doble venta contenida en el artículo 1.473 del Código Civil no constituye una aplicación de la teoría del título y el modo (22) que excluya de su ámbito las adquisiciones *a non domino*. Esta forma de pensar nos lleva a que sólo sea preferido el segundo comprador que inscribe cuando el primer comprador nada ha recibido del vendedor y, si esto es así, el segundo comprador que inscribe, adquiere *a domino*, y el criterio de la inscripción nada le aportaría, pues ya sería preferido según el artículo 609 del Código Civil. Interpretar el artículo 1.473 del Código Civil en clave del sistema de transmisión excluyendo de su ámbito la venta de cosa ajena, supone dejar prácticamente vacío de contenido el artículo 1.473, ya que nada aportaría al sistema (23). Ha señalado GORDILLO CAÑAS, y son afirmaciones que comparto plenamente, que «doble venta y venta de cosa ajena son tópicos jurídicos que, como tales, mantienen siempre su identidad aunque a veces puedan venir a superponerse desde el punto de vista lógico o conceptual. La doble venta, en efecto, lleva a la venta de cosa ajena, aunque no toda venta de cosa ajena tenga que darse en el caso de la doble venta. Pero cuando la venta de cosa ajena se produce por efecto de la doble venta, su tratamiento es el correspondiente a esta específica hipótesis (...)» (24). Efectivamente, una venta de cosa ajena puede proceder de una doble venta en la que el primer comprador adquirió la propiedad y la solución que deba darse a esta venta de cosa ajena no tiene que diferir de la que se produce cuando alguien compra de un vendedor que nunca lo fue. La patología en ambas hipótesis: la falta de poder de disposición del *tradens* y, por lo tanto, la solución debe centrarse en la aplicación de las normas que regulan las adquisiciones *a non domino*, normas que no tienen que excluirse cuando la hipótesis procede del artículo 1.473 del Código Civil (25).

En definitiva, el artículo 1.473 del Código Civil se limita a dirimir un conflicto entre *adquirentes*, de manera que juega con independencia del sistema de transmisión de la propiedad, el cual no es alterado ni excepcionado, sino que simplemente se ignora en una hipótesis especial, eligiendo al comprador que ha sido más diligente a la hora de *hacer pública* su adquisición (26). El tenor literal del precepto ya pone de relieve que los criterios de preferencia en materia de doble venta no guardan correlación alguna con el sistema de transmisión de los derechos reales contemplado en el artículo 609 del Código Civil.

En materia de *bienes muebles*, el artículo 1.473 del Código Civil establece como criterio la posesión de buena fe; dado que nuestro sistema exige la tradición para la transmisión de los derechos reales, aparentemente el criterio utilizado coincide con el sistema transmisivo. Sin embargo, esta coincidencia no resulta tan clara, ya que la preferencia se otorga al que obtuvo la posesión con buena fe. No parece que se atienda al sistema de transmisión del artículo

(22) Así lo puso de manifiesto CARRASCO PERERA, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, pág. 695.

(23) En este sentido, RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág. 83.

(24) GORDILLO, *loc. ult. cit.*, pág. 1441.

(25) En este sentido, VELA SÁNCHEZ, *La fe pública registral en las ventas...*, cit., pág. 83.

(26) MARÍN CASTÁN, «Análisis crítico de la jurisprudencia sobre los artículos 34, 32 y 33 de la Ley Hipotecaria, y 1.473 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil (2005-2007): Análisis crítico, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 133, Madrid, 2008.

lo 609, pues, en ese caso, en principio, bastaría la transmisión de la posesión. Y por otra parte, se habla de *posesión* y no, como en el artículo 609 del Código Civil, de *tradición*. El criterio de preferencia tan sólo coincide con una forma de tradición, la real del artículo 1462.1.º del Código Civil. Por tanto, ni siquiera en materia de bienes muebles es patente la correlación entre el artículo 1.473 y el 609 del Código Civil (27).

Más palmaria es la falta de correlación del artículo 1473.2.º del Código Civil respecto del sistema transmisivo en bienes inmuebles: el precepto establece como criterio de preferencia la inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que ha llevado a algún autor a ver en este precepto la sustitución de la tradición por la inscripción para la transmisión *erga omnes* de la propiedad y demás derechos reales (28).

El problema de si la regulación de la doble venta constituye o no un reflejo del sistema de transmisión de los derechos reales se planteó también en Francia con respecto a los bienes muebles, ya que en virtud de lo que dispone el artículo 1.141 del *Code*, equivalente a nuestro artículo 1473.1.º, parecía haberse resucitado la tradición en el sistema de transmisión francés, excepcionándose el sistema de transmisión consensual. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha rechazado semejante interpretación del artículo 1.141. Así, sostiene LAURENT que «dicho precepto no está contemplando un supuesto general. Si la finalidad del precepto hubiera sido determinar cuándo se transmite la propiedad respecto de terceros, el legislador habría dicho simplemente que la propiedad de las cosas muebles no se adquiere frente a terceros más que por la tradición; el artículo 1.141 no dice eso, ni se ocupa de un principio, éste está ya formulado en el artículo 1.138: la propiedad de los bienes muebles se transmite tanto respecto a terceros como entre partes, por efecto del contrato, aunque la tradición no haya sido hecha. La cuestión que dilucida el artículo 1.141 es la de quién adquiere cuando una cosa mueble ha sido vendida sucesivamente a dos personas y ha sido entregada a uno de los compradores. Y decide en favor del poseedor de buena fe. El artículo 1.141 resuelve una dificultad especial, su efecto ha de ser limitado al caso contemplado en él y no convertirlo en principio general» (29).

Y es que resulta cuando menos llamativo que si el artículo 1.473 del Código Civil debe resolverse en coherencia con el sistema de transmisión (y, por lo tanto, excluyendo de su ámbito de aplicación los casos en que la primera venta haya sido consumada, quedando entonces fuera de su ámbito la venta de cosa ajena), tal norma encuentre idéntico reflejo en otros ordenamientos como el italiano (art. 1.155) y el francés (art. 1.141), que se rigen por el sistema de transmisión consensual y, en los que, por lo tanto, cuando la primera venta se ha celebrado, ya se ha transmitido la propiedad. Una de dos, o realmente la norma reguladora de la doble venta terminaba con el sistema de transmisión *solo consensu* instaurando *de facto* la tradición y la transcripción o, como reconoce la mejor doctrina gala e italiana, la regulación de la doble venta contempla una

(27) Así también, PAU PEDRÓN, «Doble venta de inmuebles y publicidad registral», en *La publicidad registral*, Madrid, 2001, pág. 577.

(28) Entre otros, J. M. MIQUEL, *El Registro...*, cit., pág. 55, o GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pág. 589.

(29) LAURENT, *Principes de Droit Civil*, t. XVI, París, 1893, pág. 429, núm. 363. En el mismo sentido, DE LA MORANDIÈRE, *Précis de Droit Civil*, t. II, París, 1964, núm. 242, o PLANIOL Y RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil français*, t. III, París, 1926, núm. 2898.

hipótesis especial que brinda una solución al margen de la que se habría logrado aplicando el sistema de transmisión de los derechos reales (30).

Semejantes argumentos cabría aducir también con respecto al artículo 1473.2.º, en lo que se refiere a las relaciones entre tradición e inscripción. El artículo 1.473 del Código Civil está resolviendo un conflicto de venta múltiple; un conflicto para cuya resolución nuestro legislador no ha estimado suficientes las normas generales del sistema de transmisión y ha introducido un criterio adicional: el de la publicidad. Con independencia de quién haya adquirido de acuerdo con las normas generales del sistema, será preferido el *adquirente* que de *buena fe* haya hecho patente respecto de los terceros su adquisición. En este sentido, no se habla de tradición sino de *posesión de buena fe* de los bienes muebles y de *inscripción* respecto a los bienes inmuebles. Ello no quiere decir que se haya alterado el sistema de transmisión. El artículo 1.473 del Código Civil decide una dificultad *especial*, y por ello debe ser limitado al caso para el que está previsto, sin convertirlo en un principio general.

En la actualidad, y así lo mantiene el TS, el artículo 1.473 debe ser puesto en conexión con las normas que establecen supuestos de adquisición *a non domino* ya que, conforme el criterio clásico de entender este precepto en conexión con el artículo 609, aparecen supuestos de conflicto con dichas normas. Así, si se entiende que el artículo 1.473 del Código Civil constituye una aplicación del sistema transmisivo, cuando el primer comprador de un bien mueble que recibe la cosa por tradición fingida resulta preferido al segundo comprador que recibe de buena fe la posesión real del bien, se plantea el conflicto entre el artículo 1.473 y el artículo 464 del Código Civil (interpretado desde la tesis germanista). En este sentido, se ha dicho que «una solución siempre acorde al *iter* transmisivo normal llevaría a consecuencias inadmisibles, tales como proteger, frente a quien actuó de buena fe y con la debida diligencia, al propietario negligente que, descuidando la publicidad de su adquisición, y permitiendo la prolongación de una falsa apariencia de titularidad en el vendedor ha hecho posible una posterior venta de éste. Tal solución supondría un atentado contra la seguridad del tráfico y entraría además en colisión directa con lo establecido en los artículos 464 del Código Civil y 32 y 34 LH» (31).

A mi juicio, el criterio de preferencia del artículo 1473.1.º del Código Civil, en materia de bienes muebles, es el de la posesión *real* y ello no quiere decir que exista una gradación entre las clases de tradición que establece el Código Civil, sino que una cosa es la posesión y otra la tradición (32). Como ya he señalado, la tradición instrumental tiene valor traditorio-dispositivo, siempre y cuando el *tradens* sea dueño con poder de disposición, mas no puede proporcionar la posesión cuando el *tradens* no la tiene (art. 460.4.º CC). Así, cuando el doble vendedor entrega la cosa por alguna de las formas ficticias que regula nuestro Código Civil, hay tradición del artículo 609 del Código Civil e incluso puede proporcionar una posesión mediata, pero no la posesión de

(30) Puede verse de nuevo, sobre el tratamiento jurídico que la doctrina francesa e italiana dan a la doble venta, CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pág. 349 y sigs.

(31) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 105.

(32) Así, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1982, pág. 180; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, III, Propiedad y posesión*, vol. 1.º, Barcelona, 1990, pág. 256; GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 254, o GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, cit., pág. 191.

hecho que genera la apariencia que el artículo 1.473 requiere para proteger al comprador. Cuando un comprador ha recibido la tradición fingida del *dominus*, ha adquirido la propiedad en virtud de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil, pero ello no hace inaplicable el artículo 1.473 del Código Civil. Y ello porque, a pesar de haber adquirido dicho comprador en virtud del artículo 609, el Código prefiere a quien, aun adquiriendo de un *non dominus* (o *ex dominus* por haber transmitido previamente la cosa a otro comprador) hace patente su adquisición. El artículo 1.473 no favorece con una protección especial a quien es primero en la tradición (pues eso ya lo establece el art. 609 CC), sino a quien, con independencia de haber adquirido o no conforme al sistema general, hace pública *de hecho* su adquisición. Por ello, en ocasiones, será preferido quien efectivamente adquirió primero (adquirente *a domino*), pero otras veces puede ser preferido un adquirente *a non domino*.

En este sentido manifiesta LACRUZ BERDEJO: «el artículo 1.473 no es, en su planteamiento, necesariamente de adquisición *a non domino*, porque cuando la ley atribuye la propiedad a un primer adquirente, en perjuicio del segundo, la adquisición del primero es *a domino*. El propio artículo no tiene una misión de protección incondicionada del adquirente de buena fe, sino que, en principio, su cometido es otro, a saber, el de dar un criterio para elegir quién, de entre varios compradores, va a recibir la propiedad. Mas cuando la elección recae sobre el segundo, en perjuicio de otro anterior que era ya dueño, la adquisición del protegido por el artículo 1.473 es *a non domino*» (33). Por ello, coincido con él en no negar la virtualidad transmisiva de la tradición fingida realizada al primer comprador (razón por la cual estimo que la segunda venta la realiza un *non dominus*), pero creo igualmente que dicha tradición fingida no crea la apariencia jurídica *erga omnes* que el artículo 1473.1.º exige para atribuir la adquisición *definitiva* (34).

Pues bien, creo que la interpretación del artículo 1.473 sobre la base de que resuelve una dificultad especial al margen del resultado al que se habría llegado de aplicar el sistema de transmisión de los derechos reales, atendiendo a criterios de publicidad, otorga el mismo fundamento a los dos párrafos del artículo 1.473 del Código Civil, ya se trate de bienes muebles o de inmuebles. En ambos supuestos, y al margen de quién hubiera recibido la tradición y si se hubiera o no consumado el contrato, se prefiere a quien hizo pública la adquisición, bien por la posesión material en los bienes muebles o bien por la inscripción en los bienes inmuebles.

Es por ello por lo que no cabe delimitar el supuesto de hecho del artículo 1.473 por cortes temporales, es decir, resultando aplicable tal precepto en el lapso de tiempo que media entre la perfección del contrato y su consumación, de manera que las ventas sucesivas deben haberse perfeccionado antes de la consumación de la primera. El artículo 1.473 no determina quién *ha adquirido* sino quién es *preferido* aunque algún comprador haya consumado la adquisición por aplicación general del sistema establecido en el artículo 609 del Código Civil (35). Y el criterio de preferencia tanto en materia de bienes

(33) LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 1.º, cit., pág. 255.

(34) Vid. GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pág. 407, o FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, cit., pág. 105.

(35) En el mismo sentido, RUBIO GARRIDO, cit., pág. 51; también MARTÍNEZ SANCHIZ, «El *ius disponendi* y la doble venta de inmuebles», en *La Notaría, Boletín Informativo del Colegio de Notarios*, Barcelona, 1981, pág. 105.

muebles como inmuebles es el de la apariencia. Con independencia de quién haya adquirido, se prefiere al que haya hecho pública su adquisición, bien por la posesión, bien por la inscripción (36). «La norma en estudio —insiste GORDILLO CAÑAS— no pretende hacer aplicación del mecanismo normal de la adquisición derivativa, sino adjuntar a éste el complemento exigido por lo que hoy llamamos seguridad del tráfico» (37). Ésta prevalece aunque sea a costa de

(36) Ya expuse *in extenso* esta idea en *Función del poder...*, pág. 343. En el mismo sentido, VELA SÁNCHEZ, cit., pág. 85.

(37) GORDILLO, *La inscripción...*, cit., pág. 186. En el mismo sentido, CASTILLO MARTÍNEZ, «El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 7080, quien desvincula la correcta exégesis del artículo 1.473 del Código Civil de la aplicación de los esquemas propios de la teoría del título y el modo. No obstante, a juicio de la autora citada, el artículo 1.473 no genera en su aplicación una adquisición *a non domino*, sino que excepciona el sistema de transmisión derivativa de los derechos reales (art. 609 CC) cuando se trata de un supuesto de venta múltiple. Basándose la autora citada en el tenor literal del artículo 1.473 del Código Civil, que señala que la «propiedad pertenecerá», mantiene que el artículo 1.473 no establece quién será preferido, sino quién adquiere y lo hace al margen de la teoría del título y el modo: «el primero de los pretendidos adquirentes que reúna título y modo de adquirir, por ejemplo, aquel que poseyó, no llega por tal razón a convertirse en propietario del inmueble, pues de otro modo, tras la segunda transmisión, se plantearía un supuesto de adquisición *a non domino* consecuencia necesaria de la calificación del caso como venta de cosa ajena, según defienden numerosas resoluciones ya indicadas (...). Al hablar de adquisición *a non domino* en el ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil se está dando por supuesto que el primer comprador que poseyó se ha convertido en propietario y que el segundo comprador, por haber inscrito su título en el Registro, adquiere *a non domino* del vendedor que en el momento de transmitir al segundo comprador había dejado de ser propietario como consecuencia de la primera venta. Es muy dudoso que esta explicación responda a la finalidad o razón de ser que determina en su origen la redacción del artículo 1.473 del Código Civil». No comparto la opinión de la autora citada que resuelve el problema de la doble venta al margen del sistema de transmisión y al margen de toda la disciplina reguladora del Registro de la Propiedad. Afirmar que el primer comprador no adquirió aunque lo hizo de un dueño en virtud de un contrato válido y tradición, y que el segundo comprador que inscribe lo hace *a domino*, implica alterar el sistema de transmisión de la propiedad, de manera que se prolonga el iter adquisitivo a la inscripción sólo para un supuesto especial, al margen del sistema general de transmisión de los derechos reales y al margen del sistema registral que configura la inscripción como meramente declarativa. Esta postura tiene, a mi juicio, un efecto destructivo sobre el sistema. Cabría plantearse acerca de las consecuencias de dicha postura, puesto que si el segundo comprador que inscribe adquiere *a domino*, no necesita cumplir los requisitos del artículo 34 LH y dado que el artículo 1.473 del Código Civil no requiere «literalmente» la buena fe, ni adquirir de titular registral, podría suceder que un inmatriculante de mala fe sería preferido a quien compró primero cumpliendo los requisitos de título y modo. Más adecuado me parece tratar de dar una explicación coherente al artículo 1.473 del Código Civil insertándolo en el sistema de transmisión de los derechos reales y en el sistema registral. El primer adquirente que recibe la posesión e inscribe, adquiere la propiedad, pues el sistema de transmisión de los derechos reales no ha sido excepcionado. Y por ello el segundo comprador que inscribe lo hace *a non domino*, resultando su protección de la mano del artículo 1.473 del Código Civil, del artículo 34 LH o, en su caso, del artículo 32 LH cuando el que inscribe lo hace por primera vez procediendo a la inmatriculación de la finca. A pesar del tenor literal del artículo 1.473 del Código Civil, creo que tal precepto señala, al margen de quién haya adquirido con arreglo al sistema general, quien es *preferido*. Vid., más extensamente, CUENA CASAS, *Función del poder de disposición*, cit., pág. 329 y sigs.

generar una adquisición *a non domino*, lo cual puede suceder cuando la primera venta ha sido consumada. Y ello no porque la primera adquisición sea ineficaz o inoponible. Fue eficaz, el primer comprador adquirió y por eso el segundo lo hace *a non domino*. De ahí que la doble venta no sea incompatible con la venta de cosa ajena.

El TS claramente adopta esta idea en la decisiva sentencia de 7 de septiembre de 2007, señalando que el artículo 1.473 del Código Civil resulta aplicable aunque se haya consumado la primera venta, y debiendo concordarse dicho precepto con los artículos 32 y 34 LH. Es la doctrina que unifica el TS en esta sentencia y lo que hace que, tanto partidarios como detractores, tengan un criterio al que atenerse cuando en el futuro se hable de la jurisprudencia al respecto.

5. EL REQUISITO DE LA BUENA FE

En el caso que enjuicia la sentencia, después de admitir el TS que el supuesto objeto de la litis sí constituye un caso de doble venta y que no es obstáculo a ello el que se haya consumado la primera venta, al analizar la posición jurídica del segundo comprador que inscribe, se concluye que éste no merece la protección que le brinda el artículo 34 LH por carecer de buena fe. Coincide en este punto con la sentencia de primera instancia que, efectivamente, estimó que la sociedad que fue segunda compradora carecía de buena fe dado que la finca litigiosa estaba siendo poseída por la primera compradora y «debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca *in situ*».

La sentencia conceptúa la buena fe que se exige en el artículo 34 LH como la «creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si quiere con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa» (Fundamento de Derecho tercero). Tal concepto viene a coincidir con el artículo 1.950 del Código Civil, ubicado en sede de usucapión ordinaria. La buena fe supone, pues, un desconocimiento de la falta de poder de disposición del transmitente, defecto que viene a subsanar precisamente el artículo 34 LH (38). Engloba el TS en un único concepto las dos vertientes positiva y negativa de la buena fe: la creencia de que el Registro es exacto o la ignorancia de que es inexacto.

Obsérvese que este concepto de buena fe que preconiza el TS y que viene a coincidir con el mantenido por la jurisprudencia anterior [SSTS de 5 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9046), 25 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996/8559), 25 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/7623), 8 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/3975), 17 de febrero de 2004 (*RJ* 2004/1133), 11 de octubre de 2006 (*RJ* 2006/6693)], se justifica por la admisión previa de la doble venta y la venta de cosa ajena en el marco del artículo 1.473 del Código Civil y su conexión con el artículo 34 LH. Si se mantuviera la idea que postula la sentencia recurrida de que el artículo 1.473 del Código Civil no es aplicable cuando la primera venta ha sido ya consumada, la buena fe no podría consistir en la falta de poder de disposición del transmitente, sino en el desconocimiento de la primera venta, de manera que el segundo comprador que adquiere *a domino*, no consuma su adquisición si conoce la

(38) GORDILLO, «El principio de fe pública registral», en *ADC*, abril-junio de 2006, pág. 582.

primera venta (tesis mantenida, como ya he dicho, por PAU PEDRÓN) (39). La sentencia recurrida incurrió en una importante contradicción, pues considerando aplicable la doble venta por entender que no hubo consumación (si bien lo entiende por falta de pago del precio) y no venta de cosa ajena, considera aplicable el artículo 34 LH a favor de la segunda compradora, lo cual es un contrasentido, pues si la primera compradora no adquirió, el segundo comprador no debía ampararse en el artículo 34 LH, pues adquiriría *a domino* y la buena fe exigible no podían entonces consistir en ignorar que el *tradens* no era dueño.

Pues bien, el TS entiende que es aplicable el artículo 1.473 en conexión con el artículo 34 LH, que la segunda venta lo es de cosa ajena y que el segundo comprador no debe de ser protegido porque carece de la buena fe exigida en el artículo 34 LH, que consiste en el desconocimiento acerca del poder de disposición del transmitente. Posición, pues, absolutamente coherente, ya que el concepto de buena fe en esta sede está estrechamente vinculado con la inteligencia que se profese del ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil. Es así que este precepto es también aplicable a la venta de cosa ajena cuando la primera se ha consumado, y que ha de interpretarse en conexión con el artículo 34 LH, la buena fe no es el simple desconocimiento de una venta no consumada, sino de la falta de poder de disposición del *tradens*.

Con todo, la afirmación más llamativa que hace el TS a este respecto es la negación de la buena fe de la sociedad que compra en segundo lugar por conocer que la finca vendida estaba siendo poseída a título de dueño por la primera compradora. El TS deduce de los hechos probados que la segunda compradora conocía la existencia de la posesión de la finca litigiosa por la primera compradora, lo que se demuestra entre otras razones por el hecho de que en la demanda interpuesta por la segunda compradora en la que ejercita una acción reivindicatoria, se solicitó que «se procediera al desalojo de la finca que ocupa ilegalmente». Pero además, estima el TS, que siendo tan pública la posesión de la finca por la primera compradora, «si fuera cierto que la demandante, segunda compradora, desconocía que la mayor parte de la finca había sido comprada varios años antes por otra persona al mismo vendedor y esa otra persona venía poseyendo lo que había comprado, sólo a su notoria negligencia podría deberse tal desconocimiento, y por eso la inscripción registral no debe decidir a su favor el conflicto sobre la propiedad de la finca litigiosa, al faltar la buena fe exigida tanto por la letra del artículo 34 LH como por la jurisprudencia que interpreta el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código Civil» (Fundamento de Derecho tercero).

Por lo tanto, aunque el primer comprador no haya inscrito en el Registro su adquisición, ello no significa necesariamente que el segundo comprador que inscribe tenga buena fe, pues puede haber conocido la existencia de la primera adquisición por medios ajenos al Registro de la Propiedad y, a estos efectos no cabe olvidar que la posesión sigue siendo una forma de publicidad. No basta con acudir al Registro para verificar la titularidad de la finca, sino que es preciso, llegado el caso, acudir a la finca y verificar el estado posesorio de la misma. Si tal posesión es pública, su desconocimiento por parte del segundo comprador se califica de actuación negligente.

Parece que el TS en este punto se adscribe a la tesis mantenida por algunos autores respecto de la buena fe registral, según la cual no basta que el titular registral desconozca la inexactitud del Registro respecto del poder de

(39) PAU PEDRÓN, *Doble venta de inmuebles...*, cit., pág. 575.

disposición de transmitente, sino que le es exigible un grado mínimo de diligencia en la formación de su buena fe (concepción ética). Esta exigencia de diligencia previa se evidencia en el artículo 36 LH, regulador de la usucapión *contra tabulas*, una norma en la que tiene relevancia el que el titular registral conociera «o *tuviera medios racionales y motivos suficientes* para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente» (40). Con claridad se ha dicho que «una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible» (41).

Sin embargo, no faltan autores que niegan que al tercero hipotecario se le puedan exigir, con carácter general, obligaciones derivadas de una especial diligencia, tales como visitar necesariamente el inmueble antes de adquirirlo a fin de conocer su estado posesorio. En este sentido, se ha señalado que «el funcionamiento de la institución registral, como moderna institución de seguridad jurídica, parece relegar de la exigencia de este tipo de obligaciones» (42) y que «la diligencia está cumplida con acudir únicamente al Registro para indagar el estado jurídico de la finca» (43). Esto es tanto como afirmar que si el tercero conoce la carga no inscrita, tiene buena fe por haber comprobado que la misma no está inscrita. Con esta concepción, el Registro de la Propiedad se convierte en un instrumento que puede amparar actuaciones fraudulentas.

Prefiere el TS, y a mi juicio con acierto, tener en cuenta el conocimiento extrarregistral de las situaciones inmobiliarias inscribibles no inscritas. Se aparta así de una concepción rígida de la institución registral por virtud de la cual lo no inscrito no perjudicaría al tercero que adquiere amparado por lo que dice el Registro aunque verdaderamente conociera una realidad extrarregistral que, como en el caso que contempla la sentencia, viene evidenciada por el hecho posesorio. Tal concepción de la buena fe basada en la simple ignorancia, y que prescinde de la diligencia exigible al tercero que se limita a la consulta del Registro, conduce de facto a un sistema de inscripción constitutiva, pues evidencia la irrelevancia del conocimiento extrarregistral de situaciones jurídico-reales que con esta concepción carecerían de eficacia *erga omnes* (44). En nuestro sistema, lo no inscrito perjudica a tercero si lo conocía y no basta para tener esta ignorancia el que no esté inscrito, sino que es preciso que el tercero haya actuado con una mínima diligencia que no se agota con la consulta del Registro, sino que se extiende a la comprobación física de la finca.

Cosa distinta es si la posesión de la cosa por persona distinta del titular registral constituye un dato suficiente como para enervar la presunción de buena fe consagrada en el artículo 34.2 LH. A juicio de VALLET DE GOYTISOLO: «el artículo 448 del Código Civil sienta una presunción de dominio a favor del poseedor en concepto de dueño, que, con efecto negativo, puede neutralizar la presunción legitimadora a favor del titular inscrito del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

(40) LACRUZ-SANCHO, *Elementos...*, III.bis, cit., 1984, pág. 185. Así también, VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre derecho de cosas*, t. I, Madrid, 1973, pág. 439.

(41) GORDILLO CAÑAS, *El principio...*, cit., 2006, pág. 588.

(42) JEREZ DELGADO, *Tradicón y Registro*, Madrid, 2004, pág. 69. Niega también que se requiera tal diligencia al titular registral, bastando que ignore la inexactitud registral; PAU PEDRÓN, «La teoría de los principios hipotecarios», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1977, pág. 66.

(43) SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1947, pág. 459.

(44) En este sentido, GORDILLO CAÑAS, *op. últ. cit.*, pág. 590.

Esta presunción del artículo 448 del Código Civil tiene la publicidad que le da la ley. Su ignorancia no se excusa. Por eso, no puede ser catalogada como diligencia normal la del adquirente que no se preocupa de examinar la situación posesoria de la finca que va a adquirir» (45). A pesar de la institución registral, la posesión entiendo que sigue siendo una forma de publicidad. Lo decisivo no es tanto la posesión, que puede obedecer a múltiples relaciones jurídicas, sino la publicidad del concepto posesorio.

La jurisprudencia del TS no es uniforme en este punto. Hay sentencias que dan relevancia a la posesión en concepto de dueño por persona distinta del titular registral, como son las de 14 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/822), 8 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/3975), 9 de mayo de 2003 (*RJ* 2003/3892) 7 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004/7872) o 18 de febrero de 2005 (*RJ* 2005/1683). Se señala en esta última sentencia que «la buena fe del artículo 34 LH comprende no sólo el desconocimiento de la inexactitud registral, sino también que no haya podido conocerse la situación real desplegando una mínima diligencia, sin que sea preciso desarrollar una especial labor investigadora, ni tabular ni extratabular» (Fundamento de Derecho séptimo). Por el contrario, niegan que tal conocimiento posesorio genere mala fe en el tercero las sentencias de 23 de enero de 1989 (*RJ* 1989/19) y 19 de octubre de 1998 (*RJ* 1998/8072).

La posesión es un indicio extrarregistral de la inexactitud del Registro y como tal debe ser tenida en cuenta. Es exigible de acuerdo con un nivel mínimo de diligencia el que el tercero acuda a comprobar el estado físico de la finca. La propia Ley Hipotecaria parece partir de esta premisa al considerar que no son inscribibles las servidumbres aparentes, que, en expresión ya clásica y sumamente gráfica, no necesitan una publicidad especial para que *hieran los sentidos*. Una vez comprobado tal deber, ni siquiera es necesario un nuevo paso adelante para tener que admitir la relevancia de la posesión en concepto de dueño como dato que, al manifestar una situación inmobiliaria contraria a la que el Registro publica, tendrá que alertar a quien pretende suceder en ella al titular inscrito (46). El Registro de la Propiedad es un instrumento poderoso de prueba de la titularidad de los bienes, necesario sin duda para la seguridad del tráfico jurídico, pero una concepción rígida del mismo no puede llevar a prescindir de otros medios de prueba que sean suficientes para destruir tal presunción de titularidad. La posesión en concepto de dueño sigue siendo una forma de publicidad que no cabe desdeñar de cara a la diligencia mínima para la buena fe del titular registral.

Este es, en definitiva, el criterio que sustenta la fundamental sentencia de 7 de septiembre de 2007, que deduce la mala fe, por parte de la sociedad que compró en segundo lugar, del probado conocimiento de la posesión en concepto de dueño de la primera compradora, de la celeridad con la que la segunda compradora procedió a la inscripción y se apresuró a demandar a la primera compradora, del hecho de que la finca litigiosa se encontraba segregada por un cierre metálico, formando una sola finca perfectamente diferenciada del resto de las fincas anejas, cierre que era un signo de posesión elocuente. Todos estos datos evidencian la mala fe del segundo comprador. Como en el resto de consideraciones que se hacen, hay que aplaudir la doctrina sentada en esta sentencia.

(45) VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre derecho de cosas*, cit., pág. 443.

(46) GORDILLO CAÑAS, *El principio...*, cit., 2006, pág. 611.

6. LOS EFECTOS DE LA DOCTRINA PLENARIA SOBRE LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR

Interesa de manera muy especial conocer si la doctrina jurisprudencial se ha consolidado. Desde luego, hay que partir de que la sentencia de 7 de septiembre de 2007, en lo que tiene de unificación de criterios por su carácter plenario, debe ser complementada con la de 5 de marzo del mismo año, una sentencia también plenaria, la redacción de cuya ponencia recayó igualmente sobre el Excmo. Señor don Francisco MARÍN CASTÁN.

En este caso, el hecho litigioso es el de una primera transmisión llevada a cabo por titular registral en virtud de una dación en pago celebrada en 1994, y una segunda que era consecuencia de un embargo trabado sobre la finca en cuestión. Sucedió que la escritura de la mencionada dación en pago fue presentada en el Registro de la Propiedad para su inscripción, pero ésta fue denegada por la concurrencia de defectos subsanables. Con posterioridad, y como consecuencia de un expediente administrativo de apremio, la Agencia Tributaria vendió la finca en representación del deudor en 1997, quedando debidamente inscrita la venta en favor de ese segundo comprador pocos meses después. Cuando el primer adquirente, una vez subsanados los defectos de su título, volvió a intentar la inscripción, la misma fue denegada por la previa inscripción a favor del segundo adquirente, adjudicatario en la venta judicial.

Y como era de esperar, el primer comprador solicitó la nulidad de la segunda venta, una pretensión que no encontró éxito en primera instancia, pues el Juzgado declaró que la adquisición del segundo comprador se encontraba amparada por el artículo 34 LH. Sin embargo, interpuesto recurso de apelación, la Audiencia prefirió decir que la segunda venta era nula por inexistencia de objeto, con lo cual no resultaba de aplicación el artículo 34 sino el 33: el comprador no gozaba de la protección dispensada al tercer hipotecario por ser él mismo parte en el negocio nulo, no pudiendo entonces pretender que los vicios de su título quedaran purificados por la inscripción.

La magnífica y muy celebrada sentencia de 5 de marzo de 2007, que por fortuna casó la sentencia recurrida, sentó importantísimas bases para una decidida toma de posición acerca de cómo debe entenderse el principio de fe pública registral. Por lo pronto, declara válida la venta de cosa ajena. Y como corolario, no existe razón para negar la misma validez al embargo de finca que ya no pertenece al deudor embargado por haberla vendido con anterioridad y que, sin que el comprador haya inscrito su título, es adjudicada como consecuencia del embargo a un nuevo comprador de buena fe. «La doctrina sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que procede dejar sentada, comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino*, precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente». «(...) si se produce una venta, que no se inscribe en el Registro de la Propiedad y más tarde, por el titular registral que ya no es propietario, una segunda transmisión (por venta o embargo) que si se

inscribe —venta de cosa ajena— se da lugar a una adquisición *a non domino* por este segundo comprador y una pérdida de la propiedad por el primero».

Aspectos pues medulares de nuestro Derecho patrimonial que quedan por fin aclarados con estas dos sentencias de unificación de doctrina de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007. No sorprende que don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores, señalase con respecto a las mismas que cuando «fueron recibidas y leídas en esta casa de los registradores, hicieron crujir de satisfacción sus cimientos, sus muros y su cubierta. Al fin el Tribunal Supremo español pronuncia la palabra definitiva, señora y esperada sobre los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código Civil, que, en definitiva, son la razón de ser del trabajo de miles de registradores que se han sucedido en nuestro Cuerpo desde su aparición en 1861 hasta nuestros días» (47).

Pero una vez expuesto el alcance de la doctrina sentada en estas importantes sentencias de unificación, procede plantearse si efectivamente han cumplido su objetivo de sentar un criterio sólido respecto de las materias afectadas, en definitiva, si se está respetando en sentencias posteriores.

El Tribunal Supremo volvió sobre el particular en la sentencia de 5 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/5502). Se trató también de un caso de doble venta de un piso en el que la primera compradora había instalado en él su domicilio familiar, pero no procedió a inscribir su escritura de compraventa. Cuando la Tesorería General de la Seguridad Social inició expediente de apremio contra el que fuera vendedor, trabó embargo sobre el piso que ya había sido vendido, pero del que aquél continuaba siendo su titular registral. Celebrada la subasta pública, el piso fue adjudicado a un segundo comprador que procedió a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Los herederos y herencia yacente de la vendedora ejercitaron una acción declarativa de dominio y de nulidad de la segunda venta resultado del embargo instado por la Tesorería General de la Seguridad Social, siendo desestimatoria la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Esta fue revocada por la Audiencia Provincial, que compartía la, a mi juicio, muy equivocada tesis de que quien vende careciendo de poder de disposición sobre el objeto celebra una venta «inexistente frente al verdadero dueño del mismo». Con base en semejante argumentación, la Audiencia Provincial afirmaba el dominio a favor de los herederos de la primera compradora y declaraba nula la segunda venta judicial, ordenando la cancelación de su inscripción registral, pues si el contrato era nulo, ese segundo comprador que inscribió no estaba protegido por el artículo 34 LH, sino que el supuesto era subsumible en el artículo 33 LH (48). El Tribunal Supremo revocó la sentencia recurrida, declaró que en ningún caso la venta de cosa ajena se puede tildar de inexistente por falta de objeto («el objeto que existe es el piso»), insistió en que «la falta de poder de disposición puede dar lugar a la adquisición *a non domino* en virtud del artículo 464 del Código Civil y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria», y concluye apoyándose en la sentencia de 5 de marzo de 2007 para declarar que el dominio habría de corresponder al segundo comprador.

(47) Discurso pronunciado por don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores, en la presentación del libro «Comentarios a las sentencias de Unificación de doctrina», dirigido por el profesor YZQUIERDO TOLSADA.

(48) Sobre el alcance del artículo 33 LH y su relación con el principio de fe pública registral, vid. CUENA CASAS, *Función del poder de disposición...*, cit., pág. 315 y sigs.

Hay que hacer notar que en esta sentencia de 5 de mayo de 2008, tratándose de un caso de doble venta, el Tribunal Supremo lo resuelve con base en la aplicación del principio de fe pública registral —a mi juicio correctamente—, pero no vincula el artículo 1.473 del Código Civil con tal principio. Es más, parece excluir el supuesto objeto de la litis del ámbito del artículo 1.473 del Código Civil, entendiendo que se trata de un caso de venta de cosa ajena, pero no de doble venta. Así, se señala en el Fundamento de Derecho segundo en el cual se separan ambas figuras, que «la doble venta se da en el supuesto de que la misma cosa sea vendida por su dueño a distintos compradores, pero ninguno de ellos ha llegado a adquirir la propiedad; si uno de ellos la adquiere, se planteará el caso de venta de cosa ajena. Así, el artículo 1.473 del Código Civil soluciona quien deberá ser el adquirente, si se ha vendido la cosa a varias personas y todavía ninguna de ellas la ha adquirido». Se sigue insistiendo en una distinción que, como he señalado a lo largo de estas páginas, a mi juicio es inexistente: venta de cosa ajena y doble venta, en la medida que una doble venta puede desembocar en una venta de cosa ajena, sin que ello suponga que el supuesto deje de ser conceptualizado como «doble venta». Por lo tanto, el resultado correcto de proteger al segundo comprador con base en el artículo 34 LH constituye también una consecuencia de la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil, precepto que debe vincularse con las adquisiciones *a non domino*. En definitiva, la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 2008, supone una confirmación de la de 5 de marzo de 2007, de unificación de doctrina en materia de principio de fe pública registral pero, a mi juicio, no se puede afirmar que refleje claramente y en su totalidad la doctrina de la sentencia de 7 de septiembre de 2007, en materia de doble venta, pues en ésta se suprime la distinción conceptual de la venta de cosa ajena del supuesto de doble venta, y en la sentencia de 5 de mayo de 2008 parece seguir manteniéndose tal distinción.

Muy parecidamente, la sentencia de 20 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008/6933) resolvió también un caso de doble venta en el que el primer comprador por escritura pública no procedió a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. La apariencia tabular a favor de la vendedora provocó que el inmueble fuera objeto de embargo y posterior adjudicación en pública subasta a favor de la segunda compradora que inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad. El primer comprador demandó a la sociedad adjudicataria del inmueble en aquel procedimiento de apremio, la cual se opuso a las pretensiones del actor invocando su condición de tercero hipotecario. La pretensión del demandante fue estimada en ambas instancias declarando que el primer comprador era el propietario del inmueble litigioso. Se interpuso recurso de casación por vulneración de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Obsérvese que no se alega como precepto infringido el artículo 1.473 del Código Civil. El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia con invocación explícita de la doctrina plenaria de 2007, en particular, con base en la sentencia de 5 de marzo de 2007. La venta de cosa ajena o, más bien, el embargo de cosa ajena no es nulo por falta de objeto y el adquirente adquiere en virtud de un título válido (razón por la cual no cabe subsumir el supuesto en el art. 33 LH) y la falta de poder de disposición del transmitente es lo que precisamente viene a ser subsanado por el principio de fe pública registral. Doctrina impecable con la que estoy absolutamente de acuerdo y que confirma la unificación que en este terreno ha llevado a cabo el Tribunal Supremo.

Donde sí se hace una explícita aplicación de la doctrina sustentada en las sentencias de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007, es en la sentencia del

Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/532). Se trataba de un caso de venta múltiple de tres fincas. La propietaria de las fincas (Platensa de Tenerife, S. A., en adelante Platensa) vende en febrero de 1991 dichas fincas a Llobet de Fortuny, S. A. (en adelante Llobet). En el momento de la venta, tales fincas no estaban inscritas a nombre de la sociedad vendedora, quien las inscribe en el Registro de la Propiedad en el mes de noviembre de 1991. Es decir, Platensa inscribe las fincas nueve meses después de haberlas vendido. Cabría pensar que procede a llevar a cabo tal inscripción a los efectos de reanudar un tracto sucesivo que posibilitara la inscripción a favor de la entidad compradora (Llobet). Lo cierto es que la empresa compradora no procedió a inscribir su derecho inmediatamente después, sino que presentó a inscripción su escritura de compraventa el 20 de agosto de 1996 después de que el 8 de agosto Llobet las hubiese ya vendido a la sociedad Congelados Herbania, S. A. De nuevo, Llobet, al igual que hiciera Platensa, pretende inscribir su derecho después de haberlo vendido a otro.

El 27 de julio de 1994, fecha en la que las fincas están en el Registro de la Propiedad a nombre de Platensa, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria decreta embargo sobre las mismas, en un proceso de ejecución dirigido contra Platensa. El mandamiento de embargo se inscribió en febrero de 1995. El 11 de marzo de 1996 se adjudican las fincas embargadas a Ramón, Francisco y su esposa María Virtudes quienes inscribieron su título en 1997. Entretanto, se desestimó la inscripción instada por Llobet (de su escritura de venta con Platensa) y por Congelados (de su escritura de compraventa celebrada con Llobet).

En definitiva, de nuevo, la negligencia del primer comprador que no inscribe, posibilita una venta judicial consecuencia de un embargo trabado contra un deudor que había dejado de ser dueño por haber enajenado antes los inmuebles afectados. Por otro lado, hay que destacar la conducta de Congelados Herbania, S. A.: compra tres fincas el 8 de agosto de 1996, las cuales en tal fecha aparecían en el Registro a nombre de persona distinta de su vendedor (pues estaban a nombre de Platensa) y además sobre las mismas pesaba una anotación de embargo desde febrero de 1995. La actuación fue temeraria y francamente torpe, a pesar de que estaban comprando a quien era legítimo propietario, pero no titular registral.

La demanda es entablada por Llobet contra Platensa, la Agencia Tributaria, don Ramón, don Francisco y doña María, que eran los adjudicatarios en pública subasta, pidiendo la nulidad del embargo trabado por la Administración Tributaria y la validez de la compraventa que a su favor llevó a cabo Platensa. A su vez, Congelados inicia otro procedimiento contra Llobet, Platensa, la Agencia Tributaria, Ramón, Francisco y María, demanda que fue acumulada a la anterior. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y declara que la propiedad de las fincas pertenece a don Ramón, don Francisco y doña María, por tener la condición de terceros hipotecarios amparados por la fe pública registral. Se condena a Llobet a indemnizar a Congelados por los daños y perjuicios sufridos.

Llobet recurrió la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso procediendo entonces el recurrente a interponer un recurso de casación en el que se alegaba que la Sala sentenciadora no ha aplicado la doctrina referente a la doble venta. Se considera que la venta entre Platensa y Llobet es una venta válida y consumada, seguida varios años después de una compraventa de cosa ajena inexistente por falta de objeto, consecuencia de un embargo de cosa ajena que provoca la adquisición a favor de los adjudicatarios,

Francisco, María y Ramón. Asimismo, se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 34 LH e inaplicación del artículo 33 LH. Sostiene el recurrente que la fe pública registral no desempeña una función sanatoria del acto que se inscribe por cuanto si es inexistente o ineficaz por falta de objeto, dichos defectos no pueden ser subsanados por haber accedido al registro tal y como establece el artículo 33 LH.

Alega pues el recurrente la doctrina del Tribunal Supremo que las sentencias de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007 han pretendido desterrar. Pues bien, en la sentencia de 18 de diciembre de 2008, que resuelve el caso descrito, el Tribunal Supremo confirma plenamente la doctrina sustentada en dichas sentencias: la venta de cosa ajena es válida y la falta de poder de disposición del transmitente es precisamente lo que viene a subsanar el principio de fe pública registral, no entrando el supuesto objeto de la litis en el ámbito del artículo 33 LH. Se conecta el artículo 1.473 del Código Civil con las normas de adquisición *a non domino* en cuanto no cabe excluir su aplicación cuando la primera venta ha sido consumada (argumentación mantenida por el recurrente). También asume de manera expresa la doctrina sustentada por la sentencia de 5 de marzo de 2007, la de 8 de octubre de 2008 (RJ 2008/5778), referida al alcance del artículo 34 LH, precepto que viene a subsanar la falta de poder de disposición del transmitente sobre la base de un contrato válido de compraventa de cosa ajena.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009/1635) también se confirma la doctrina sustentada por las sentencias de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007, con expresa cita de las mismas. Se trataba de una venta de cosa ajena en la que se impugnó el derecho del vendedor por consecuencia de la nulidad de la subasta y auto de ejecución de bienes que constituía su título de adquisición. Sin embargo, con anterioridad a la declaración de nulidad de tal título adquisitivo, el adjudicatario había procedido a la enajenación de las fincas afectadas a un adquirente de buena fe que procedió a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. El Tribunal Supremo declaró que la nulidad de la subasta y del auto de adjudicación no alcanzaba a la transmisión del adjudicatario al tercero. La sentencia de la Audiencia anuló la adquisición del tercero. De nuevo, se declaró nula la venta de cosa ajena lo que condujo inexorablemente a la aplicación del artículo 33 LH que priva de protección a adquirente tabular. Consideró el Tribunal Supremo que «la declaración de nulidad de un negocio jurídico transmisivo conlleva la nulidad de la adquisición por razón del mismo, pero si hay una nueva transmisión a un tercero, ajeno a aquel negocio declarado nulo, este tercero es tercero hipotecario, siempre que reúna los presupuestos que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que proclama el principio de fe pública registral. Precisamente esta norma protege al tercero respecto a la titularidad registral de su transmitente, aunque esta sea declarada nula; en otras palabras, dicho principio ampara una adquisición *a non domino*, sea el titular registral no propietario por la razón que fuere, sea su titularidad declarada nula, también por la razón que sea; es decir, se mantiene la adquisición por el tercero pese a que el titular registral carecía de poder de disposición sobre la finca transmitida, por no ser realmente titular material; la fe pública registral salva el derecho de titularidad del transmitente, que es titular registral, y protege al tercero, que es tercero hipotecario (Fundamento de Derecho segundo)».

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 2009 (RJ 759/2009) se resuelve un supuesto de doble venta en el que la primera venta no

fue consumada por la entrega. La vendedora antes de consumir el primer contrato, procede a efectuar una segunda venta a favor del segundo comprador que inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideró que la primera venta era válida y nula la segunda. A la misma conclusión llegó la sentencia de la Audiencia, matizando que la nulidad de la segunda venta se circunscribe «no al título sino al modo o entrega de la cosa». Hay que tener en cuenta que los hechos objeto de la litis, el segundo comprador compra *a domino*, dado que la primera venta no se había consumado. Es claro que a pesar de ello, se trataba de un supuesto claramente subsu- mible en el artículo 1.473 del Código Civil, debiendo ser preferido el segundo comprador que inscribe, si bien, a pesar de que textualmente no lo exija el pre- cepto citado, debe haber ignorado la venta anterior. Bien entendido que si esta buena fe tiene lugar, no cabe decir que el segundo comprador adquiera con base en el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, dado que adquiere *a domino*. Pues bien, el Tribunal Supremo da preferencia al primer comprador, dado que se considera probado que el segundo comprador tenía mala fe, pues tenía conocimiento del artículo 1.473 del Código Civil. La sociedad recurrente alegaba la infracción del artículo 34 LH por entender que éste no resulta aplica- ble cuando la primera compradora no llega a adquirir por no haber tenido lugar la tradición real o ficticia. El Tribunal Supremo no exige buena fe porque resul- te de aplicación el principio de fe pública registral, sino porque la jurispruden- cia viene exigiendo la misma aun cuando el segundo comprador que inscribe adquiera *a domino*. Más discutible es la afirmación del Tribunal Supremo cuan- do señala que precisamente porque la primera venta no se consumó se da un caso de doble venta que contempla el artículo 1.473: «si se hubiera producido la tradición, la segunda venta al segundo comprador hubiera sido una venta de cosa ajena, en la que hubiera faltado el presupuesto de la buena fe, básico para la aplicación del artículo 34 LH (Fundamento de Derecho tercero)». Al margen de que la solución finalmente adoptada por el Tribunal Supremo fuera la acer- tada, creo que la afirmación citada es contradictoria con la doctrina sustentada por la sentencia de 7 de septiembre de 2007 que no excluye a la venta de cosa ajena del ámbito del artículo 1.473 del Código Civil. Decir que estamos ante un caso de doble venta precisamente porque la primera venta no se consumó, pues de haberse producido la entrega estaríamos ante un caso de venta de cosa ajena y no de doble venta, supone resucitar la doctrina que la sentencia de 7 de sep- tiembre de 2007 ha pretendido desterrar.

Recapitulando, podemos decir que, salvo alguna excepción, la trascenden- tal doctrina en torno al artículo 1.473 del Código Civil y 34 LH se está man- teniendo por el Tribunal Supremo y también por las Audiencias Provinciales [vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 27 de enero de 2009 (*JUR* 2009/276683), sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 22 de febrero de 2008 (*AC* 2008/1863), sentencia de la Audiencia Provincial de A Co- ruña, de 4 de abril de 2008 (*JUR* 2008/339874), y sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 4 de enero de 2010 (*JUR* 2010/75013)].

7. LA CONTRADICTORIA DOCTRINA RESPECTO A LA VENTA DE COSA COMÚN

Es llamativo que la doctrina plenaria, que predica sin ningún género de dudas la validez de la venta de cosa ajena celebrada con el segundo comprador

(supuesto es justo el que se da cada vez que la primera venta se ha consumado, habiéndose transmitido entonces la propiedad al primer comprador), no termine de arrojar todas las muchas consecuencias que estaba llamada a tener en buena lógica. Y es que la sentencia de 23 de junio de 2009 (RJ 2009/4233) (49) se nos presenta como nota auténticamente discordante y contradictoria.

Se trataba de un caso de venta de una finca en la que no intervenían como vendedores todos los comuneros. Ciertamente, si en Derecho español es válida la venta de cosa ajena, todo invita a pensar que, con mucha mayor razón, válida ha de ser la venta de cosa parcialmente propia y parcialmente ajena (venta efectuada por el cónyuge viudo de los bienes gananciales, antes de liquidación de la sociedad conyugal; o la venta aislada por el coheredero de bienes hereditarios, pendiente la partición de la herencia; o finalmente, la venta por un copropietario en el condominio ordinario), y que cuando el artículo 397 del Código Civil establece la regla de la unanimidad para llevar a cabo alteraciones en la cosa común, si el precepto ha de aplicarse para los actos de disposición, será porque éstos no son válidos cuando falta el consentimiento de alguno de los comuneros. Pero no son válidos como tales actos dispositivos, *sin que ello signifique que no lo sean en cuanto títulos que preparan la disposición*. Para transmitir es preciso que concurren todos los comuneros. Se parte del error de no asumir las consecuencias que nacen de un principio fundamental: vender no es enajenar, regla que deriva del artículo 609 del Código Civil. De la misma manera que la venta de cosa ajena no logra transmitir la propiedad (pero no porque la misma no sea válida en cuanto título, sino porque, al faltar el poder de disposición, no puede operar la tradición como modo de adquirir), se debería entender que a la venta de cosa común por comunero aislado le sucede exactamente lo mismo. Hay venta, pues, pero no transmisión (50).

Sin embargo, erróneamente a mi juicio, se ha mantenido que la venta de cosa común por un comunero aislado es nula por faltar la unanimidad (51) que el artículo citado requiere (arts. 397 y 6.3.º del Código Civil) (52).

(49) Vid. el comentario a esta sentencia que lleva a cabo ALONSO PÉREZ, T., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, pág. 537 y sigs.

(50) Más correcta es la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de enero de 1994 (RJ 1994/642), cuando señala que si falta el consentimiento de los demás comuneros ello determina la «nulidad» de la venta «para producir con la tradición la transmisión del dominio». Es decir, lo que es nulo es la transmisión y no la venta, y ello porque «vender no es enajenar». La naturaleza obligacional del contrato de compraventa justifica este resultado.

(51) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, pág. 279; ALBALADEJO, *Derecho Civil, III*, vol. 1.º, Barcelona, 1989, pág. 405; DELGADO ECHEVARRÍA, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 2.º, Barcelona, 1991, pág. 477; FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, pág. 397. Así lo viene entendiendo también la jurisprudencia: En contra, MIQUEL, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pág. 384, y también en «Comentario a la sentencia de 5 de mayo de 1983», en CCJC, núm. 3, 1983, pág. 727; MÉNDEZ APENELA, «La venta de cosa común por un comunero aislado», en *Revista del Notariado*, abril-junio de 1992, pág. 172.

(52) Sentencias de 11 de febrero de 1952 (RJ 1952/283), 9 de febrero de 1954 (RJ 1954/332), 10 de octubre de 1956 (RJ 1956/3184), 8 de abril de 1965 (RJ 1965/2150), 25 de abril de 1970 (RJ 1970/2044), 14 de diciembre de 1973 (RJ 1973/4780), 4 de enero de 1965 (RJ 1965/152), 23 de junio de 1976 (RJ 1976/2920), 14 de marzo de 1983 (RJ 1983/1475), 29 de abril de 1986 (RJ 1986/2065), 16 de mayo de 1991 (RJ 1991/3704), 25 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6670), 6 de octubre de 1997 (RJ 1997/7356), 30 de junio de

No parece que, para resolver el problema de la validez de la venta de cosa común por un solo comunero, sea necesario recurrir a la polémica acerca del ámbito de aplicación del artículo 397 del Código Civil; es decir, a si este precepto es aplicable o no a los actos de disposición jurídica (53). La solución al problema planteado, a mi juicio, es independiente de la posición que se adopte sobre este particular, y ello porque aun cuando se admita que los actos de disposición jurídica requieren la unanimidad establecida en el artículo 397 del Código Civil, la venta es un negocio de obligación y no de disposición (54). La naturaleza obligacional de la compraventa posibilita la validez de la venta de cosa ajena y *a fortiori* la de cosa común (55).

Las sentencias que declaran nula la venta de cosa común atribuyen a la venta efectos que la misma no puede producir en virtud de lo dispuesto en el

1993 (*RJ* 1993/5358), 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6446) y 13 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001/9689), 9 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5684).

(53) Así lo hace MÉNDEZ APENELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, cit., pág. 175: «Si consideramos que los actos de disposición jurídica son distintos de las alteraciones materiales contempladas en el artículo 397 del Código, la venta de comunero aislado no está en contradicción con dicho precepto y no es procedente hablar de su nulidad radical y absoluta por contravenir una norma prohibitiva». Este autor está tratando a la venta como acto de disposición jurídica. A su juicio, aun cuando se entiendan incluidos en el artículo 397 del Código Civil, los actos de disposición jurídica, la sanción no debe ser la nulidad absoluta y acude para ello a la analogía con el artículo 597 del Código Civil referido a la constitución de servidumbre por un comunero aislado. En mi opinión, como he señalado en el texto, la solución al problema planteado se encuentra en la naturaleza obligacional del contrato de compraventa. Sobre este particular, vid. ESTRUCH ESTRUCH, *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Pamplona, 1998, pág. 229 y sigs.

(54) Como señala GARCÍA VALDECASAS, «La comunidad hereditaria», en *AAMN*, t. VII, Madrid, 1953, pág. 265, «cualquier coheredero puede obligarse respecto de un objeto hereditario singular en todo o en parte, ya que tal cosa no implica disposición. Si el coheredero no obtiene la propiedad exclusiva del objeto respecto del cual se obligó, el cumplimiento de la obligación será imposible (...)». Por supuesto, admitir la validez de la venta de cosa ajena y de la cosa común por un comunero aislado en ningún caso significa admitir la eficacia traslativa de la venta, pues el contrato, aunque versara sobre cosa propia, no es acto dispositivo. Plantea la cuestión en estos términos ALONSO PÉREZ, T., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, pág. 529. El contrato de venta de cosa ajena válido, unido a la transmisión de la posesión, no provoca la transmisión del dominio (*nemo dat quod non habet*), artículo 1.160 del Código Civil, sino que el comprador ostentará una posesión civil que, junto al justo título válido y el transcurso del tiempo, le permitirá consumir una adquisición por otro modo de adquirir que es la usucapión. E incluso si se dan los requisitos del artículo 34 LH se provocará una adquisición *a non domino* que requiere como presupuesto un contrato válido. Por ello considero que la validez de la venta de cosa ajena es una exigencia de sistema. Vid. mi trabajo, «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», en *Revista electrónica NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 2008. <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lo-del/document.php?id=572>. Ahora bien, es preciso distinguir la venta de la totalidad de un bien por un comunero aislado, de la venta de una cuota indivisa sobre el mismo. Este último supuesto es factible en el terreno traslativo (art. 399 CC).

(55) En este sentido, como advierte RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990, pág. 83: «la compraventa no transmite por sí misma la propiedad de la cosa común, sólo puede producir efectos (obligacionales) entre las partes. De ahí que, en puridad, difícilmente pueda el contrato "alterar" el derecho que corresponda al verdadero propietario de la misma».

artículo 609.2.º del Código Civil, confundiendo venta y transmisión (56) como si el sistema vigente en nuestro Código Civil fuera el consensual francés. A mi entender, el artículo 397 del Código Civil viene simplemente a consagrar de nuevo (y siempre que se entienda que entra en su ámbito de aplicación los actos de disposición jurídica), la regla *nemo dat quod non habet*. Dado que la cosa es común, será necesario el consentimiento de todos los comuneros para la validez del acto dispositivo. Por ello, su ámbito de aplicación son los actos de disposición, y la venta en nuestro sistema no tiene esta naturaleza (57). Predicar la nulidad de la venta de cosa común por contravenir lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil implica considerar a la venta como acto de disposición, lo que infringe lo dispuesto en el artículo 609.2.º del Código Civil.

Tampoco parece correcto estimar nula la venta de cosa común por un comunero aislado por falta de consentimiento de los demás comuneros (art. 1261.1.º CC) (58). En este sentido y, como ha puesto de relieve MIQUEL, «es evidente que el consentimiento al que se refiere el artículo 1.261 del Código Civil es el de las partes contratantes. Es muy claro que para asumir obligaciones contractuales no hace falta una específica titularidad, como sí hace

(56) MIQUEL, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1982. pág. 397.

(57) En este sentido, señala LARRONDO LIZÁRRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Madrid, 1994, pág. 619, que «la validez del acto dispositivo no unánime se logra merced al mecanismo de la venta obligacional. El objeto de ésta no es un *dare*, sino un *facere*, que consiste en una obligación de adquisición de la propiedad por el disponente, a fin de verificar la entrega en favor del otro contratante. La venta de un bien herencial indiviso por un coheredero ha de calificarse como venta de cosa ajena, que en sí es válida como justo título para la usucapión ordinaria y produce efectos obligacionales entre las partes —tales como la responsabilidad por incumplimiento y saneamiento por evicción— aunque no provoque inmediatamente un efecto traslativo». Sin embargo, a mi juicio, la naturaleza obligacional de la compraventa permite mantener su validez, pero no la del acto dispositivo. Precisamente la venta realizada por un comunero aislado es válida por carecer de naturaleza dispositiva. Afirmar que la venta es válida no implica sostener que el acto dispositivo también lo sea. Este autor, queriendo justificar la validez de la venta, se refiere constantemente a lo largo de su trabajo de validez del acto dispositivo. Defecto terminológico que se aprecia también en el trabajo de MÉNDEZ APENELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, cit, pág. 187.

(58) Así, la *sentencia de 29 de abril 1986* (RJ 1986/2065) en la que se declara que «no ofrece duda racional alguna para proclamar que las convenciones cuya nulidad se postula en la demanda inicial de estas actuaciones no estaban adornadas de los requisitos que el artículo 1.261 de nuestro Código exige para la existencia del contrato, habida cuenta de que el condómino vendedor no podía prestar el consentimiento para la enajenación de pleno dominio de unos inmuebles de los que sólo corresponde participaciones indivisas». Asimismo en la *sentencia de 8 de noviembre de 1983* (RJ 1983/6067) ante una venta de cosa común (se venden dos pisos de un edificio común) se encuadra la cuestión en el artículo 1261.1.º del Código Civil, señalando que «si todo negocio de disposición precisa como esencial presupuesto el poder jurídico de disponer sobre la cosa o el derecho transmitido, carecerá de eficacia frente al titular exclusivo o el cotitular la enajenación realizada por quien carece de poder de disposición, pues ya se entienda que se trata de una comunidad o se califique a la situación de sociedad particular informal, los artículos 397 y 1.695, regla 4.ª, del Código Civil, impedirían a dos de los condueños o socios proceder a la venta de los pisos sin recabar la intervención o la anuencia del tercero, por lo cual los negocios celebrados no vinculan a éste, pues con relación a los actos dispositivos no rige el principio de la mayoría (Considerando tercero)».

falta para ser transmitente» (59). Efectivamente, el artículo 1261.1.º del Código Civil requiere que las partes contratantes presten su consentimiento en obligarse (art. 1.457 CC). El consentimiento de los demás comuneros será necesario para la realización del acto de disposición, siendo para ellos irrelevante el contrato celebrado por el comunero vendedor y el comprador en virtud del principio *res inter alios acta* (art. 1.257 CC). Sostener lo contrario implica, una vez más, confundir venta y transmisión, en definitiva, dotar a la venta de naturaleza dispositiva. Cosa distinta es que el comunero vendedor no actúe en nombre propio sino atribuyéndose la representación de los demás, supuesto que queda fuera de la problemática de la venta de cosa ajena y donde sí existe un problema de consentimiento y no de carencia de poder de disposición y que se resuelve conforme lo dispuesto en el artículo 1.259 del Código Civil (60). Esta delimitación de supuestos aparece claramente reflejada en la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008/5684).

Afortunadamente no han faltado sentencias favorables a la validez de la venta de cosa común a la que se considera como una modalidad de la venta de cosa ajena (61). En este sentido hay que destacar, por lo acertado de su doctrina y por la claridad de su exposición, la sentencia de 27 de mayo de 1982 (RJ 1982/2605) (62), que aplica a la venta de cosa común la doctrina general de la validez de la venta de cosa ajena:

(59) MIQUEL, J. M., «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 397; MÉNDEZ APENELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, cit., pág. 167; LARRONDO LIZÁRRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., pág. 558.

(60) Así sucedió en los hechos que enjuicia la *sentencia de 23 de junio 1976* (RJ 1976/2920). La viuda (usufructuaria) por sí y en representación de uno de sus hijos que no ostentaba, y sus otros dos hijos vendieron una finca de la que los tres hijos eran nudos propietarios. El comprador demanda la elevación a escritura pública de dicho contrato. El TS declara nulo el contrato de compraventa por contravenir lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil (Considerando cuarto). En este supuesto, la madre se atribuye la representación de uno de sus hijos sin ostentarla, por lo que, a mi juicio, debiera haber sido reconducida la solución al artículo 1.259 del Código Civil. A los distintos efectos que produce la venta aquejada de falta de poder de representación (venta en nombre de otro) y la venta en nombre propio de cosa ajena, se refiere la *sentencia de 14 de octubre de 1991* (RJ 1991/6921). Por su parte, señala FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 190, que «cuando se vende la cosa común no y no se especifica que el resto de los copropietarios quedan al margen, hay una intención implícita de comprometerlos (algo parecido a lo que ocurre con el *falsus procurator*)». Ahora bien, esta afirmación deberá ser demostrada en cada caso concreto y no cabe generalizarla a todos los supuestos de venta de cosa común. Resulta esencial para determinar su tratamiento si el comunero vende o no la cosa común en nombre propio o también en nombre de los demás comuneros. Si vende la cosa común en nombre propio, falta el poder de disposición y el contrato es válido resultando ineficaz la tradición. Si, por el contrario, contrata también en nombre de los demás comuneros, falta la legitimación para contratar.

(61) Así, las sentencias de 19 de enero de 1965 (RJ 1965/152), 5 de febrero de 1968 (RJ 1968/732), 28 de mayo de 1986 (RJ 1986/2832), 14 de octubre de 1991 (RJ 1991/6921), 11 de mayo de 1992 (RJ 1992/3896), 26 de febrero de 2008 (RJ 2008/2819) y 3 de febrero de 2009 (RJ 2009/266).

(62) Los hechos que enjuicia esta sentencia son los siguientes: la demandada vendió, con la asistencia de su marido, ocho fincas pertenecientes a una comunidad hereditaria derivada de la herencia de sus padres. La vendedora declaró que las fincas eran de su exclusiva propiedad. En la compraventa se pactó un precio que no fue totalmente

«En los supuestos de venta de cosa ajena, lo que supone vender como propios bienes que pertenecen a una comunidad hereditaria de la que forma parte el transmitente, cuya validez proclamaban Las Partidas (P. 5.5.19), admitió el Fuero Juzgo y negó el Fuero Real, que en rigor era la regla vigente al promulgarse el Código Civil, tiene solución afirmativa en éste, pues si ciertamente no contiene precepto alguno que declare válida la venta de cosa ajena, no obstante, cabe admitirla, debido a que dicho ordenamiento jurídico en vigor construye fundamentalmente el contrato de compraventa bajo el patrón del Derecho romano, como lo revelan los artículos 1.445, 1.450 y 1.461 y las específicas normas referentes a la evicción contenidas en los artículos 1.474, 1.475, 1.476, 1.477, 1.480 y 1.502, determinante todo ello de que, siguiendo sustancialmente el sistema romano sobre compraventa, en que ésta es sólo generadora de obligaciones, de modo que el vendedor contrae únicamente la obligación de proporcionar una cosa al comprador, sin que ningún precepto obligue al primero a que sea propietario de la cosa vendida, puesto que este extremo es indiferente, de momento, para la eficacia de la compraventa en sí, de tal manera que si el vendedor es dueño, la tradición transferirá el dominio al comprador, y si no, lo es todo el poder y posesión que el tuviera sobre la cosa, con la posible consecuencia de que sumando el tiempo de posesión del vendedor con el del comprador puede producirse usucapión a favor de éste, y si el vendedor no es dueño de la cosa vendida y éste, antes de consumarse la usucapión, es reivindicada por el verdadero dueño, entonces el vendedor está obligado a sanear, o sea, a dejar indemne al comprador (Considerando segundo)».

«Que la solución acogida en el precedente es consecuencia de que, por esta orientación del Derecho romano, la compraventa en el Código Civil español es meramente una relación jurídica obligacional, de modo que el vendedor exclusivamente está obligado directamente a la entrega y, en su caso, al saneamiento en caso de evicción, porque el legislador estima que aunque nadie puede transmitir lo que no tiene (nemo dat quod non habet), nada impide que el vendedor se obligue a entregar más tarde una cosa que al tiempo del contrato era de otro, lo que es consecuencia del negocio meramente obligatorio que supone la venta romana, inspiradora del citado Código Civil español, significativo de un sistema en que la compraventa es un simple contrato generador de obligaciones, o sea, en el que la emptio venditio no puede engendrar otra cosa que la obligatio, a diferencia del negocio transitorio o de disposición, en que su objeto inmediato o directo es la cosa transmitida o de que se hace disposición, con la consecuencia de que en la venditio rei alienae en el sistema adaptado al Derecho romano, seguido por nuestro precipitado ordenamiento jurídico general, y que tiene específico reflejo en ordenamientos forales que también mantienen esa orientación, es indiferente

satisfecho en el momento de la firma del documento privado. El comprador demandante solicita que se condene a los demandados a recibir el resto del precio y al otorgamiento de la escritura pública. Los demandados reconviene solicitando que se declare nulo o, por lo menos, anulable el contrato de compraventa por no pertenecer ninguna de dichas fincas a su dominio, haber resultado viciado por error del consentimiento por ella prestado y por carecer asimismo la propia compraventa de objeto cierto. Las sentencias de instancia estimaron la demanda desestimando la reconvección, y el TS declara no haber lugar al recurso de casación.

que las cosas vendidas sean o no del vendedor, ya que el ser suya o ajena la cosa vendida no es condición o requisito incorporado al contrato, al limitarse la obligación del que vende a tener como objeto directo e inmediato la prestación, es decir, su actividad propia de suministrar al comprador las cosas especificadas en la compraventa, pero sin ser éstas propiamente objeto directo de la obligación asumida por aquél, pues si bien es cierto que en el Derecho romano la obligación del vendedor que imponía sólo a éste el entregar o apoderar de la cosa vendida al comprador (vacuum possessionem tradere) (...) no impedía finalidad traslativa del dominio, sin embargo aquel carácter meramente obligacional de la compraventa determinaba que con relación a la traditio en que había una intención de transferir la propiedad a fin de que el comprador se hiciera dueño de las cosas tradidas (animus transferendi et accipiendi dominii) creando una obligación a cargo del vendedor de hacer todo lo necesario para que el comprador pueda tener las cosas vendidas como propias, o sea, que se porte respecto de ella como dueño, a causa de que en la traditio no sólo hay un corpus, consistente en el acto real del traspaso meramente posesorio, sino que además existe un animus, que consiste en querer hacer dueño al comprador, sin embargo, en la compraventa romana, que sigue el Código Civil español mediante la tradición del vendedor cumple su obligación de momento con desprenderse, desapoderarse o desinvertirse del poder o señorío que pudiese tener sobre las cosas tradidas, atribuyéndolo, incorporándolo o traspasándolo a la persona del comprador, pues una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene la finalidad traslativa del dominio y otro que un negocio sea de transmisión del dominio (Considerando tercero)».

Como se ve, el Tribunal Supremo destaca con contundencia la naturaleza obligacional de la compraventa y, por tanto, en su falta de eficacia dispositiva, para con ello justificar la validez de la venta de cosa ajena de la cual no es sino una variedad la venta de cosa común.

Más recientemente el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 2008 (RJ 2008/2819) ha incidido en la necesidad de equiparar la solución del problema de la venta de cosa común por un comunero aislado a la de la venta de cosa totalmente ajena: «no hay diferencia sustancial entre la venta de una cuota ideal sobre una cosa en comunidad mayor que la que le corresponde al enajenante y la venta de cosa ajena, pues ni sobre aquélla ni sobre ésta tiene poder de disposición el mismo (Fundamento de Derecho segundo)».

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2009 (RJ 2009/2562) (63) vuelve —a mi juicio equivocadamente— a retornar a la tesis de la nulidad absoluta de la venta de cosa común por un comunero aislado, en evidente contradicción con las sentencias de unificación de doctrina, de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007, que claramente sitúan la patología que genera la falta de poder de disposición del transmitente (déficit que comparte tanto la venta de cosa ajena como la de cosa parcialmente ajena en nombre propio) al margen del contrato.

La sentencia no merece precisamente un juicio favorable. En su Fundamento tercero, recuerda que: «*existe una gran discrepancia entre los autores de la doctrina científica acerca de la solución técnicamente más correcta para pro-*

(63) Ponente: Don Francisco MARÍN CASTÁN.

blemas como el aquí examinado o similares, cual sería el del coheredero que vende un bien determinado de la herencia antes de la partición, polémica cuya razón de ser viene determinada por el sistema de transmisión del dominio de nuestro Código Civil “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición” (art. 609) y la configuración de la compraventa como contrato consensual (arts. 1.445 y 1.450) que no transmite por sí solo la propiedad de la cosa vendida al comprador sino que únicamente obliga al vendedor a entregársela, por más que, ciertamente, la finalidad de la compraventa sea traslativa y en la realidad social se presente como el más característico de esos “certos contratos” a que se refiere el artículo 609».

No acabo de entender, a la vista de la grata experiencia iniciada en 2005 por la Sala Primera del TS en orden a unificar criterios en las cuestiones tradicionalmente conflictivas, que la venta celebrada por comunero aislado no haya sido considerada en esta ocasión merecedora de una sentencia plenaria. Pero es que la propia sentencia continúa:

«La mejor prueba del carácter polémico de la cuestión planteada es que prácticamente todas las soluciones barajadas en este litigio, tanto las propuestas por las partes (cumplimiento del contrato —parte demandante—, anulabilidad por error o sustitución de la finca por su cuota indivisa —demandados—) como las adoptadas por las sentencias de primera y segunda instancia (nulidad absoluta por aplicación conjunta de los arts. 397 y 1.261 CC y nulidad por cambio de objeto del contrato, respectivamente), cuentan, en mayor o menor medida, con autores de la doctrina científica que las defienden con argumentos en cualquier caso a considerar».

«Algo parecido se desprende del repertorio de sentencias de esta Sala. (...) [L]o cierto es que no hay un criterio de decisión absolutamente uniforme. Así, la STS de 9-5-1980 (RJ 1980/1790), citando como precedentes las SSTs de 28-12-1932, 31-1-1963 (RJ 1963/753) y 20-10-1954, se decanta por la nulidad de la venta por carencia de objeto, tesis próxima a la de la sentencia de apelación ahora recurrida, mediante el argumento de que, sin confundir objeto con poder de disposición sobre el objeto, el de la compraventa está integrado no sólo por la cosa sino también “por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar”; la STS de 27-5-1982 (RJ 1982/2605), citando como precedente la STS de 1-3-1949 (RJ 1949/261) y resolviendo un caso de venta de cosas determinadas de la herencia por un solo coheredero antes de la partición, opta decididamente por la validez del contrato desde el principio general de la validez de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento (...); el mismo principio general de la validez de la venta de cosa ajena preside los razonamientos de la STS de 31-1-1994 (RJ 1994/642), que sin ajustarse literalmente a lo pedido por las partes litigantes declara “la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones (...)”; y como no podía ser menos, tampoco faltan sentencias que, dadas las circunstancias del caso, singularmente la creencia de buena fe del comprador e incluso la creencia común de comprador y vendedor de que la cosa era propia de éste, resuelven el problema declarando la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento (por ejemplo, SSTs de 11-4-1912, 26-6-1924, 8-3-1929, 7-4-1971, 15-10-1973, 15-2-1977 y 6-7-1992 (RJ 1992/6183))».

«Ahora bien, la solución generalmente adoptada por esta Sala en sus sentencias de las últimas décadas coincide con la de la sentencia de primera instancia de este litigio, es decir, nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los artículos 397 y 1.261 del Código Civil al implicar la disposición de la cosa común, por uno solo de los partícipes, una alteración que requeriría el consentimiento de los demás. Es el criterio seguido por las SSTs de 19-12-1985 (RJ 1985/6603), 8-7-1988 (RJ 1988/5587), 25-5-1990 (RJ 1990/4082), 23-10-1990 (RJ 1990/8036), 30-6-1993 (RJ 1993/5358), 24-7-1998 (RJ 1998/6446) y 13-11-2001 (RJ 2001/9689), así como también por la STS de 9-10-2008 (RJ 2008/5684), ya citada, en otro de sus fundamentos».

El Tribunal Supremo declara la nulidad del contrato basándose en la jurisprudencia que avala tal nulidad. Da la impresión de que la pretendida causa de nulidad no se encuentra en la falta de consentimiento, pues, si así fuera, menos consentimiento todavía existe en la venta de cosa totalmente ajena. Del último párrafo transcrito se deduce que nos encontramos ante una nulidad de las que tienen lugar cuando se celebra un contrato contra una prohibición legal. El argumento sería el siguiente: si para los actos de ordinaria administración, el artículo 398 requiere la mayoría de partícipes, en cambio el artículo 397 del Código Civil exige la unanimidad para los actos de alteración, que incluyen los de administración extraordinaria, gravamen y disposición. Y ello es cierto, pero que lo es que aunque no lo diga el Código Civil, también hace falta para transmitir la cosa propia que ésta pertenezca a quien la trasmite. Y si el propio Tribunal Supremo no duda a la hora de calificar la validez de la venta de cosa ajena, de proclamar con una claridad meridiana que vender no es transmitir, parece fuera de duda que el único caso en que la venta de cosa común por comunero aislado es nula será aquel en el que el interviniente se haya atribuido falsamente la representación de los demás. En tal caso, aparecen consintiendo por medio de un falso representante quienes en realidad no consienten, y la nulidad radical es clarísima. Pero una cosa es la venta por un comunero arrogándose indebidamente la representación de los demás (hipótesis que, como esta misma sentencia dice, se debe resolver aplicando el artículo 1.259 del Código Civil como hace la reciente STS de 9-10-2008 (RJ 2008/5684), y otra bien distinta las ventas que tienen como único inconveniente la ajenidad de la cosa vendida. Naturalmente que la venta celebrada por comunero aislado no transmite la propiedad, como le pasa a la venta de cosa ajena. Y hasta hay que insistir en que, en rigor, tampoco consigue hacerlo la venta de cosa propia.

Aun cuando no comparto el resultado, es preciso tener presente los hechos que enjuicia la sentencia para comprender adecuadamente la razón por la que el Tribunal Supremo se decanta por la solución de la nulidad, razón que podría justificarse en una «jurisprudencia de intereses», dado que las pretensiones de ambas partes conducían finalmente a provocar la ineficacia del contrato.

El 6 de octubre de 2000 se celebra un contrato privado de venta de un inmueble, siendo vendedores un padre y sus hijos que habían heredado la finca tras el fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente. La finca se encontraba absolutamente identificada en el contrato, si bien los vendedores no eran titulares de la misma en el Registro de la Propiedad. En el contrato privado citado, los vendedores se obligaban a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad antes del otorgamiento de escritura pública de compraventa.

El problema surge cuando los vendedores se percatan de que la finca vendida no les pertenecía en su totalidad, sino que la misma formaba parte de otra de mayor entidad de la que eran titulares otras personas que no habían concurrido a la firma del documento privado de compraventa. Es decir, los vendedores en realidad sólo eran titulares de una cuota indivisa. El comprador demanda a los vendedores pidiendo el cumplimiento del contrato y éstos se oponen y —sin formular reconvencción— alegan la anulabilidad del contrato por error.

La sentencia de primera instancia declaró la nulidad del contrato por falta de poder de disposición del transmitente con base en los artículos 397 y 1.261 del Código Civil. La Audiencia Provincial confirmó la nulidad del contrato si bien «por apreciar un cambio de objeto, ya que lo vendido fue una finca determinada físicamente y no una porción o cuota ideal». El Tribunal Supremo confirma la nulidad del contrato y lo hace con base en la jurisprudencia que declara nula la venta de cosa común por un comunero aislado.

Trasladado el supuesto de esta resolución al escenario de las sentencias de 2007, tantas veces citadas en estas páginas, resultaría que quien compró la finca común a unos vendedores que al vender no reunían la totalidad de las cuotas, nunca podría invocar la condición de tercero protegido por el artículo 34 LH, al ser parte de un contrato nulo. A ese comprador, siempre según esta tesis que considero equivocada, le es de aplicación el artículo 33, de manera que su título nulo no se vería sanado por obra de la inscripción registral. Y por lo mismo, tampoco podría beneficiarse de una usucapión ordinaria, al faltarle el justo título exigido por el artículo 1.953 del Código Civil.

Merece ser destacado que aunque el Tribunal Supremo, en esta sentencia que critico, se oponga a lo señalado en resoluciones anteriores de unificación de doctrina, lo cierto es que por el camino —a mi juicio, equivocado—, se llega a una solución «práctica». Se señala expresamente que «aunque se siguiera el camino previsto por la parte recurrente, es decir, el de la validez de la venta de cosa ajena (...) no era posible el cumplimiento pretendido en la demanda por falta de poder de disposición del transmitente (art. 1.160 CC) y la acción que habría podido ejercitar el comprador era la resolución del contrato». Por lo tanto, la validez de contrato de compraventa habría conducido por la vía de la resolución a la ineficacia del contrato. Más práctico era declarar directamente la nulidad, al igual que hicieron las sentencias de instancia. Probablemente el resultado habría sido distinto si el comprador hubiera adquirido por usucapión o por el principio de fe pública registral y la demanda la hubieran interpuesto los condueños preteridos en el contrato de compraventa.

Con todo, sería deseable la pronta celebración de una nueva deliberación plenaria que ponga fin a la problemática de la venta de cosa común por un comunero aislado en coherencia con las sentencias de unificación de doctrina de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007 que, correctamente, expulsan del ámbito de la invalidez contrato la patología que genera la falta de poder de disposición del transmitente.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, *Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1989.

— «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, pág. 19 y sigs.

BADENES GASSET, *La compraventa*, Madrid, 1969.

- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954.
- CANO TELLO, «El artículo 1.473 del Código Civil y la inscripción registral», en *RGD*, 1965, pág. 276 y sigs.
- CARRASCO PERERA, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, pág. 690 y sigs.
- CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, Valencia, 2000.
- COLÍN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción española por Redacción de la RGLJ y anotado por DE BUEN, t. II, vol. II, Madrid, 1984.
- CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996.
- DE LA MORANDIÈRE, *Précis de Droit Civil*, t. II, París, 1964, núm. 242.
- ESTRUCH ESTRUCH, *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Pamplona, 1998.
- FERNÁNDEZ ARROYO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1994», en *CCJC*, núm. 35, 1994, pág. 647 y sigs.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994.
- FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954.
- FUNAIOLI, «La cosiddetta proprietâ relativa», en *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milán, 1951.
- GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XIX, Madrid, 1991.
- GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II, Madrid, 1993.
- GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978.
- «La inscripción en el Registro de la Propiedad, su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica», en *ADC*, enero-marzo de 2001, pág. 1 y sigs.
- «El principio de fe pública registral», en *ADC*, abril-junio de 2006, pág. 509 y sigs.
- «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2007», en *CCJC*, núm. 75, 2008.
- JEREZ DELGADO, *Tradicón y Registro*, Madrid, 2004.
- JIMÉNEZ PARÍS, «Nuevos aspectos del monismo hipotecario», en *La Ley*, núm. 6.831, 29 de noviembre de 2007.
- LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, III, Propiedad y Posesión*, vol. 1.º, Barcelona, 1990.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La doble venta en el sistema de la transmisión de la propiedad del Código Civil», en *RCDI*, núm. 671, mayo-junio de 2002, pág. 831 y sigs.
- JEREZ DELGADO, *La buena fe registral*, Madrid, 2005.
- LAURENT, *Principes de Droit Civil*, t. XVI, París, 1893.
- MARÍN CASTÁN, «Análisis crítico de la jurisprudencia sobre los artículos 34, 32 y 33 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil (2005-2007): Análisis Crítico, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 133, Madrid, 2008, pág. 57 y sigs.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, «El *ius disponendi* y la doble venta de inmuebles», en *La Notaría, Boletín Informativo del Colegio de Notarios*. Barcelona, 1981, pág. 91 y sigs.

- MÉNDEZ APENELA, «La venta de cosa común por un comunero aislado», en *Revista del Notariado*, abril-junio de 1992.
- MENGGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milán, 1968.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, pág. 45 y sigs.
- MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975.
- PAU PEDRÓN, «La eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios», en *Boletín de Información Jurídica del Ministerio de Justicia*, 5 de junio de 1990, núm. 1604, pág. 3364 y sigs.
- «Doble venta de inmuebles y publicidad registral», en *La publicidad registral*, Madrid, 2001, pág. 567 y sigs.
- «La teoría de los principios hipotecarios», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1977.
- PLANIOL Y RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil français*, t. III, París, 1926.
- PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II. vol. 2.º, Barcelona, 1982.
- RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994.
- RAMOS FOLQUES, «La tradición y el modo», en *Información Jurídica*, 1951, pág. 385 y sigs.
- ROCA SASTRE, «La venta de cosa ajena», en *Estudios de Derecho Privado*, t. II, Madrid, 1948, pág. 363 y sigs.
- *Derecho Hipotecario*, t. I, Barcelona, 1954.
- RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990.
- RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994.
- SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1947.
- VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre derecho de cosas*, t. I, Madrid, 1973.
- VELA SÁNCHEZ, «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en *ADC*, enero-marzo de 2007, pág. 67 y sigs.

RESUMEN

DOBLE VENTA.
VENTA DE COSA COMÚN
FE PÚBLICA REGISTRAL

En el presente trabajo se analiza la contradictoria jurisprudencia en torno a la figura de la doble venta de bienes inmuebles, doctrina que parece haberse aclarado con las trascendentes sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007. La delimitación conceptual entre doble venta y venta de cosa ajena, su conexión con la teoría del título y el modo, así como su incardinación con el sistema registral y las adquisiciones a non domino derivadas de la aplica-

ABSTRACT

DOUBLE SELLING.
SALE OF SHARED PROPERTY
CONCLUSIVE TITLE

This paper looks at the contradictory case law concerning the double selling of immovable property. Legal doctrine on the subject would appear to have been clarified by the vitally significant Supreme Court rulings of 5 March and 7 September 2007. The paper looks at points including the conceptual delimitation between double selling and the selling of third-party property, its connection with the rule whereby validity in transactions requires written agreement and delivery, its

ción del principio de fe pública registral, son aspectos que se analizan en el presente trabajo. Asimismo, se estudia en qué medida la doctrina del Tribunal Supremo, asentada en las citadas sentencias, se está respetando o no en resoluciones posteriores.

incorporation in the registration system and a non domino dispositions under the rule of conclusive title. The paper also discusses the extent to which the Supreme Court jurisprudence set in the aforesaid rulings is being respected or ignored in later decisions.

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA.—II. FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS.—III. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.—IV. CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA

Cuando se produce un suceso como consecuencia del cual una persona experimenta un daño, la pregunta que surge es si el perjudicado debe soportar el daño o si, por el contrario, se le concede un derecho a obtener un resarcimiento, lo que implicará que el daño sea soportado por otras personas: aquellas que vienen obligadas a satisfacer el importe de la indemnización. Como señala Díez Pícazo (1): «conviene no perder de vista, como dato muy importante, lo que se puede llamar la irreparabilidad del daño, si las cosas se contemplan globalmente. Aunque existe la idea difusa, sin duda optimista, de que indemnizar un daño es hacerlo desaparecer, este pensamiento no pasa de ser una cabal ilusión. Decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió, recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes».

Este problema del desplazamiento del daño es el que configura la materia de la responsabilidad extracontractual que va a dar lugar a una serie de obligaciones que tienen por objeto resarcir el daño causado a otra persona por una acción u omisión culpable no constitutiva de delito ni de incumplimiento contractual.

Al no estar basadas en un incumplimiento del contrato, la doctrina se pregunta por su fundamento, encontrándose las siguientes teorías:

Tradicionalmente se fundamenta la responsabilidad extracontractual en un criterio subjetivo que viene determinado por la existencia de culpa en el

(1) Díez Pícazo, L., *Derecho de daños*, Civitas, 2000, págs. 41 y 42.

autor del daño. Este criterio es el que se recoge en el artículo 1.902 del Código Civil conforme al cual: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Pero a partir del siglo XIX el fundamento viene determinado por una circunstancia objetiva: la existencia del daño entendiéndose que es exigencia de equidad que el autor del acto responda de todo daño que de él se derive, aunque lo hubiera realizado con la necesaria precisión. La responsabilidad se deriva así de la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido independientemente de todo elemento de intencionalidad o falta de diligencia. Se trata de la llamada responsabilidad objetiva, cuyo fundamento estriba en la teoría del riesgo, según el cual el que hace nacer un riesgo para otro debe responder del daño causado, aunque no medie culpa de su parte.

De modo que se ha producido lo que DE ÁNGEL (2) llama «la irrupción de una mentalidad colectiva más identificada con el designio de indemnizar a las víctimas de los daños que con el de observar cuidadosamente la culpabilidad de quien los produce».

En nuestro Derecho, en términos generales, el problema no se plantea bajo la misma perspectiva que en el Derecho alemán, pues frente al carácter más concreto y rígido de las normas alemanas que integran el Derecho de daños, el artículo 1.902, al igual que su modelo francés, contiene una cláusula general que no restringe ni tipifica los actos ilícitos ni los daños susceptibles de resarcimiento, sino que supone una norma genérica que, basada en el principio *de naeminem laedere*, confía a los jueces la interpretación de las normas y de los principios jurídicos del ordenamiento, para que determinen en el caso concreto, la existencia o no de daño resarcible. De este modo, el grado de arbitrio judicial que la corriente «informalista» alemana demanda para su país, ha existido en el nuestro desde la publicación del Código Civil, y ha supuesto una contribución decisiva al desarrollo y formación de nuestro Derecho de daños. Precisamente, es mérito de la jurisprudencia española haber recogido las ideas sobre la doctrina del riesgo y haber procedido a su aplicación en España, aunque no existieran normas legales que respaldaran tal criterio.

II. FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS

Las funciones atribuidas tradicionalmente al derecho de daños han sido básicamente tres:

1. La función punitiva.
2. La función preventiva.
3. La función de reparación o indemnizatoria, por lo que vamos a examinar su posible aplicación al Derecho de daños actual:

1. En cuanto a la función punitiva, aunque es cierto que estuvo en los orígenes de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual, la moderna doctrina considera que el Derecho de daños no tiene una función punitiva, la cual corresponde exclusivamente a las normas penales y, en ciertos casos, a lo que se ha llamado el Derecho Administrativo sancionador.

(2) *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2000, t. 8, pág. 338 y sigs.

En efecto, mientras en el ámbito penal se trata de juzgar a una persona para imponerle una pena si su conducta está tipificada como delito o falta, independientemente de si ha ocasionado con ella perjuicios patrimoniales o no; en el ámbito civil se le juzga para imponerle no una pena, sino la obligación de resarcir los daños causados. Por ello, como señala PANTALEÓN, la función normativa de la responsabilidad extracontractual no es punitiva (3), y ello se manifiesta en los siguientes aspectos:

A) En cuanto a la determinación de la culpa en el agente, no rige el principio de presunción de inocencia tipificado en el artículo 24.2 de la CE, sino que es posible la presunción *iuris tantum* de culpabilidad (4). Es decir, que como tiene declarado el TS, de acuerdo con la doctrina del TC, la presunción de inocencia actuará siempre que deba adoptarse una resolución administrativa o judicial, en virtud de la cual, tras apreciar la condición o conducta de las personas, se derive un resultado sancionador o limitativo de sus derechos, pero no es aplicable en caso de culpa extracontractual, ya que en tales supuestos: «sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios de un ilícito civil (STS de 13 de diciembre de 1993)».

B) Y en cuanto a la obligación de resarcir, puede indicarse: a) que el *quantum* resarcitorio no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta, sino con arreglo a la entidad del daño. Como señala la STS de 13 de abril de 1987, de lo que se trata en el ámbito de aplicación del artículo 1.902 es de lograr en cada caso la indemnidad, «que es el único designio de la norma»; y b) que siendo una mera deuda, no personalísima, es transmisible *mortis causa* a los herederos del responsable, es asegurable y, caso de solicitarse dentro del proceso penal, está sujeta al principio de rogación o instancia de parte. Como señala Díez PICAZO: «las normas sobre responsabilidad civil no pueden llegar más allá del alcance económico del daño efectivamente producido y no pueden entrar en funcionamiento si el daño no ha existido, por muy reprochable que haya sido la conducta del acusado o demandado».

2. En cuanto a la llamada función preventiva, podemos distinguir, siguiendo a Díez PICAZO, entre una función psicológico-preventiva y una función económico-preventiva. En realidad el problema de fondo estriba en determinar si el Juez, a la hora de interpretar y aplicar las normas del Derecho de daños, debe tener en cuenta, no sólo los principios y valores contenidos en ellas, sino también el coste económico-social de las medidas de prevención de daños, con lo cual el Derecho de daños tendría dicha función preventiva.

(3) Como señala PANTALEÓN en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. II, pág. 1971.

(4) Conforme a la sentencia del TC, de 22 de febrero de 1989: «la posibilidad de extender la presunción de inocencia fuera del ámbito de la jurisdicción penal ha sido reconocida en diversas ocasiones por este Tribunal (SSTC 13/1982, de 1 de abril; 24/1984, de 23 de febrero, y 36/1985, de 8 de marzo, entre otras), quienes han puesto de manifiesto que dicho derecho fundamental no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que ha de referirse también a la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, relativa a la condición o conducta de las personas, de cuya apreciación se derive un resultado sancionador o limitativo de sus derechos. No obstante de ello no puede deducirse la aplicación del mencionado derecho fundamental, sin más, a todos los procesos civiles y a la apreciación de la prueba en ellos».

En mi opinión, para resolver esta cuestión, hay que tener en cuenta:

- Que, como señala el propio Díez PICAZO: «en sistemas de base legalista como el Derecho español y prácticamente todos los que pertenecen al área del Derecho europeo continental codificado, la relación directa en que los jueces se encuentran con las normas jurídicas de origen legal, les impide llevar a cabo tareas que excedan de la interpretación de tales normas y, en su caso, de la integración de las lagunas que el sistema legal pueda presentar. Por ello no es extraño que el llamado análisis económico del Derecho haya crecido y se haya desarrollado en los sistemas de Derecho anglosajón, donde es fama que los jueces disponen de una mayor dosis de libertad de actuación.
- Que la doctrina del análisis económico del Derecho es una corriente dogmática que pretende la interpretación y aplicación de las normas jurídicas de acuerdo con criterios económicos. Ahora bien, esta doctrina no pretende encauzar las normas jurídicas con arreglo a cualesquiera criterios de las ciencias económicas, sino atendiendo al objetivo de conseguir la mayor producción de riqueza con la mejor asignación de recursos posible. Desde este punto de vista, nuestra doctrina no acepta, en términos generales, la posibilidad de que la interpretación de las leyes venga necesariamente determinada por las bases económicas del bienestar social, conclusión que, en mi opinión, es acertada, ya que se trata de un criterio de política jurídica que, o tiene un adecuado reflejo en las normas legales o, como tal criterio general, deberá quedar fuera del «material interpretativo del juez», sobre todo si se tiene en cuenta la flexibilidad constitucional en materia de adopción de sistemas económicos (art. 38 CE).

En cualquier caso, sí hay un aspecto económico que ha influido sobremedida en la doctrina jurisprudencial moderna sobre la responsabilidad extracontractual, y es la posibilidad económica de resarcimiento del daño. Las tendencias hacia una socialización del daño unidas a la existencia de un seguro de responsabilidad civil u otras circunstancias que impliquen una efectiva posibilidad de atender económicamente al resarcimiento, han dado lugar a un sistema en el que —como decía YZQUIERDO TOLSADA— siempre hay alguien a quien denominar responsable de un suceso desgraciado, aunque se trate sólo de una persona cuya única intervención en el daño consistió en tener la desgracia de ser solvente, o de tener detrás a un asegurador o a una Administración Pública de la que dependía profesionalmente.

3. Por lo tanto, la verdadera función del derecho de daños es resarcitoria o indemnizatoria, en definitiva, se trata de evitar, como decía la STS de 3 de febrero de 1989, que la víctima sufra de forma definitiva las consecuencias del daño.

III. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

La tarea realizada por la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales, que están basados en la doctrina de la culpa, tiende a conseguir la máxima protección de las víctimas de los sucesos dañosos.

Se trata, por lo tanto, de interpretar una norma concebida genéricamente, como es la cláusula general del artículo 1.902, de acuerdo con las nuevas

realidades sociales. Para entender debidamente la evolución conviene tomar como punto de partida la doctrina clásica del TS, recogida en la sentencia de 9 de abril de 1896, conforme a la cual: «para que pueda concederse la indemnización de daños y perjuicios, es preciso demostrar por el actor que se han ocasionado por un acto u omisión imputable a la persona de quien se exige y en el que haya intervenido culpa o negligencia por parte de la misma o de sus dependientes». Así el actor debía probar:

- a) La existencia del daño.
- b) La relación de causalidad entre el daño y el hecho productor del mismo, es decir, que el daño se ha ocasionado por un acto u omisión imputable a una persona.
- c) La culpa o negligencia del causante del daño.

La cuestión de la prueba de la existencia del daño no ha experimentado variación alguna y «para el resarcimiento de daños es necesaria la prueba de ellos de forma categórica, sin que sean suficientes meras hipótesis o probabilidades» (STS de 29 de septiembre de 1986), ya que «la doctrina fundamental en nuestro sistema de indemnización de daños y perjuicios es la de la realidad de éstos. Para que un daño sea indemnizable ha de probarse necesariamente por quien lo reclama, que éste ha existido, siendo al demandante que alega a quien incumbe la prueba de que el daño es real en su existencia y a cuánto asciende la cuantía» (STS de 20 de marzo de 1991).

En cuanto a la relación de causalidad conviene poner de relieve la diferenciación entre imputación de un hecho (fáctica) e imputación de responsabilidad (jurídica). La primera es absolutamente independiente de la culpa del agente y tiende, exclusivamente, a conectar el daño con el hecho, acto u omisión que lo produjo. Respecto de ella, nuestra jurisprudencia es constante y no cabe la menor duda de que es un requisito necesario para la existencia de responsabilidad extracontractual, correspondiendo la prueba al demandante. En este sentido tampoco ha habido cambio en la línea jurisprudencial y es un principio general que entre el hecho producido y el daño a indemnizar debe mediar la relación de causa a efecto, la cual no se presume y no puede basarse en meras conjeturas o probabilidades, sino en una indiscutible certeza probatoria, correspondiendo al demandante la prueba de que la conducta de la persona contra la que se dirige la acción fue el motivo determinante y la causa del resultado cuya reparación se pretende.

Pero la mera relación de causalidad, lo que hemos llamado imputación fáctica, no basta para originar responsabilidad en el sistema del artículo 1.902 del Código Civil, sino que es necesaria la culpa del agente que determina la imputabilidad jurídica, y éste es el aspecto donde la evolución jurisprudencial ha sido más notable.

El TS venía exigiendo que el demandante-perjudicado probara la existencia de culpa por parte del causante del daño, bien se manifestara en su voluntad o propósito de dañar (dolo), o bien en su descuido o negligencia (culpa en sentido estricto), pero atendiendo a las nuevas realidades sociales, se aparta de tales planteamientos, adoptando una línea que se ha llamado gráficamente de «facilitación de las indemnizaciones» (5).

(5) La doctrina discute sobre la exacta colocación del punto de inflexión jurisprudencial que para algunos podría estar en la sentencia de 10 de julio de 1943, en la que el TS señaló que: «considerando que si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los

Esta línea viene marcada por dos aspectos fundamentales:

1. El primero es la presunción *iuris tantum* de la culpa del agente y consiguiente inversión del *onus probandi*, de modo que como indicaba la sentencia de 26 de mayo de 1976, «conforme a la moderna jurisprudencia de esta Sala, la culpa extracontractual se presume, correspondiendo al autor del daño probar la ausencia de aquélla».
2. El segundo aspecto, una vez que es el autor del daño el que debe probar su diligencia, ha consistido en dificultar tal prueba exoneratoria, de manera que:

Por un lado, se produce una valoración en concreto de la diligencia por aplicación del artículo 1.104 del Código Civil, que ya la sentencia de 23 de diciembre de 1952, aunque reconociendo que estaba dictado para los casos de culpa contractual, declaró aplicable a todo género de obligaciones, por lo cual, los Tribunales comienzan a exigir en el agente aquella diligencia que venga dictada por la naturaleza de «la situación» y corresponda a las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar. No basta, por lo tanto, la diligencia media del buen padre de familia, pues ha de adoptarse «la prudencia que las circunstancias del caso exigen» (STS de 30 de junio de 1959).

Y, por otro lado, se produce una elevación del nivel de diligencia exigible, de manera que no basta que el demandado acredite haber cumplido con la diligencia exigida por los reglamentos y disposiciones legales, sino que para quedar exonerado de responsabilidad, debe haber actuado con toda la diligencia posible, sin que por otra parte, una actuación lícita equivalga a actuación diligente, pues también una actuación de tal naturaleza puede dar lugar a daños indemnizables cuando el agente no se aseguró diligentemente del alcance y consecuencia de sus actos.

Llevada a sus últimos extremos, tal doctrina jurisprudencial hace casi imposible la exoneración del demandado, pues aunque éste actúe lícitamente y con cumplimiento de las normas reglamentarias que establecen medidas para prevenir y evitar los daños, ello no es suficiente, pues la propia realización del daño revela que «faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia», por lo que conforme a la doctrina del *res ipsa loquitur*, el daño por sí mismo es la prueba de que no se ha observado la diligencia necesaria en el caso concreto.

atropellos causados por automóviles no está consagrado en nuestras leyes, esto no excluye que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa pueda presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción; bien entendido que para no tener en cuenta la antijuridicidad y la culpa, si en principio existen, es necesario demostrar que el autor del hecho causal del daño había procedido con la diligencia y cuidado debidos, según las circunstancias, y que siempre que el perjudicado contribuye a la realización del hecho expresado es obligado, a efectos compensativos, determina quién es el responsable del acto u omisión de mayor preponderancia», y para otros como Díez Picazo, puede situarse en la sentencia de 30 de junio de 1959, que tiene la ventaja de haber sido aquélla en que las sentencias posteriores del TS consideran que el giro se produjo. No obstante, como señala DE ÁNGEL, existen sentencias precursoras como la de 26 de febrero de 1935, conforme a la cual: «la responsabilidad extracontractual sólo puede enervarse demostrando la concurrencia de caso fortuito, culpa del perjudicado o diligencia de un padre de familia».

Lo más importante de esta orientación jurisprudencial es determinar su fundamento y alcance, ya que si se generaliza esta doctrina, el agente será siempre culpable (la propia existencia del daño revela que no empleó la diligencia necesaria en el caso concreto), salvo los casos de fuerza mayor o culpa exclusiva del perjudicado, como si se tratara de una responsabilidad objetiva.

En este sentido destaca la sentencia de 12 de noviembre de 1993, conforme a la cual: «La responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, según impone el artículo 1.902 del Código Civil, ha ido evolucionando a partir de la sentencia de 10 de julio de 1943, hacia un sistema que sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, a modo de lucro obtenido con la actividad peligrosa, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, por el cauce de la inversión de la carga probatoria, presumiéndose culposa toda acción u omisión generadora del daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias de lugar y tiempo, o bien exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiéndose que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles no han ofrecido un resultado positivo; pero sin embargo, la evolución de la objetivación de la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno permite la exclusión sin más, del principio básico de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo».

Es decir, aunque se parta de un sistema subjetivista, la evolución del mismo, dictada por la nueva realidad social y en beneficio de las víctimas, ha dado lugar a un cierto grado de objetivación de la responsabilidad extracontractual.

IV. CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Una vez determinada la función indemnizatoria como la verdadera y propia función normativa del derecho de daños y analizadas las tendencias jurisprudenciales favorecedoras de la concesión de indemnización como medio de proteger adecuadamente a las víctimas, vamos a exponer algunas conclusiones en torno al concepto de responsabilidad objetiva.

De lo que hemos ido exponiendo vemos que la responsabilidad objetiva se ha definido generalmente, a través del dato negativo de la ausencia de culpa en el agente, de manera que existe tal responsabilidad si se impone a una persona la obligación de indemnizar con independencia de si ha intervenido o no culpa o negligencia en la producción del daño. La conclusión que extraemos de ello es que, en tales casos, el factor de imputación no será subjetivo, ya que no se lleva

a cabo una especial valoración de la conducta del agente para determinar si obró negligentemente o no, sino que será objetivo, ya que la responsabilidad se anuda a circunstancias que no tienen que ver con la culpa.

El problema que se plantea es el de si es posible construir sobre esta base un verdadero sistema de responsabilidad objetiva en el que se puedan unificar los distintos factores de imputación ajenos a la culpa y que se contraponga al sistema de responsabilidad subjetiva. Considero que el concepto de responsabilidad objetiva no es un concepto absoluto que responda exclusivamente a la noción de ausencia de culpa, sino que engloba diferentes tipos de responsabilidad que obedeciendo a un denominador común como es la no exigencia de culpa en la conducta del responsable, cada uno de los cuales tiene una serie de elementos diferenciales. De esta manera, la responsabilidad sin culpa constituye el centro de gravedad sobre el que gravitan formas que aun perteneciendo a la misma familia, difieren entre sí. Se trata de un fenómeno universal que puede presentarse en forma pura, pero también con caracteres híbridos. En realidad lo que ocurre es que la imposibilidad de ofrecer un concepto unitario y positivo de responsabilidad objetiva, deriva de que no existe realmente un sistema de atribución de responsabilidad sobre bases objetivas, sino sólo circunstancias correctoras de un único factor de imputación basado en la culpa.

Así, el desplazamiento del daño del patrimonio de la víctima al patrimonio del responsable exige necesariamente valorar la conducta de éste, aunque el contenido de esa valoración cambiará según los casos, de manera que:

1. Si la causa directa del daño aparece ligada a una intervención humana, la valoración de la conducta del hombre tendrá un aspecto dinámico, ya que se tratará de contrastar la actividad realizada con los principios éticos y morales de la sociedad de que se trate, para imponer al agente la obligación de resarcir los daños causados por aquellas conductas que no se ajusten a las pautas valorativas aceptadas socialmente, es decir, que sean negligentes.
2. Si en cambio, no puede apreciarse en la realización del daño la existencia de una actuación humana directa, la valoración del comportamiento del hombre tendrá un aspecto estático, y se referirá a la composición y vigilancia de su entorno patrimonial para imponerle responsabilidad si la composición de su patrimonio está integrada por elementos que generan un peligro para los demás.

Tal valoración es esencial y en ese proceso valorativo la regla de principio es que no hay conductas negligentes *per se*, por lo que el agente tiene siempre la posibilidad teórica de liberarse de responsabilidad probando que su actuación se acomodó a las pautas de diligencia aceptadas socialmente.

No obstante, respecto de ciertas actividades y respecto de ciertas situaciones del patrimonio que contienen elementos que por su naturaleza o situación constituyen un riesgo social, sí que puede formularse la regla de que la negligencia se considera inherente a la realización de la actividad o a la situación patrimonial, por lo que no se permite al responsable probar diligencia alguna. Su conducta entendida en el aspecto dinámico de su actividad y también en el estático de la vigilancia y conservación de su patrimonio es negligente por naturaleza al generar peligro social. Como si la regla *alterum non laedere* implicara no sólo no dañar efectivamente a nadie, sino tampoco hacer soportar a los demás un claro peligro de sufrir tales daños.

Pero en definitiva, el único factor de imputación es la culpa, siendo la llamada responsabilidad objetiva la consecuencia de aplicar a tales supuestos en que la imputación jurídica ya está hecha, meras reglas de imputación fáctica aunque, eso sí, con ciertas especialidades derivadas de la valoración jurídica del caso, para procurar que no sea siempre el autor material del daño el que tenga la obligación de soportarlo, sino otra persona (generalmente quien se beneficia de la actividad) si ello se considera más justo.

El concepto de responsabilidad objetiva no tiene así un alcance positivo ni unitario, por lo que sería preferible enfocar la cuestión desde el punto de vista del único factor de imputación existente en realidad que es la culpa, para poder estudiar ese complejo proceso en virtud del cual determinadas conductas quedan definidas como culpables *per se*, aunque se aceptan por virtud de su utilidad social; realizada en ellas la imputación jurídica por culpa, se reducen y concretan las causas de exoneración de que dispone el agente y se modalizan los criterios de imputación fáctica como consideraciones jurídicas para procurar que el daño sea repartido del modo más justo.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DERECHO DE DAÑOS

La responsabilidad extracontractual da lugar a una serie de obligaciones que tienen por objeto resarcir el daño causado a otra persona por una acción u omisión culpable no constitutiva de delito ni de incumplimiento contractual.

Tradicionalmente se fundamenta la responsabilidad extracontractual en un criterio subjetivo que viene determinado por la existencia de culpa en el autor del daño. Este criterio es el que se encuentra tipificado en el artículo 1.902 del Código Civil, pero posteriormente el fundamento viene determinado por una circunstancia objetiva: la existencia del daño, entendiéndose que es exigencia de equidad que el autor responda de todo daño que de él se derive, aunque lo haya realizado con la necesaria precisión.

Analizamos el fundamento y función del derecho de daños, los criterios jurisprudenciales sentados en esta materia, así como algunas consideraciones en torno al concepto de responsabilidad objetiva.

ABSTRACT

NON-CONTRACTUAL LIABILITY RIGHT TO DAMAGES

Non-contractual liability gives rise to a series of obligations whose object is to provide redress for damage done to another person by a culpable act or omission that constitutes neither an offence nor breach of contract.

Traditionally, non-contractual liability is based on a subjective criterion determined by the existence of negligence on the part of the doer of the damage; this criterion is the one described in article 1.902 of the Civil Code. Subsequently, however, the foundation is determined by an objective circumstance: the existence of damage. It is understood to be a requirement of fairness for the doer to be liable for all damage he does, even if he has acted with the necessary precision.

The authors look at the foundation and function of the right to damages, the criteria of case law on this subject and some considerations concerning the concept of objective liability.

1.6. Responsabilidad Civil

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL E INMISIONES MEDIOAMBIENTALES: LOS DAÑOS CAUSADOS POR INMISIONES SONORAS Y ELECTROMAGNÉTICAS

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

Secretaria IDADFE

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA VIVIENDA FAMILIAR Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD ANTE LAS INMISIONES PROCEDENTES DEL RUIDO Y VIBRACIONES: PLURALIDAD DE VÍAS Y REPERTORIO DE ACCIONES.—III. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN CONTRA LAS INMISIONES ACÚSTICAS Y ELECTROMAGNÉTICAS. PANORAMA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—IV. LA INCIDENCIA DE LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: POLÍTICAS MEDIOAMBIENTALES Y CONTAMINACIÓN ACÚSTICA.—V. DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE INMISIONES MEDIOAMBIENTALES: CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 1.908 DEL CÓDIGO CIVIL Y DERECHO A INDEMNIZACIÓN, AUNQUE LA ACTIVIDAD DAÑOSA CUENTE CON AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 31 DE MAYO DE 2007. DEPRECIACIÓN DE LA VIVIENDA Y DAÑOS AL PAISAJE: PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACIÓN ACÚSTICA E IMPROCEDENCIA POR LA CONTAMINACIÓN ESTÉTICA O VISUAL POR SER EL PAISAJE UN BIEN COLECTIVO NO SUSCEPTIBLE DE CONSTITUIR EL OBJETO DE UN DERECHO SUBJETIVO. 2. LOS ASPECTOS JURISPRUDENCIALES EXPUESTOS POR LA SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2007: LA EXCELENTE Y DIDÁCTICA SISTEMÁTICA DEL PONENTE MARÍN CASTÁN. 3. LA VÍA CIVIL COMO LA VÍA MÁS IDÓNEA PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES MEDIOAMBIENTALES: ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN. 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 DE FEBRERO DE 2010. DESESTIMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR LAS INMISIONES SONORAS Y ELECTROMAGNÉTICAS DE UN TRANSFORMADOR DE ENERGÍA ELÉCTRICA SITUADO EN LOS BAJOS DE UN EDIFICIO: PRUEBA Y REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES QUE HACEN ADMISIBLE LA EXPOSICIÓN ELECTROMAGNÉTICA.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

La obligación de reparar ciertos daños dimanantes de las más variadas actividades industriales, fue acogida con prontitud por doctrina y jurisprudencia. El Fundamento Jurídico para resarcir la lesión causada se basaba en el perjuicio sobre la propiedad recurriendo, para ello, a nociones tradicionales como las relaciones de vecindad e inmisiones y actividades molestas. Estos capítulos resarcitorios pronto se verían completados por otros que, a su vez, evidenciarían la plasticidad del Código Civil y de preceptos como el 590, el 1.902 y 1.903 o el propio artículo 1.908 y la lesión al medio ambiente.

Por otra parte, los avances de las sociedades contemporáneas han ampliado el abanico y pluralidad de actividades molestas provenientes de los más variados orígenes —establecimientos comerciales y de ocio, medios de transporte aéreo, ferroviario y rodado, o, incluso, por infraestructuras instaladas en una comunidad de vecinos—, que han dado nuevo sentido a los daños y molestias relacionados con el ruido, las vibraciones y las ondas electromagnéticas. Al tiempo, la jurisprudencia más proclive a resarcir los daños morales ha sido también incorporada a la denominada contaminación acústica, y se ha reafirmado la tutela de la víctima sustentada en el capítulo jurídico de la protección de la intimidad y el respeto a la vida personal y familiar y, muy especialmente, de la inviolabilidad del domicilio familiar, así como de los artículos 10, 15 y 18 de la Constitución Española, y el octavo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. Y si se ha elegido el análisis de esta cuestión es dada su novedad la revitalización y los nuevos perfiles atribuidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo a la intimidad familiar, como la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2004, en el asunto Moreno Gómez contra España. En particular, este Tribunal ha forzado una rectificación de la línea jurisprudencial sostenida por nuestro Alto Tribunal, habiendo sido todo ello recogido por la más reciente línea doctrinal del Supremo en su Sala de lo Civil, dispuesta a estimar las pretensiones de las partes perjudicadas siempre y cuando se acredite que dichas emisiones resultan nocivas para la salud.

II. LA VIVIENDA FAMILIAR Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD ANTE LAS INMISIONES PROCEDENTES DEL RUIDO Y VIBRACIONES: PLURALIDAD DE VÍAS Y REPERTORIO DE ACCIONES

La vivienda familiar, dada su trascendencia como espacio donde se ejerce la intimidad personal y del grupo familiar, se hace acreedora de la protección más amplia en la totalidad de sus manifestaciones, sean éstas jurídicas, económicas o sociales. Esta magnitud de la vivienda familiar afecta a una pluralidad de aspectos necesitados todos ellos de especial tutela legal, como la adquisición financiada mediante políticas tributarias que, de forma indirecta, garantizan el acceso a la titularidad del domicilio, la articulación de sistemas de alquiler que cohonesten los intereses de quienes obtienen beneficios mediante su arrendamiento con los de los arrendatarios que destinan dicho espacio a la residencia habitual, o políticas urbanísticas de fomento de zonas residenciales y construcciones que atiendan la calidad técnica debida, con singular protección a todo el proceso de edificación (1) y el contrato de obra y responsabilidad de la construcción (2), etc.

(1) Así lo evidencia el reciente Código Técnico de la Edificación y, en particular, el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre, por el que se aprobaba el documento básico «DB-HR Protección frente al Ruido» del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación. En su primer párrafo resume la cuestión fundamental a la que pretende aplicar soluciones técnicas: «la contaminación acústica que soportan los ciudadanos en los edificios que utilizan es uno de los principales obstáculos para poder disfrutar tanto de una vivienda digna y adecuada como del derecho a un ambiente adecuado».

(2) Especialmente, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, ya que en su Disposición Final segunda se contempla la aprobación de las medidas pertinentes en materia de habitabilidad y seguridad.

En su virtud, la doctrina civilista se ha ocupado de muchos de los aspectos que conforman las vertientes contractuales del régimen de titularidad del domicilio (derecho real pleno, derechos reales limitados de goce y de garantía, contrato de compraventa, de alquiler, de obra, etc.) y, también y como no podía ser menos, del especial sistema tuitivo de la vivienda en las parejas matrimoniales (3).

Muchas son las razones que han aconsejado que el sistema de protección de la vivienda haya ido más allá de la tutela jurídica ofrecida por el Derecho de Familia y del Matrimonio, para completar el conjunto de los derechos referidos a la personalidad y a la intimidad del núcleo social básico que es la familia. En resumidas cuentas, si el Código Civil tutela la vivienda de la familia matrimonial (4), la Constitución Española protege la vivienda en su concepto más amplio, de conformidad a las previsiones del artículo 47, que recoge como principio rector de la política social y económica, el acceso a una vivienda digna (5).

De este modo, las vías posibles son, entre otras, las que suministra la *Protección constitucional*. Con todo, la protección conferida por este principio rector no resulta suficiente a los efectos pretendidos por quienes se sientan afectados por inmisiones que impidan la convivencia íntima en el núcleo familiar. Por ello, y en su virtud, es necesario apelar a otros fundamentos constitucionales más eficaces para la protección, no tanto de la titularidad y el acceso a la vivienda, como al amparo de otros derechos legítimos de sus moradores ostentados por la mera tenencia del domicilio y al margen del

(3) En este sentido, la vivienda familiar y el domicilio conyugal, en particular, ostenta un régimen especial que se aparta incluso del sistema ordinario que se puede aplicar a los bienes singulares de los cónyuges. La mejor doctrina destaca sus particularidades al abordar la cuestión del domicilio conyugal tanto cuando recupera los viejos refranes castellanos que resumen: «el casado, casa quiere», como al enumerar las capacidades patrimoniales de los cónyuges entre sí, como es el artículo 1.320 del Código Civil que declara: «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial». Sobre estos diversos aspectos, mi Maestro, el Profesor LASARTE ÁLVAREZ evidencia que la materia afecta a la determinación del domicilio, a la presunción de convivencia y a la competencia judicial territorial por razón de esta sede jurídica de los cónyuges pero, por supuesto, también a su capacidad patrimonial, a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, al convenio regulador, la protección de la vivienda habitual, etc. (vid. *Principios de Derecho Civil, VI, Derecho de Familia*, Madrid, 2010, 9.ª ed., pág. 63 y concordantes).

(4) En cuanto a la vivienda en general, vid., ELGORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, 1995; RAMS ALBESA, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987, y GARCÍA CANTERO, «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986.

(5) Este artículo declara que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». Téngase en cuenta el amplio debate suscitado entre las fuerzas políticas, sobre la elevación del principio a derecho, en particular, con la Ley de la vivienda andaluza, elaborada en desarrollo del artículo 25 del nuevo Estatuto andaluz.

régimen jurídico que la familia mantenga con él (6). En síntesis, es el caso de la intimidad familiar y personal del artículo 18 de nuestra Carta Magna (7) cuya alegación —en los términos que luego se verán— ha resultado fructífera para amparar, hacer cesar y, en su caso, indemnizar los daños resultantes de la contaminación acústica cuando éstos hagan imposible la normal convivencia en el domicilio.

Al tiempo, la defensa de los derechos de la personalidad puede verse reforzada por otros preceptos que coadyuven a su respeto. Como ahora veremos habrán de ser integrados éstos con el derecho a la salud, por ejemplo. Y habrá de tenerse en cuenta que en el objeto específico que nos ocupa, es decir, las inmisiones procedentes del ruido y vibraciones, los recursos técnicos que asisten a sus víctimas pueden proceder tanto de la vía administrativa —y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por no impedir la persistencia de ruidos y vibraciones no tolerables— como de la vía contenciosa-administrativa y de la constitucional por violación de derechos fundamentales (8), siempre y cuando se encuentre involucrada una Administración (9).

En cuanto a las acciones ejercitadas en vía administrativa, se ha de añadir que en aquellos casos en que la parte perjudicada acredite la realidad efectiva de los daños sufridos por la contaminación acústica y la existencia de un nexo causal entre el funcionamiento anormal de un servicio público, será más que posible que prospere la petición de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones Públicas (10).

(6) Sobre el domicilio, vid., ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid, 2005.

(7) Dice en su párrafo primero el artículo 18 que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (vid., también, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil al Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

(8) Sobre estos aspectos, vid., MORETÓN SANZ, «La tutela contra los daños derivados del ruido en los supuestos de inactividad de los entes locales», en *RDP*, 2006, págs. 97 a 118.

(9) Dice la STS (Sala 3.^a), de 10 de abril de 2003, aplicando, a su vez, la doctrina de la STC 119/2001, que como «domicilio inviolable ha de identificarse el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima, por lo que el objeto específico de protección de este derecho fundamental es tanto el espacio físico en sí mismo como lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita. (...) Que ciertos daños ambientales, en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto a la vida privada y familiar privándola del disfrute de su domicilio. Y que debe merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la vida personal y familiar, en el ámbito domiciliario, una exposición prologada a determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, en la medida que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de acciones y omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida».

(10) Vid., el Título X, artículos 139 a 146 en materia de Responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, según la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. También el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Por otra parte, conviene también tener en cuenta el entramado jurídico procedente de las relaciones de vecindad e inmisiones, ya que las anteriores afirmaciones han sido contrastadas por la jurisprudencia menor civil donde se va imponiendo la línea que impone el resarcimiento de los daños causados, incluso cuando el agente emisor se ajuste a la normativa administrativa en materia de licencias de actividad. En definitiva, si se provocan daños acreditables deberá ser indemnizado el perjudicado por dichas perturbaciones, ya que, a mayor abundamiento, suelen ser inmisiones que exceden de los límites tolerables de las relaciones de vecindad (11).

Por su parte, también podrá ser aplicado el régimen ordinario de responsabilidad del padre de familia por los perjuicios que se provoquen a terceros por las inmisiones que procedan de la vivienda causante del daño (12), siempre y cuando aquéllos produzcan un daño evaluable (13). En fin, y entre otras posibilidades generales, también cabe alegar el fundamento de los artículos 590 del Código Civil (14) para la acción negatoria correspondiente para la retirada de los aparatos causantes de ruidos y vibraciones como suelen ser los de aire acondicionado (15), toda vez que, en definitiva, las molestias que producen desequilibran la convivencia familiar.

En todo caso y en este ámbito civil ha de tenerse presente que frente a estas inmisiones acústicas, los perjudicados tienen a su disposición diversas posibilidades contra el agente causante. De modo que si éste es un sujeto de Derecho Privado, podrán ejercer las acciones correspondientes por responsabilidad civil

(11) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 6 de julio de 2005, que condena a un supermercado por la emisión de ruidos y vibraciones que causan molestias relevantes a los habitantes de las viviendas del mismo inmueble, cifrándose en más de 6.000 euros el importe de la indemnización en concepto de daños patrimoniales y en 20.000 euros los daños morales.

(12) Sobre la materia, vid., HERNÁNDEZ GIL, «Las relaciones de vecindad en el Código Civil. Discurso leído el día 28 de enero de 1985, en la sesión inaugural del curso 1984-1985 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», en *Derechos Reales. Derecho de Sucesiones. Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 91 a 173; FERNÁNDEZ URZAINQUI, *La tutela civil contra el ruido*, Madrid, 2003, pág. 37 y sigs., y MACÍAS CASTILLO, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, Madrid, 2004, pág. 25 y sigs.

(13) «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado» (art. 1.902 del Código Civil); a mayor abundamiento el 1.908 declara que «igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 2. Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades, y 4. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen».

(14) «Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera, pozos, cloacas, acueductos, hornos fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban. A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos».

(15) Es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3.ª, en su sentencia de 4 de mayo de 2004, donde desestima la acción negatoria ejercida en virtud de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, por falta de prueba. Por su parte, con idénticos fundamentos jurídicos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, de 7 de enero de 2003, donde sí se estiman parcialmente los pedimentos del demandante contra un restaurante que causa olores, ruidos y molestias.

extracontractual, fundándose en la mencionada conculcación de su intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio (16). Además de la reclamación por responsabilidad extracontractual y ya como procedimientos singulares, se añaden, en el orden civil y en los casos en que las inmisiones se produzcan en el ámbito de un contrato de arrendamiento urbano, ciertas medidas especiales. En estos supuestos podrá recurrirse a la apelación de las normas que regulen el especial régimen jurídico de su morador, por lo que si el agente causante es un arrendatario, en virtud y por aplicación de los preceptos correspondientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, podrá el arrendador proceder a la resolución del contrato que les vinculaba (17).

En su caso, a la comunidad de propietarios también le cabe instar la privación del uso de la vivienda de quien desarrolle actividades molestas recurriendo al procedimiento previsto en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal (18). El precepto en cuestión recoge un procedimiento específico donde tras el requerimiento del Presidente de la Comunidad al propietario o, en términos generales, al ocupante del piso o local que desarrolle en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, podrá concluir con dicha privación de la vivienda (19).

Por supuesto el repertorio de acciones en la materia es extenso y cabe destacar, entre otras, la posibilidad que la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, ha introducido en su Disposición Adicional quinta, al contemplar expresamente el saneamiento por vicios o defectos ocultos cuando en el inmueble objeto del contrato de compraventa no se cumplan los objetivos de calidad del espacio interior (20).

En definitiva buena parte de los procedimientos civiles puestos de manifiesto atienden a la pacífica convivencia que debe presidir las relaciones de vecindad y, en suma, a su reposición cuando con ocasión de molestias ocasionadas por los ruidos del emisor aquélla quiebre (21).

(16) En este sentido puede verse la sentencia del Juzgado de primera instancia número 10 de los de Bilbao, que condena pecuniariamente y por los daños morales provocados por la contaminación acústica producida por el piano tocado por el nieto de los vecinos, a un importe de 4.500 euros y, alternativamente, a que dejen de tocar el piano o que insonoricen la vivienda.

(17) En definitiva tal y como se prevé en el artículo 27 de la Ley 29/1992, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato, entre otras causas, cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas (vid., también, el art. 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); sobre este supuesto, vid., SAP de Madrid, de 20 de noviembre de 2000.

(18) Después del requerimiento mencionado, la Junta puede autorizar el ejercicio de la acción de cesación, que se ventilará en los cauces de un declarativo ordinario y, conseguir, en su caso, la condena de indemnización y de privación del local o vivienda (vid., art. 7.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, según la redacción operada por Ley 8/1999, de 6 de abril; y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

(19) Sobre la legitimación que asiste a cualquier comunero, vid., la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2004.

(20) Vid., también, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, artículo 3.1.c) y el Código de la Edificación.

(21) A la vía contenciosa-administrativa y la civil se añade la penal cuando los hechos sean constitutivos de conductas u omisiones tipificadas, como es el caso de la

III. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN CONTRA LAS INMISIONES ACÚSTICAS Y ELECTROMAGNÉTICAS: PANORAMA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS

Como decimos, este derecho al silencio también afecta a otros principios rectores relativos a la salud (22) y al medio ambiente (23) y, por supuesto, a la protección, entre otros, del libre desarrollo de la personalidad (24). Con todo, y a los efectos que se quiere destacar, las molestias sonoras afectan de forma directa al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (25), de modo tal que cabe afirmar con la línea jurisprudencial consolidada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que este derecho ha cobrado una dimensión acústica (26).

sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Penal, número 3 de los de Zaragoza; en ella se condena al propietario de un local por un delito de coacciones y contra el medio ambiente. En la condena, además, se le impone la obligación pecuniaria de abonar los gastos de insonorización del local. En todo caso, téngase presente el contenido del artículo 325 del Código Penal, ya que en la redacción dada en el año 1995 al párrafo primero se tipifica un delito de riesgo abstracto, frente al párrafo segundo donde se contempla un delito en que, por el contrario, no basta el peligro sino que es necesario el resultado lesivo. También v.gr., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3.ª, de 20 de marzo de 2006, donde se condena por contaminación acústica al propietario de un bar. Finalmente, se ha de destacar el ámbito de lo laboral y las normas tutelares del trabajador. En este sentido, el Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición del ruido, pretende desarrollar, entre otros mandatos, el recogido por el artículo 137.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que establece como objetivo la mejora del entorno de trabajo para proteger la salud y seguridad de los trabajadores.

(22) Artículo 43 de la Constitución Española: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio».

(23) Artículo 45 de la Constitución Española: «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

(24) Artículo 10.1.

(25) Artículo 18.1 de la Constitución: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»; vid. el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en su redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

(26) Vid., LOZANO CUTANDA, *Derecho ambiental administrativo*, Madrid, 2005, 5.ª ed., y en particular, «La protección del medio ambiente como bien jurídico», págs. 25 a 93; PULIDO QUECEDO, «La lesión por ruido medioambiental de nuevo ante el Tribunal Constitucional», en *AJA*, 671, 2005; CAVAS MARTÍNEZ, «Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador», en *AS*, 19, 2004; ALONSO GARCÍA, *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica*, Madrid, 1995; MARTÍN-RETORTILLO, «El ruido en la reciente jurisprudencia», en *RAP*, 125, 1991, pág. 319 y sigs.; MARTÍN-RETORTILLO, «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional», en *RAP*, 115, 1988.

A esta intimidad personal se suma también el derecho a la vida y a la integridad física (27) y moral consagrada en el artículo 15 de la Constitución Española, así como el punto segundo del artículo 18 por cuanto declara que «el domicilio es inviolable». En definitiva, aun cuando en ciertos casos no se ponga en peligro directo la salud de las personas, no cabe duda de que la contaminación acústica afecta a su derecho al respeto de la vida privada y familiar y, en suma, atenta al derecho a disfrutar de su propio domicilio (28). Y que tal y como se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la vulneración puede ser no sólo material sino también inmaterial (29).

Por tanto, el ruido lesiona la esfera reservada de la persona y atenta contra el derecho constitucional a la intimidad, considerado éste como derecho de la personalidad (30). En buena lógica, existiendo un daño de carácter moral y siendo éste acreditable por alguna de las vías probatorias existentes en Derecho, habrá de ser resarcido, rectificado y compensado por el agente causante (31).

De modo que por lo que a estas líneas interesa, en especial, el Convenio Europeo de 1950 recoge en su artículo octavo la protección de la intimidad personal y familiar (32), en los siguientes términos: «8.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

A la vista de este precepto, los Estados firmantes deben respetar el ámbito privado autorizándose su injerencia activa para hacer cesar cualquier violación causada por terceras personas (33). Precisamente esta obligación asumi-

(27) Téngase presente que el derecho a la salud se encuentra comprendido en la integridad física (STC 35/1996).

(28) Y así lo han ratificado las SSTEDH de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra vs. España) y de 19 de febrero de 1998 (caso Guerra vs. Italia), entre otras.

(29) Caso Moreno contra España.

(30) Vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2010, 16.^a ed., pág. 202 y sigs.

(31) Sobre el daño moral, vid., MARCOS AYARZUN, *Reparación integral del daño: el daño moral*, Barcelona, 2002; GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1990; GARCÍA SERRANO, «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», en *ACD*, 1972, pág. 799 y sigs.; ÁLVAREZ VIGARAY, «La responsabilidad por daño moral», en *ADC*, 1966, pág. 81 y sigs.

(32) Tradicionalmente la intimidad personal y familiar ha sido concebida como uno de los derechos de la personalidad cuya naturaleza, además, ha sido reforzada por el constitucionalismo moderno al considerarla integrada entre los derechos fundamentales de la persona. En este sentido, no sólo las Constituciones han previsto la defensa de este derecho sino que, además, ha sido objeto recurrente de contemplación por parte de los textos internacionales, vid., ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica», en *La Ley*, 5.437, 11-12, 2001; EVANGELIO LLORCA, «El perjuicio derivado de las inmisiones. Daños a la persona», en *RJN*, julio-septiembre, 2000, pág. 57 y sigs.; MACÍAS, «Asimilación por los Tribunales de la Jurisprudencia del TEDH en materia de inmisiones e inviolabilidad del domicilio», en *AC*, 39, 25 al 31 de octubre, 1999.

(33) Así se pronuncia el Tribunal de Derechos Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en la sentencia de la Sección 3.^a dictada el 16 de noviembre de 2004 en el caso Moreno *versus* España cuando declara que en «el presente asunto no se trata sobre

da por el Estado español al ratificar el Convenio (34), añadida a la presencia constitucional del artículo décimo que en su párrafo segundo determina que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», exige tener en cuenta el sistema de garantías y control de la aplicación del contenido del Convenio por parte de los Estados firmantes.

Si las principales sentencias en la materia son la de 21 de febrero de 1990 (caso Powell y Rayner contra el Reino Unido), seguida por la que condena al Estado español, dictada el 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra España); 19 de febrero de 1998 (caso Guerra contra Italia); 8 de julio de 2003 (caso Hutton contra el Reino Unido); y por último, la de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra España), en estas líneas serán destacadas las dos en las que se presenta como demandado el Estado español. Ambas tienen como fundamento la conculcación —entre otros— del derecho a la intimidad familiar y personal y, en sendas resoluciones las alegaciones prosperan, condenando al Estado demandado por su inactividad.

En el caso de la sentencia de 9 de diciembre de 1994, en el asunto López Ostra contra España, los hechos denunciados tienen lugar en una localidad de Murcia cuyo Ayuntamiento consiente, a partir de julio de 1988, el funcionamiento sin licencia de una planta de residuos que provocó gases, humos y malos olores, ocasionando problemas de salud a muchas personas. Pues bien, al mes el Ayuntamiento ordena el cese de una de las actividades de la planta, pero consiente que continúe el tratamiento de aguas residuales, cuyas emanaciones impedían la convivencia familiar normal de la que después fue demandante. Tanto la vía de protección de derechos fundamentales como el recurso de apelación, resultan desestimados pese al informe favorable del Ministerio Fiscal. Por su parte, el Tribunal Constitucional declara inadmisibles el recurso de amparo que interpone, por ser, a su juicio, manifiestamente infundado. Finalmente, en octubre de 1993, cinco años después de su instalación, la planta es clausurada en virtud de una denuncia por delito ecológico. En cuanto a la resolución del Tribunal, se estiman las alegaciones de la demandante, quien «sostuvo que, a pesar del cierre parcial de 9 de septiembre de 1988, la planta continuó despidiendo humos, ruido persistente y fuertes olores, que hizo insufribles las condiciones de vida de su familia y causó serios problemas de salud tanto a ella como a su familia. En relación a esto alegó que su derecho al respeto a su domicilio había sido conculcado».

Por su parte, y en cuanto a la de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra España), cabe destacar que la demandante vivía en una zona residencial de Valencia en la que, a partir de 1974 se comenzaron a instalar salas de fiestas, bares, pub y discotecas que hacían imposible el descanso de los vecinos. Vistas sus reclamaciones, el Ayuntamiento resolvió que, a partir de 1983,

una injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio del derecho al respeto del domicilio, sino sobre la inactividad de éstas para hacer cesar la violación, causada por terceras personas, del derecho invocado por la demandante (...) En estas circunstancias, el Tribunal considera que el Estado demandado no cumplió su obligación positiva de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada, ignorando el artículo 8 del Convenio».

(34) El Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979 y entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979.

no se autorizarían más licencias de este tipo. Con todo se concedieron nuevas licencias; en 1993, más de diez años después de las primeras quejas, el Ayuntamiento, en el informe pericial encargado, constató que, en particular, los fines de semana de madrugada el nivel de ruido superaba los 100 decibelios. Por fin, en 1996 aprobó una nueva ordenanza que limitaba a 45 los decibelios y declaraba acústicamente saturada la zona en cuestión. Pese a todo, el Ayuntamiento concedió una nueva licencia que posteriormente anuló.

Nuevamente el Tribunal condena al Estado español al ignorar su obligación positiva de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada y, efectivamente, «en el presente asunto no trata sobre una injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio del derecho al respeto al domicilio, sino sobre la inactividad de éstas para hacer cesar la violación, causada por terceras personas, del derecho invocado por la demandante».

Especialmente, el caso ventilado en la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2004, en el asunto Moreno Gómez contra España, ha forzado a cierta rectificación de la línea jurisprudencial sostenida por el Tribunal Constitucional español. Así y a la vista del artículo 10.2 de la Constitución Española y la interpretación de los derechos fundamentales y libertades hechas de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, nuestro Tribunal Constitucional ha estimado el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Providencia de inadmisión de amparo de Miguel Cuenca por infracción del derecho a su vida privada y familiar, en un asunto sobre contaminación en una zona acústicamente saturada.

Téngase en cuenta que, previas al asunto Moreno Gómez, el Tribunal Constitucional español había tenido ocasión de pronunciarse en doctrina claramente contradictoria entre sí. Los dos supuestos más llamativos tenían en común que habían sido dictados en recursos de amparo, fundándose en la ausencia o concurrencia del principio de legalidad que justificase la sanción administrativa por conculcación a las Ordenanzas municipales (35). Pues bien, en una de ellas (36), el Alto Tribunal desestimaba el recurso al entender que la sanción impuesta por el Ayuntamiento al recurrente no violaba el principio de legalidad, toda vez que la potestad sancionadora en materia de ruidos y vibraciones estaba atribuida a los Municipios por la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico 1972.

En la sentencia dictada unos días después (37), esta vez en la Sala Segunda, se estimaba el recurso interpuesto por el titular de un establecimiento sancionado por el Ayuntamiento de Santander y al que se le había impuesto el cierre, por un mes, del local ante los ruidos y molestias generados. En esta ocasión el Alto Tribunal apreciaba que el fundamento de la Ordenanza sustentado en la Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana, resultaba insuficiente para dar cobertura legal a dicha sanción.

(35) Gracias a las previsiones de la Ley del Ruido, no ha lugar a esta cuestión, o por mejor decir, se ha puesto punto final en este debate, ya que la mencionada norma atribuye competencias en materia de tipificación y sanciones sobre el ruido. Con ello se disipa cualquier duda acerca de la competencia de los Entes locales en la materia, ya que pese a que así se establece en la Ley de Bases del Régimen Local, se había puesto en duda en distintas resoluciones judiciales.

(36) Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 14/2004, de 23 de febrero.

(37) Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 25/2004, de 26 de febrero.

IV. LA INCIDENCIA DE LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: POLÍTICAS MEDIOAMBIENTALES Y CONTAMINACIÓN ACÚSTICA

En el caso del Estado español, la Directiva 2002/49/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental (38), fue traspuesta mediante Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, si bien y como destaca la Exposición de Motivos, su finalidad y objeto quiere ser más amplio que la propia norma comunitaria, toda vez que no sólo aborda el ruido sino íntegramente la contaminación acústica.

El ámbito de aplicación de la norma somete a sus prescripciones a «todos los emisores acústicos, ya sean de titularidad pública o privada, así como las edificaciones en su calidad de receptores acústicos». De modo que se excluyen los emisores acústicos cuando éstos provengan de: *a)* las actividades domésticas o los comportamientos de los vecinos, cuando la contaminación acústica producida por aquéllos se mantenga dentro de los límites tolerables de conformidad con las ordenanzas y los usos locales; *b)* Las actividades militares que se regirán por su legislación específica; *c)* La actividad laboral, respecto de la contaminación acústica producida por ésta en el correspondiente lugar de trabajo, que se regirá por lo dispuesto en la legislación laboral» (39).

Es decir, aquellas inmisiones que aun teniendo su origen en los comportamientos vecinales y en actividades de carácter doméstico, puedan ser calificadas como excesivas por superar los límites señalados en las directrices municipales, estarán plenamente sometidas a las prescripciones de la Ley del Ruido (40). En este sentido, el abuso en la tolerabilidad de las naturales mo-

(38) «Artículo primero. Objetivos. La presente Directiva tiene por objeto establecer un enfoque común destinado a evitar, prevenir o reducir con carácter prioritario los efectos nocivos, incluyendo las molestias, de la exposición al ruido ambiental. Con este fin, se aplicarán progresivamente las medidas siguientes: *a)* La determinación de la exposición al ruido ambiental, mediante la elaboración de mapas de ruidos según métodos de evaluación comunes a los Estados miembros; *b)* Poner a disposición de la población la información sobre ruido ambiental y sus efectos; *c)* La adopción de planes de acción por los Estados miembros, tomando como base los resultados de los mapas de ruidos, con vistas a prevenir y reducir el ruido ambiental, siempre que sea necesario y, en particular, cuando los niveles de exposición puedan tener efectos nocivos en la salud humana, y a mantener la calidad del entorno acústico cuando ésta sea satisfactoria. 2. Asimismo, la presente Directiva tiene por objeto sentar unas bases que permitan elaborar medidas comunitarias para reducir los ruidos emitidos por las principales fuentes, en particular vehículos e infraestructuras de ferrocarril y carretera, aeronaves, equipamiento industrial y de uso al aire libre y máquinas móviles. Con este fin, la Comisión deberá presentar al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar el 18 de julio de 2006, las propuestas legislativas oportunas. Dichas propuestas deberán tener en cuenta los resultados del informe a que se refiere el apartado 1 del artículo 10».

(39) En este punto coincide con la Directiva 2002/49 CE por cuanto ésta declara excluidos de su ámbito de aplicación, en su artículo segundo, punto segundo, el «ruido producido por la propia persona expuesta, por las actividades domésticas, por los vecinos, en el lugar del trabajo ni en el interior de medios de transporte, así como tampoco a los ruidos debidos a las actividades militares en zonas militares».

(40) Su Exposición de Motivos aclara que: «en particular, interesa justificar la exclusión del alcance de la Ley de la contaminación acústica originada en la práctica de actividades domésticas o en las relaciones de vecindad, siempre y cuando no exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales. En la tradición jurídica española y de otros países de nuestro entorno más próximo, las relaciones de vecindad se

lestias vecinales estará marcado por las Ordenanzas de cada entidad municipal, tal y como determina el artículo 28.5 cuando dice que: «las ordenanzas podrán tipificar infracciones en relación con: a) El ruido procedente de usuarios de la vía pública en determinadas circunstancias; b) El ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales» (41). Precepto ratificado, como no podía ser de otra manera, en el desarrollo reglamentario aprobado por el Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre, en su artículo segundo. De lo dicho se sigue que sobre los Ayuntamientos pesa la regulación de los límites ordinarios y la tipificación de su exceso (42).

En cuanto a las actividades no domésticas, también pesa sobre la Administración local la concesión de licencias de apertura (43); en particular, será de aplicación el artículo tercero del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por cuanto define como molestas aquellas «actividades que constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen».

En resumidas cuentas, si las políticas de la Unión han impulsado activamente la lucha contra el ruido y el legislador español ha procurado trasponer e incluso ampliar la Directiva comunitaria, también ha de tenerse en cuenta que existe cierta dispersión normativa, de medios y recursos a disposición de la víctima en función del origen, la calificación del agente causante y la tipificación de la conducta dañosa, dato al que se añade el relevante peso atribuido a los entes municipales. De modo tal que el panorama se presenta incierto, teniendo en cuenta que lo que se pretende es evitar la conculcación de un derecho de rango constitucional.

han venido aplicando a todo tipo de inmisiones, incluidas las sonoras, un criterio de razonabilidad que se vincula a las prácticas consuetudinarias de lugar. Parece ajeno al propósito de esta Ley alterar este régimen de relaciones vecinales, consolidado a lo largo de siglos de aplicación, sobre todo teniendo en cuenta que el contenido de esta ley en nada modifica la plena vigencia de los tradicionales principios de convivencia vecinal».

(41) También, en este sentido, conviene tener presente las prescripciones de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que en su artículo 42.3.b) declaraba que los «Ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios», «control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones».

(42) No resulta suficiente que se limiten ciertas actividades mediante Bando ya que, como ratifica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en su Resolución de 6 de junio de 2005: «la regulación de la examinada concentración de personas y motocicletas en El Puerto de Santa María, con ocasión de la celebración en Jerez de la Frontera del Gran Premio de Motociclismo, así como la analizada contaminación acústica con tal motivo generada, han de ser objeto de actuación municipal, mediante la aprobación de la correspondiente Ordenanza».

(43) Vid., NIETO NÚÑEZ, «Actividades clasificadas y medio ambiente», en *Protección administrativa del medio ambiente*, Madrid, 1995, pág. 267 y sigs.; sobre la contaminación sonora y sus efectos sobre la salud, pág. 280 y sigs.

V. DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE INMISIONES MEDIOAMBIENTALES: CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 1.908 DEL CÓDIGO CIVIL Y DERECHO A INDEMNIZACIÓN AUNQUE LA ACTIVIDAD DAÑOSA CUENTE CON AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 31 DE MAYO DE 2007. DEPRECIACIÓN DE LA VIVIENDA Y DAÑOS AL PAISAJE: PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACIÓN ACÚSTICA E IMPROCEDENCIA POR LA CONTAMINACIÓN ESTÉTICA O VISUAL POR SER EL PAISAJE UN BIEN COLECTIVO NO SUSCEPTIBLE DE CONSTITUIR EL OBJETO DE UN DERECHO SUBJETIVO

El supuesto fáctico expuesto con la maestría de la sentencia dictada, siendo ponente MARÍN CASTÁN, se remonta al litigio promovido por dos hermanos, titulares dominicales de sendas viviendas y copropietarios de un terreno en las proximidades de un viaducto, contra la empresa siderúrgica a la que tal viaducto servía para el transporte de materiales por ferrocarril entre dos de sus factorías de Asturias. Básico para estas líneas es el fundamento jurídico de la demanda, sustentada en los artículos 1.902 y 1.908 del Código Civil, era la declaración de su derecho a ser indemnizados «por la depreciación de sus propiedades, debida tanto a la ejecución como al resultado y destino de las obras del viaducto ejecutadas por cuenta de la demandada, en la cuantía que se determinara en ejecución de sentencia; la declaración del derecho de los demandantes a ser indemnizados por el daño moral ocasionado por las mismas obras y por su explotación después de concluidas, igualmente en la cuantía que se determinara en ejecución de sentencia; y la condena de la demandada a adoptar las medidas necesarias para evitar la continuación del daño, eliminando o reduciendo en lo posible los ruidos y vibraciones derivados del paso de los trenes por la vía construida».

2. LOS ASPECTOS JURISPRUDENCIALES EXPUESTOS POR LA SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2007: LA EXCELENTE Y DIDÁCTICA SISTEMÁTICA DEL PONENTE MARÍN CASTÁN

Otro de los aspectos más destacables de la sentencia es, precisamente, el rigor y sistemática con que aborda el tratamiento del fenómeno de las inmisiones. En su virtud corresponde ahora transcribir su contenido, ya que incluye el mejor repertorio jurisprudencial nacional e internacional sobre la materia.

Dice así: «La respuesta del ordenamiento jurídico español y su complemento jurisprudencial al problema de los daños causados a particulares por inmisiones que hoy podríamos calificar de “medioambientales” no ha sido siempre homogénea. Es más, hasta cierto punto podría sostenerse que el muy notable y progresivo crecimiento de la normativa sobre esta materia, de ámbito tanto estatal como autonómico e incluso local, no necesariamente se traduce en una mayor protección efectiva del particular frente al daño medioambiental que le afecta directamente, pues no pocas veces es la propia sobreabundancia de normas lo que dificulta la protección de sus derechos subjetivos. Así, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de diciembre de 1994 (núm. 1994/496, caso López Ostra contra el reino de España) acordó una indemnización de 4.000.000 de ptas. a favor de la demandante

por el daño moral “inegable” que había sufrido al soportar tanto “las molestias provocadas por las emanaciones de gas, los ruidos y los olores procedentes de la depuradora” como “la angustia y la ansiedad propias de ver cómo la situación se prolongaba en el tiempo y la salud de su hija se resentía” (parágrafo 65). Centrada esta resolución en si se había producido o no una infracción del *artículo 8 del Convenio de Roma*, relativo al derecho de toda persona a que se respete su vida privada y familiar, el Tribunal responde afirmativamente valorando, de un lado, que “la interesada y su familia vivieron durante años a doce metros de un foco de olores, ruidos y humos” (parágrafo 42) y, de otro, la inactividad del Ayuntamiento u otras autoridades españolas a la hora de remediar la situación, inactividad no excusable por la pendencia de un proceso contencioso-administrativo fundado en la falta de licencia para la instalación y de un proceso penal por delito ecológico, ambos promovidos por las cuñadas de la recurrente, porque los dos procesos tenían objetos diferentes de aquella reprochable inactividad (parágrafos 37 y 38). Particular interés tiene la declaración del Tribunal de que “los atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio de un modo que llegue a perjudicar su vida privada y familiar, sin necesidad de que también haya de poner en grave peligro la salud de la interesada”; la que considera preciso “atender al justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto”; la que pese a reconocer que el Ayuntamiento había reaccionado con prontitud realojando a la familia de la recurrente y clausurando parcialmente la planta depuradora, advertía sin embargo que no era posible ignorar la persistencia de los problemas medioambientales tras ese cierre parcial ni que los poderes generales de policía conferidos por el *Reglamento de 1961* [Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por *Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre*] obligaban al Ayuntamiento a reaccionar, esto es, a poner en práctica una medida positiva (parágrafos 52 a 54); y en fin, la que para dar una satisfacción equitativa al perjudicado, conforme al *artículo 50 del Convenio*, tenía en consideración la depreciación de la casa de la recurrente y los gastos y molestias derivadas del cambio de domicilio (parágrafo 65). En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indemnizaba a la recurrente después de que sus pretensiones, fundadas en la vulneración de derechos fundamentales, hubieran sido desestimadas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el Tribunal Constitucional hubiera inadmitido su recurso de amparo. Sobre casos que no afectaban al reino de España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó otras sentencias de interés para la materia del litigio causante de este recurso de casación. La sentencia de 19 de febrero de 1998 (caso Guerra contra Italia, núm. 1998/875) dio un paso más en la relación de los daños y peligros medioambientales con la vulneración de los derechos fundamentales, pues al examinar los perjuicios causados a cuatro personas que residían a un kilómetro de una industria química de alto riesgo, apreciaba también una reprochable inactividad de las autoridades del estado demandado reproduciendo la doctrina del caso López Ostra. Y la sentencia de 2 de octubre de 2001 (varios ciudadanos contra el Reino Unido, caso del aeropuerto de Heathrow, núm. 2001/567) centrada en el ruido causado por los aviones en el aeropuerto de mayor tráfico de Europa, insistió en la necesidad de hallar un justo equilibrio entre los intereses de las personas y los de la comunidad pero añadiendo dos consideraciones de importancia capital: primera, que “en un campo tan sensible como el de la protección medioam-

biental, la mera referencia al bienestar económico del país no es suficiente para imponerse sobre los derechos de los demás”; y segunda, que “debe exigirse a los Estados que minimicen, hasta donde sea posible, la injerencia en estos derechos, intentando encontrar soluciones alternativas y buscando, en general, alcanzar los fines de la forma menos gravosa para los derechos humanos”. Ya en un asunto que sí afectaba a España, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra el reino de España) abordó el caso de una ciudadana de Valencia que se decía asediada por el ruido de los locales de diversión nocturna de la zona en que vivía. Su pretensión indemnizatoria frente al Ayuntamiento había sido rechazada por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, e impetrado amparo ante el Tribunal Constitucional éste se lo había denegado en su sentencia 119/2001, de 24 de mayo, que si ciertamente procedía a una expresa recepción de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en esta materia, consideraba sin embargo que la demandante de amparo no había conseguido probar debidamente los daños y perjuicios justificativos de aquella pretensión indemnizatoria. Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia, además de insistir en su línea interpretativa del artículo 8.1 del Convenio sobre la posible vulneración del derecho al respeto al domicilio por ruidos, emisiones, olores y otras injerencias, estima el recurso por considerar “inegable” el ruido nocturno que venía soportando la demandante durante varios años, sobre todo durante el fin de semana, y razona que “exigir a alguien que habita en una zona acústicamente saturada, como en la que habita la demandante, la prueba de algo que ya es conocido y oficial para la autoridad municipal no parece necesario” (parágrafo 59). Por lo que se refiere a las medidas administrativas adoptadas al respecto, que en el caso había sido una ordenanza municipal sobre ruidos y vibraciones, el Tribunal declara que “una regulación para proteger los derechos garantizados sería una medida ilusoria si no se cumple de forma constante, y el Tribunal debe recordar que el Convenio trata de proteger los derechos efectivos y no ilusorios o teóricos” (parágrafo 61). La repercusión práctica de esta última sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional fue inmediata, pues este último, tras haber inadmitido por providencia un recurso de amparo muy similar al de la señora Moreno Gómez, dictó el Auto 37/2005, de 31 de enero, estimatorio de recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal. Pero ya antes el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 16/2004, de 23 de febrero, había desestimado el recurso de amparo del titular de un local tipo *pub* contra la sanción impuesta por el Ayuntamiento con base en una Ordenanza sobre protección contra la contaminación acústica, sanción confirmada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo al apreciarse que dicha Ordenanza tenía cobertura tanto en el *Reglamento de 1961* sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas como en la *Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico*. Se razona en esta sentencia sobre la “nueva realidad” de “los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”; se constata que a esa nueva realidad ha sido sensible la *Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido*; se destaca la doctrina al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; se declara que “el ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos”; y en fin, se concluye que aunque la Ordenanza municipal no podía tener

cobertura legal en el *Reglamento de 1961*, si la tenía, en cambio, en la *Ley de 1972 de Protección del Ambiente Atmosférico*».

3. LA VÍA CIVIL COMO LA VÍA MÁS IDÓNEA PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES MEDIOAMBIENTALES: ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN

Tal y como se ha dicho, la plasticidad de ciertos preceptos del Código Civil, así como la que evidencia la vía civil para amparar las pretensiones objetivables, se ratifica en esta resolución. Así declara: «Sin embargo, fue siempre ante el orden jurisdiccional civil, pese a la aparente escasez de normativa protectora frente a ruidos y otras inmisiones, donde los particulares obtuvieron más frecuentemente una satisfacción de sus pretensiones indemnizatorias o de cese de la actividad perjudicial. Ya fuera con base en los *artículos 1.902, 1.903 y 1.908 del Código Civil*, ya con fundamento en su *artículo 590*, ya aplicando los principios de prohibición del abuso de derecho y de los actos de emulación, ya los preceptos específicos de las leyes reguladoras de los arrendamientos urbanos y de la propiedad horizontal, ya incluso mediante la estimación de interdictos como el de obra nueva y, más recientemente, mediante la tutela de los derechos fundamentales, ya apoyándose en las normas que en su caso se contuvieran en el Derecho Civil Foral o especial aplicable, son muchas las sentencias civiles estimatorias de demandas contra los daños y perjuicios causados por el ruido y otras inmisiones. Especialistas de la doctrina científica han destacado cómo ya las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 1866 y 12 de mayo de 1891 rechazaron, en el ámbito del Derecho Civil, el principio o teoría de la denominada “pre-ocupación”, en virtud de la cual se negaba la indemnización por actividad contaminante a quien se estableciera en el lugar después de haberse iniciado tal actividad. Aunque en el siglo XIX no se hubiera acuñado todavía ese término, lo cierto es que la sentencia de 1866 rechazó la aplicabilidad al caso de la *Ley 22, título 8, partida 5*, a favor de una compañía minera demandada por humos y vertidos perjudiciales para la finca y ganado del vecino, razonando que la adquisición de la dehesa por el perjudicado después de haberse iniciado parte de la actividad minera no suponía consentimiento de los perjuicios ni renuncia a reclamar por ellos; y la sentencia de 1891 negó que constituyera enriquecimiento injusto la pretensión indemnizatoria de quien había construido cerca de una escombrera perteneciente a una compañía de ferrocarriles, la cual acabó derrumbándose y causando daños a la construcción del demandante. Y como quiera que en el siglo XX fueron frecuentes los pronunciamientos del orden jurisdiccional civil que satisfacían las pretensiones de quienes se consideraban perjudicados por actividades contaminantes, existe hoy una importante corriente en la doctrina científica que propugna una potenciación de la vía civil como especialmente idónea para la tutela de los intereses medioambientales, a partir de la idea de que hasta ahora está infrautilizada sobre todo en la vertiente preventiva. En la jurisprudencia de esta Sala es de cita obligada la sentencia de 12 de diciembre de 1980, sobre contaminación producida por las emanaciones de una central termoeléctrica que dañaban la vegetación de la zona. Tras examinar el Derecho Comparado de la época y citar también la *Ley 367 de la Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra*, esta sentencia declara que “si bien el Código Civil no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científ-

fica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el *artículo 1.902* de dicho Cuerpo legal y en la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los *artículos 590 y 1.908*, pues regla fundamental es que “la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina”. Más adelante puntualiza que “el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares, antes por el contrario el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebrantamiento patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos, indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota objetiva”. Y luego de considerar muy claro que el perjudicado también puede instar la cesación de la actividad lesiva, citándose a tal efecto como precedentes las sentencias de esta Sala de 28 de junio de 1913, 24 de febrero de 1928, 23 de diciembre de 1952, 5 de abril de 1960 y 14 de mayo de 1963, aborda la cuestión nuclear de si la autorización administrativa de la actividad excluiría el conocimiento de la materia por el orden civil, concluyendo al respecto, con cita de la categórica sentencia de 19 de febrero de 1971, que “una cosa es el permiso de instalación de una industria con la indicación de los elementos que deben ser para evitar daños y peligros, cometido propio de la administración, y otra bien distinta que cuando por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o adolezcan de insuficiencia, se produce un daño en la propiedad de tercero y se sigue un conflicto, su conocimiento compete a los órganos de la jurisdicción civil”. Avanzando en la misma línea, la sentencia de 16 de enero de 1989, sobre un caso de contaminación de una industria siderúrgica que afectaba a las fincas y viviendas de los demandantes, así como al ganado vacuno de la zona, declaró rotundamente que “el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquellos contemplan intereses públicos sociales, ésta resguarda el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño y en su caso la adopción de medidas para evitarlo o ponerle fin”. En idéntico sentido se pronunciaron las sentencias de 24 de mayo de 1993 (recurso núm. 3096/90), 7 de abril de 1997 (recurso núm. 1184/93) y 16 de enero de 2002 (recurso núm. 2355/97): la primera de ellas, sobre un caso de emanaciones tóxicas de una fábrica de aluminio, declaró que no bastaba haber cumplido los reglamentos para exonerarse de responsabilidad civil, añadiéndose a este argumento que el *artículo 1.908 del Código Civil* configura una responsabilidad de claro matiz objetivo; la segunda, sobre un caso de emanaciones tóxicas de una fábrica de productos químicos, reiteró los dos argumentos de la anterior; y la tercera, en fin, sobre un caso de mortandad de truchas en una piscifactoría por elevación de la temperatura del agua a causa de la utilización del caudal del río para la refrigeración de una central nuclear, examinándose al respecto el conflicto entre las concesiones administrativas de las dos empresas litigantes, resolvió que “por el solo hecho de resultar concesionaria preexistente”, nada autorizaba a la

titular de la central nuclear “a hacer un uso dañoso de la concesión”. Ya específicamente sobre contaminación acústica o por ruidos, la sentencia de 29 de abril de 2003 (recurso núm. 2527/97) hace una recepción expresa de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera luego que la referencia a los “humos excesivos” en el *ordinal 2.º del artículo 1.908 del Código Civil* “es fácilmente transmutable, sin forzar las razones de analogía, a los ruidos excesivos, todo ello en el marco de las posibles conexiones con el *artículo 590 del Código Civil*” y, finalmente, reitera, una vez más, la doctrina de la Sala al afirmar que “los ruidos desaforados y persistentes, aunque éstos procedan en principio del desarrollo de actividades lícitas”, dejan de ser admisibles “cuando se traspasan determinados límites”; que “la autorización administrativa de una industria no es de suyo bastante para entender que fue otorgada ponderando un justo y equitativo equilibrio entre el interés general y los derechos de los afectados”; y en fin, que por “la conocida preexistencia de la vivienda” del actor, “incumbía tanto a la corporación como a la propia empresa la obligación de reducir los ruidos a un nivel soportable o tolerable”. Después, la sentencia de 28 de enero de 2004 (recurso núm. 882/98), mediante una interpretación del *artículo 1.908 del Código Civil* de acuerdo con el *artículo 45.1* de la Constitución, extendería la formulación de aquel precepto “a las inmisiones intolerables y al medio ambiente”; consideraría que no era misión del Derecho Civil la protección del medio ambiente en abstracto, pero sí la “protección específica a derechos subjetivos patrimoniales” frente a agresiones de carácter medioambiental; y en fin, reiteraría, una vez más, tanto la doctrina de que “el cumplimiento de normativa reglamentaria no impide la apreciación de responsabilidad cuando concurre la realidad del daño causado por la persona física o jurídica” como la relativa al carácter objetivo de la responsabilidad contemplada en el *artículo 1.908 del Código Civil*, todo ello en relación con un caso de daños a los propietarios de fincas y de cabezas de ganado por una intensa contaminación por fluorosis».

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 DE FEBRERO DE 2010. DESESTIMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR LAS INMISIONES SONORAS Y ELECTROMAGNÉTICAS DE UN TRANSFORMADOR DE ENERGÍA ELÉCTRICA SITUADO EN LOS BAJOS DE UN EDIFICIO: PRUEBA Y REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES QUE HACEN ADMISIBLE LA EXPOSICIÓN ELECTROMAGNÉTICA

En este caso, si el anterior supuesto estimaba parcialmente la casación y favorecía a los particulares frente a la compañía, no es el resultado al que se llega en este recurso, toda vez que interpuesta la casación por las compañías demandadas, se estima por defectos en la apreciación de la prueba y hace suyo el pronunciamiento de instancia, donde se absolvía a dichas entidades mercantiles.

El asunto trae causa de la demanda interpuesta por unos particulares a Iberdrola, con la intención de que se dicte sentencia ordenando la retirada del transformador en cuestión. En instancia, las pretensiones de la parte actora fueron desestimadas, no así en apelación en que se dictó sentencia favorable parcialmente a sus pretensiones. De modo que se estimó procedente la retirada del generador, si bien no se apreció que correspondiera indemnización por daños ni por la depreciación de la vivienda.

Ahora bien, en casación se revoca la sentencia de apelación toda vez que «la protección de la salud pública debe prevalecer de forma incontestable sobre otras consideraciones económicas por más que supongan innovaciones decisivas para procurar su desarrollo, y ello exige, como recoge la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, que sea absolutamente necesaria la protección de los ciudadanos contra los efectos nocivos para la salud que se sabe puedan resultar de la exposición a cambios electromagnéticos. Ahora bien, ni desde la perspectiva de la existencia de un riesgo confirmado por la evidencia científica, que haga evidente no sólo la aplicación del principio de precaución, sino la adopción inmediata de las medidas necesarias para el control del riesgo, ni desde un enfoque simplemente preventivo del riesgo, las pruebas que han sido practicadas y valoradas en las presentes actuaciones no han identificado y evaluado riesgos para la salud distintos de los que hasta la fecha resultan de la información científica y técnica más significativa al regular las condiciones bajo las cuales es admisible la exposición de las personas a campos electromagnéticos y determinan la adopción de las medidas que la prudencia aconseja».

VI. CONSIDERACIONES FINALES

De lo dicho se ratifica la afirmación preliminar y, por tanto, que el espacio donde se desarrolla la personalidad humana, su vida e integridad, así como su intimidad personal y familiar reclama, por méritos propios, una especial protección. Y ante la evidencia de que la contaminación acústica puede convertirse en una vulneración inmaterial que afecte al debido respeto de la vida personal y familiar, cuando este daño moral sea evaluable habrá de ser resarcido por el agente causante o por quien, debiendo evitarlo, no haya dispuesto los medios para impedir su persistencia. En buena lógica si se acreditase la existencia de daños o peligro para las personas como consecuencia de las inmisiones electromagnéticas, las pretensiones resarcitorias también deberían ser estimadas en vía civil.

En aquel sentido y en la materia, se ha de destacar la inestimable función que ha cumplido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha forzado a cierta rectificación en las tesis del Tribunal Constitucional español. A su vez, el Tribunal Supremo y en particular en la Sala de lo Civil se ha hecho eco de tales argumentos y estima las pretensiones resarcitorias, siempre que las lesiones sean objetivables y procedan de la actividad dañosa.

En definitiva, como derecho de rango fundamental, todos los resortes judiciales y legales resultan útiles para mantener su plena vigencia, especialmente cuando el desarrollo industrial pone de manifiesto la fragilidad de la intimidad personal y familiar desarrollada en el domicilio.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VIGARAY, «La responsabilidad por daño moral», en *ADC*, 1966, pág. 81 y sigs.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica», en *La Ley*, 5.437, 11-12, 2001.

ALONSO GARCÍA, *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica*, Madrid, 1995.

- CAVAS MARTÍNEZ, «Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador», en *AS*, 19, 2004.
- EVANGELIO LLORCA, «El perjuicio derivado de las inmisiones. Daños a la persona», en *RJN*, julio-septiembre de 2000, pág. 57 y sigs.
- ELGORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, 1995.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, *La tutela civil contra el ruido*, Madrid, 2003, pág. 37 y sigs.
- GARCÍA CANTERO, «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986.
- GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1990.
- GARCÍA SERRANO, «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», en *ACD*, 1972, pág. 799 y sigs.
- HERNÁNDEZ GIL, «Las relaciones de vecindad en el Código Civil. Discurso leído el día 28 de enero de 1985, en la sesión inaugural del curso 1984-1985 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», en *Derechos Reales. Derecho de Sucesiones. Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 91 a 173.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, VI, *Derecho de Familia*, Madrid, 2010, 9.^a ed.
- *Principios de Derecho Civil*, I, *Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2010, 16.^a ed.
- LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, Madrid, 2005, 5.^a ed.
- MACÍAS, «Asimilación por los Tribunales de la Jurisprudencia del TEDH, en materia de inmisiones e inviolabilidad del domicilio», en *AC*, 39, 25 al 31 de octubre, 1999.
- MACÍAS CASTILLO, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, Madrid, 2004, pág. 25 y sigs.
- MARCOS AYARZUN, *Reparación integral del daño: el daño moral*, Barcelona, 2002.
- MARTÍN-RETORTILLO, «El ruido en la reciente jurisprudencia», en *RAP*, 125, 1991, pág. 319 y sigs.
- «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional», en *RAP*, 115, 1988.
- MORETÓN SANZ, «La tutela contra los daños derivados del ruido en los supuestos de inactividad de los entes locales», en *RDP*, 2006, págs. 97 a 118.
- «La intimidad personal y familiar a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso español y la protección contra las inmisiones derivadas de la contaminación acústica», en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 41, núms. 1 y 2, septiembre-diciembre de 2006, págs. 299 a 314.
- NIETO NÚÑEZ, «Actividades clasificadas y medio ambiente», en *Protección administrativa del medio ambiente*, Madrid, 1995, pág. 267 y sigs.
- PULIDO QUECEDO, «La lesión por ruido medioambiental de nuevo ante el Tribunal Constitucional», en *AJA*, 671, 2005.
- RAMS ALBESA, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL
CONTAMINACIÓN
ELECTROMAGNÉTICA Y
ACÚSTICA

La obligación de reparar ciertos daños dimanantes de la gran industria, fue acogida con prontitud por doctrina y jurisprudencia. En sus orígenes más inmediatos, el fundamento jurídico para amparar la lesión causada se hacía desde la perspectiva del perjuicio sobre la propiedad recurriendo, para ello, a nociones tradicionales como las de immissio y relaciones de vecindad. Con todo, la pluralidad de actividades molestas provenientes de los más variados orígenes —establecimientos comerciales y de ocio, medios de transporte aéreo, ferroviario y rodado, o, incluso, infraestructuras instaladas en una comunidad de vecinos—, ha dado nuevo sentido a los daños y molestias relacionados con el ruido y las vibraciones. Al tiempo, la jurisprudencia más proclive a resarcir los daños morales, ha sido también incorporada a la denominada contaminación acústica, y se ha reafirmado la tutela de la víctima sustentada en el capítulo jurídico de la protección de la intimidad y el respeto a la vida personal y familiar. Si a estos elementos se añade que, en la actualidad, existe un completo repertorio de normativa —comunitaria, estatal, autonómica y local— pronunciada sobre aquellas actividades que sobrepasan los límites de lo tolerable, el panorama preliminar de estas líneas está enunciado. Con dichos antecedentes, se revisará el resarcimiento de los daños desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual.

ABSTRACT

NON-CONTRACTUAL LIABILITY
ELECTROMAGNETIC POLLUTION
AND NOISE POLLUTION

The obligation to provide redress for certain damages inflicted by big industry was quickly welcomed by legal doctrine and case law. The most-immediate beginnings of the legal foundations concerning relief from such injury took the perspective of property damage, falling back, to that end, on traditional notions such as immissio and neighbourly relations. And yet there is a vast range of nuisance-causing activities, with the most varied of origins (retail and leisure establishments, air, rail and highway transport, and even infrastructure installed in apartment buildings), giving new meaning to the concept of damages and nuisance related with noise and vibrations. At the same time, the case law most disposed to redress mental anguish has also incorporated what is termed «noise pollution», and victim protection has been reaffirmed, borne up by legislation on privacy and respect for personal and family life. Add to these elements the fact that nowadays there is a full repertory of legislation (EC, national, regional and local) on those activities that trespass the borders of tolerability, and the preliminary stage for this paper is set. With this background in view, this paper will review redress for damages from the standpoint of non-contractual civil liability.

2. MERCANTIL

LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL DERIVADA DE ACTOS CONTINUADOS

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
*Académico Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

LA DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO* DEL PLAZO DE EJERCICIO
DE LAS ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA
JURISPRUDENCIAL.—III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta fechas recientes la prescripción de las acciones de competencia desleal venía regulada por lo previsto en el artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal que literalmente rezaba del siguiente tenor:

«Las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto».

Sin embargo, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que ha incorporado al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (CE) número 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo; e incorporando igualmente la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, ha supuesto un claro cambio legislativo sobre la cuestión.

De esta forma, la prescripción de las acciones de competencia desleal ha pasado a estar regulada en el vigente artículo 35 de la Ley de Competencia Desleal que prevé lo siguiente:

«Las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia

desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta.

La prescripción de las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, se rige por lo dispuesto en el artículo 56 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias».

Como puede comprobarse la redacción, en lo que aquí nos interesa, ha variado en lo siguiente: si antes la norma establecía: «...por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto», ahora la regulación viene dada: «...por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta», es decir, el cambio legislativo supone ahora la atención a la «finalización» en contraposición a la «realización».

II. LA UNIFICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Esta reforma normativa ha sido uno de los argumentos utilizados por la sentencia plenaria del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2010 (LA LEY 1010/2010), puesta en unificación de doctrina jurisprudencial dirimiendo un supuesto de prescripción extintiva de acciones de competencia desleal, debido a que la cuestión ha venido siendo arduamente debatida tanto a nivel doctrinal (1) como en el jurisprudencial, existiendo incluso visiones contradictorias en nuestra Sala Primera del Tribunal Supremo.

En el supuesto objeto de la referida casación, la entidad Officine Carpi, S. R. L., demandó a la sociedad Central Agrícola Boví, S. L., al entender la primera que la comercialización por esta última de unas bombas rociadoras constituía un supuesto de competencia desleal.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Lérida, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida, de 28 de febrero de 2005, desestimaron la demanda (por estimación de la excepción de prescripción) y el recurso de apelación, respectivamente, dando lugar al correspondiente recurso de casación cuyo objeto versaba concretamente sobre la computación y determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva previsto en el artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal.

El problema jurídico prescriptivo extintivo debatido lo era en relación con la realización de actos de tracto sucesivo y continuo susceptibles de ser calificados como de competencia desleal.

(1) Vid., sobre la cuestión, José MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999, pág. 576, quien expresaba su opinión del siguiente modo: «Sin lugar a dudas, la cuestión más problemática, y polémica, de cuantas suscita la regulación de la prescripción es la determinación del *dies a quo* correspondiente a los plazos de prescripción establecidos. La clave de las dificultades que se advierten en esta materia radica esencialmente en la falta de reflejo de la condición de acto duradero en el tiempo que habitualmente tienen los actos de competencia desleal (sea porque son continuos, sea porque se repiten) en la definición del momento de comienzo de la prescripción: ni el momento en que se pudieron ejercitar las acciones de competencia desleal, ni el momento en que se tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal ni, en fin, el momento de su realización, en efecto, remiten a una fecha que deba entenderse necesariamente producida sólo tras la finalización de un acto duradero, y no a una fecha anterior a dicha terminación».

La sentencia de casación expone los dos criterios interpretativos que se han venido sosteniendo para estos casos, dada la redacción del referido artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal.

De esta forma, nos recuerda como el primer criterio consistía en que el *dies a quo* debía determinarse, con independencia del carácter instantáneo o continuo del acto de competencia desleal, desde que pudieron ejercitarse las acciones, siempre que se tuviere conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal —plazo de un año—, o en otro caso desde que se realizó el acto inicial —plazo de tres años—.

Sin embargo la otra interpretación de la norma referida pasaba por entender que el tiempo no empieza a correr cuando se trata de actos duraderos, mientras permanezca la conducta ilícita.

De igual forma, la propia sentencia de casación expone también los fundamentos de dichas teorías contrapuestas. Para la teoría defensora de que el plazo debía correr desde el momento en que se podían haber ejercitado las acciones, la literalidad del precepto y la seguridad jurídica eran sus dos pilares interpretativos, afirmando que con el otro criterio se producía una imprescriptibilidad de la acción de cesación y se facilitaban situaciones abusivas en cuanto que el legitimado para perseguir el acto podía esperar a su conveniencia una situación propicia para poner fin a la actuación e incluso aprovechar las inversiones realizadas por el competidor para obtener una ventaja de las mismas.

Sin embargo, la otra teoría basada en la conocida «teoría de la realización» y en la doctrina jurisprudencial dictada sobre el «daño continuado» al amparo de los artículos 1968.2 y 1.969 del Código Civil, principalmente entendía que no se podía consolidar un derecho a perturbar, ya que con el criterio estricto y literal acabarían por sanarse conductas desleales por el mero transcurso del tiempo, todo ello en función de la interpretación restrictiva con que ha de realizarse la labor hermenéutica de las normas reguladoras de la prescripción.

La exposición de la doctrina jurisprudencial que efectúa la sentencia de casación en apoyo de su fallo evidencia claramente la ausencia de uniformidad existente en la misma, puesto que aunque en fechas más recientes se siguió preferentemente el segundo criterio (sentencias de 16 de junio de 2000, 30 de mayo de 2005, 29 de diciembre de 2006, 29 de junio y 23 de noviembre de 2007), también existían sentencias como la de 25 de julio de 2002 que adoptaban el primer criterio.

Sin duda, la reforma normativa citada también fue uno de los argumentos tenidos en cuenta para la estimación del recurso de casación, como la propia sentencia reconoce, ya que la misma abona claramente un respaldo del segundo criterio interpretativo antes expuesto.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2010, es objeto de un extenso voto particular que después de analizar detalladamente los diversos supuestos enjuiciados por la jurisprudencia contradictoria existente hasta la fecha pasa a analizar las dos teorías contrapuestas, aunque afirme que: *“(...) En cualquier caso, todas las consideraciones que siguen se harán teniendo en cuenta la numeración y contenido de los artículos de la LCD anteriores a su reforma por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (publicada en el BOE de 31 de diciembre de 2009). Tras esta reforma, la prescripción de las acciones pasa*

a regularse en el artículo 35 y la enumeración de las acciones amparadas por la LCD se contiene en el artículo 32».

El voto particular reconoce que la discusión ha venido estando servida por la posición de la mayor parte de la doctrina científica tendente a la proposición de la teoría de la «finalización del acto» en función de la interpretación comparada realizada por la misma, según la ley alemana de competencia desleal, así como por la aplicación de los criterios jurisprudenciales manifestados como consecuencia de la interpretación de los artículos 1.968 y 1.969 del Código Civil en sede de prescripción de daños continuados.

Sin embargo, tal postura debía ser superada si se acudía a una interpretación sistemática del artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal, sobre todo, tras su confrontación con el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal que regulaba los tipos de acciones contra el acto causante de la competencia desleal.

Así, los autores del voto particular estiman que si la primera acción es la «declarativa del acto» que sólo procede si «la perturbación creada por el mismo subsiste», esto indicaba por sí solo que la acción citada sólo podía ser ejercitada si los efectos perjudiciales del acto se mantenían al momento de presentarse la demanda, puesto que de lo contrario se carecería de acción procesal.

Mientras que la segunda de las acciones, la de «cesación del acto, o prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica», revela también autónomamente que el concepto de acto para la Ley de Competencia Desleal no es aquello que se agota en sí mismo con cada ejecución, sino una actividad o comportamiento del artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal, puesto que de otra forma sería imposible que un acto realizado antes de interponerse la demanda se mantuviera al tiempo de su interposición.

A la misma conclusión ha de llegarse según el análisis sistemático de la Ley de Competencia Desleal, afirman los autores del voto particular, con especial atención a la Exposición de Motivos de la misma, cuyo análisis abonaría la tesis del plazo corto de prescripción, al ser esta la finalidad de la ley, cuyo principio general es la libertad de competencia como emanación del principio constitucional de libertad de empresa (E.M., párrafo último) pretendiéndose «hacer tipificaciones muy restrictivas, que en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla no por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad», con el propósito de «evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales» (E. de M., III.2).

El voto particular prosigue afirmando que la interpretación propuesta por la sentencia plenaria sería contraria al propio ámbito objetivo de la Ley, que se refiere a actos de competencia desleal como «comportamientos», o sea, como actos continuados por definición, con la particularidad de que «se realicen en el mercado y con fines concurrenciales», de ahí, que el plazo prescriptivo no empezaría a correr hasta que tenga influencia en el mercado. Por ello, afirman, que la interpretación contraria al texto normativo vigente cuando se resolvió el recurso de casación pudiera suponer un «chantaje» contra el competidor cuando se haya tardado tanto en reaccionar frente a los actos de competencia desleal originados por él, que incluso ya se encuentre asentado en el mercado, debiéndose valorar igualmente la actitud del demandante en dilatar la interposición de la demanda en búsqueda de una mayor indemnización de daños y perjuicios por el transcurso del tiempo existente desde que comenzó la conducta desleal,

«...consideraciones que habrá de tenerse en cuenta para cuando llegue el momento de interpretar el artículo 35 LCD, resultante de su reforma por la Ley 29/2009, al establecer como momento inicial para el cómputo del plazo absoluto de tres años el de la finalización de la conducta».

Finalmente, el voto particular se atiene al principio constitucional de seguridad jurídica para mantener la solución contraria, ya que sería lo más opuesto a la Ley de Competencia Desleal considerar como actos continuados lo que no es sino una situación permanente conocida desde su mismo inicio por la empresa presuntamente perjudicada.

III. CONCLUSIÓN

En nuestra opinión, coincidimos con el criterio de la sentencia plenaria de casación al entender que el plazo prescriptivo no debe contarse sino desde la finalización de la realización del acto, con base a los mismos argumentos ya enunciados por la misma y que han venido siguiéndose mayoritariamente por nuestra doctrina, sin que en nuestra opinión merezcan un tratamiento pormenorizado en estos momentos tras el fallo de la sentencia plenaria de casación.

Además, igualmente estamos de acuerdo en que la reforma normativa operada viene a apoyar esta tesis mayoritaria en contra de la que se aferraba a las manifestadas interpretaciones literales y sistemáticas de la norma anterior. Es decir, la literalidad del actual artículo 35 de la Ley de Competencia Desleal se vuelve contra el argumento de la literalidad del anterior artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal.

A ello no es óbice, evidentemente, que haya de atenderse a las circunstancias particulares del caso (como todo supuesto de hecho merece cuando se trata de aplicar una consecuencia jurídica), las cuales pueden servir como correctores del resultado que preocupa a los redactores del voto particular realizado a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010.

Dichas circunstancias que manifestaren o evidenciaren que el perjudicado por la conducta desleal ha venido consintiendo la misma durante un largo período de tiempo para aprovecharse, por ejemplo, de una mayor indemnización a cargo del infractor, han de incidir cómo no en el resultado del fallo del caso, en atención a reglas conocidas como pudieran ser la del deber de mitigar el daño o de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, pero no para entender que el *dies a quo* del plazo prescriptivo comienza desde la realización de la conducta desleal y no desde la finalización de la misma, como con claridad establece el nuevo artículo 35 de la Ley de Competencia Desleal.

RESUMEN

ACCIONES DE COMPETENCIA
DESLEAL
PRESCRIPCIÓN

La sentencia plenaria del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2010, se decanta por la tesis del que el dies a quo para el cómputo de la prescripción

ABSTRACT

ACTION AGAINST UNFAIR
COMPETITION
PRESCRIPTION

The Supreme Court's plenary ruling of 21 January 2010 inclines toward the thesis that the dies a quo for calculating extinctive prescription in cases of

extintiva en casos de actos de competencia desleal de duración continuada no comienza a correr hasta la finalización de la conducta ilícita, tesis que se ha visto apoyada por la redacción del nuevo artículo 35 de la Ley de Competencia Desleal dada por la Ley 29/2009.

acts of unfair competition of continuing duration does not begin until the conclusion of the unlawful conduct. This thesis has been supported by the new version of article 35 of the Act on Unfair Competition, reworded under Act 29/2009.

3. URBANISMO

EL TRÁMITE DE AUDIENCIA Y LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INCOACIÓN DE EXPEDIENTE DE DISCIPLINA URBANÍSTICA

por

VICENTE LASO BAEZA

Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RELEVANCIA DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL CONCEPTO DE ACTO DE TRÁMITE FRENTE A LAS DENOMINADAS MEDIDAS PROVISIONALES: 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL TRÁMITE DE AUDIENCIA. 2. EL CONCEPTO DE ACTO DE TRÁMITE Y SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LAS LLAMADAS MEDIDAS PROVISIONALES DEL ARTÍCULO 72 DE LA LPAC.—III. LA NECESIDAD, SALVO CONCURRENCIA DE RAZONES DE URGENCIA, DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA DEL TITULAR REGISTRAL CON CARÁCTER PREVIO A LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INCOACIÓN DE EXPEDIENTE DE DISCIPLINA URBANÍSTICA

I. INTRODUCCIÓN

La resolución objeto del presente comentario, de 20 de octubre de 2005, tiene su origen en la solicitud de la anotación preventiva por incoación de un expediente de disciplina urbanística establecida en el artículo 177 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en relación con los artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, anotación que fue suspendida por no constar en la certificación expedida para su práctica la notificación del acuerdo en virtud del cual se decretó la misma.

A tal fin, el Registrador fundó su calificación en los artículos 57.2 y 59 del Real Decreto 1093/1997, entendiendo que, cuando el primero dispone que en la certificación ha de constar *«que el acuerdo ha sido notificado al titular registral»*, y el segundo que: *«la Administración actuante notificará la adopción del acuerdo por el que fue ordenada la práctica de la anotación a todos los titulares de dominio y cargas»*, tal acuerdo *«no puede ser otro»*, dice el Registrador en su nota, *«que el acuerdo decretando la anotación preventiva del expediente disciplinario o de la medida de protección de la legalidad urbanística»*.

Interpuesto recurso contra la anterior nota de calificación, la Dirección General lo desestima respecto de otra cuestión, pero lo estima en cuanto a la solicitud de la anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística.

Así lo hace en el Fundamento de Derecho cuarto analizando *«si para tomar anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística, basta la certificación del acuerdo municipal de incoación del expediente, debidamente notificado al titular registral, o se requiere también que conste que se ha notificado a los interesados el propio acuerdo ordenando tomar anotación preventiva»*.

Pues bien, su posición al respecto es que «tanto el artículo 177 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, como el artículo 57 del Real Decreto 1093/1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, presuponen que lo que tiene que notificarse al interesado, como vía para que pueda ser cumplido el trámite de audiencia (para, a su vez, cumplir con el principio registral de tracto sucesivo y con el principio constitucional de tutela judicial efectiva), es el acuerdo mismo de incoación del expediente de disciplina urbanística, siendo la solicitud de la práctica de la anotación preventiva un acto de mero trámite o de impulso procedimental que será notificado a los interesados a posteriori por la Administración, una vez practicada; máxime teniendo en cuenta que la práctica de la anotación preventiva no es un acto que decida directa o indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, por lo que no podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, de manera que la eventual oposición a tal acto de trámite sólo podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento».

II. LA RELEVANCIA DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL CONCEPTO DE ACTO DE TRÁMITE FRENTE A LAS DENOMINADAS MEDIDAS PROVISIONALES

Al ser las cuestiones que encabezan este epígrafe las que sirven de fundamento a la resolución comentada, resulta oportuno, con las limitaciones propias de una colaboración de esta naturaleza, apuntar, aunque sólo sea sucintamente, las notas más relevantes del régimen jurídico del trámite de audiencia y de los actos de trámite, afrontando así sucesivamente desde estas líneas generales el análisis de la resolución. De la segunda, la referida a los actos de trámite, interesa, además, realizar una breve referencia a las llamadas medidas provisionales en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), toda vez que, según entendemos, la resolución realiza una calificación indebida del acuerdo por el que se ordena la práctica de la anotación determinante de su decisión final.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL TRÁMITE DE AUDIENCIA

Aunque ciertamente el término audiencia viene habitualmente asociado a un trámite contemplado en las normas que regulan los procedimientos administrativos, tiene igualmente una acepción adicional como principio general del derecho constitucional (1), dada su recepción en el artículo 105.c) de la Constitución cuando dice que «la Ley regulará (...) el procedimiento administrativo a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando cuando proceda la audiencia del interesado», principio que se extiende no sólo

(1) TARDÍO PATO, José Antonio, «El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992», en *Revista de Administración Pública*, núm. 170.

a los procedimientos sancionadores, sino también a aquellos que dan lugar tanto a actos favorables como a actos desfavorables (2).

A su vez, la consideración de la audiencia como principio general ha sido mantenida respecto de los derechos de contradicción y defensa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo, en las sentencias de 16 de junio de 1997 y 22 de noviembre de 1989, en cuanto al primero, y las de 25 de mayo de 1995 y 10 de febrero de 1997, en cuanto al segundo, lo que también ha sido asumido por los Tribunales de la Comunidad Europea en las STJCE de 29 de junio de 1994, caso *Fiskano*, y 15 de julio de 1970, caso *ACF-Chemiefarma*.

Esta última jurisprudencia comunitaria ha sido, a su vez, la que ha impuesto la audiencia (3) como garantía en todos los procedimientos administrativos, los sancionadores y aquellos, como sostiene la doctrina, que puedan concluir con una decisión gravosa para el ciudadano, imponiéndose la exigencia de propiciar la defensa «*incluso en ausencia de una reglamentación específica*» (sentencias de *Bélgica c. Comisión*, de 10 de julio de 1986; *Francia c. Comisión*, de 11 de noviembre de 1987, y *Bélgica c. Comisión*, de 20 de marzo de 1990).

Por otro lado, desde la perspectiva de la audiencia como trámite previsto en el artículo 84 de la LPAC, se ha destacado su condición como aplicable a todas las Administraciones Públicas y que lo es también en defecto de normas procedimentales especiales, siendo su objeto permitir al interesado realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses (4).

En este sentido, la jurisprudencia prevé la posibilidad de prescindir de este trámite si existiera peligro o riesgo que exigiera la adopción con urgencia de la resolución administrativa, doctrina mantenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1992, 14 de octubre de 1993, 11 de octubre de 2000, y 17 y 28 de febrero de 2003, y que no impide, no obstante, la adopción, antes o después (5) de la iniciación del procedimiento, de las llamadas medidas provisionales contempladas en el artículo 72 LPAC.

Fuera de los supuestos anteriores en los que concurren razones de urgencia, el Tribunal Supremo ha calificado el trámite de audiencia como un trá-

(2) MUÑOZ MACHADO, S., «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75.

(3) El principio de audiencia fue también recogido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, según el cual «1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder a expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, y la obligación que incumbe a la administración de motivar sus resoluciones».

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Ed. Thomson-Cívitas, Madrid.

(5) Según entendemos, la anotación preventiva de incoación del expediente de disciplina urbanística parece fácilmente encajable en el modelo de las llamadas medidas provisionales del artículo 72 de la LPAC, adoptadas una vez ya iniciado el procedimiento, especialmente siendo así que su finalidad es «...asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer...».

mite esencial (6) sin el cual, se ha dicho, no puede mantenerse que exista realmente procedimiento en sentido propio (7), lo que llevó a una jurisprudencia que si bien inicialmente declaró que su ausencia determinaba un vicio de nulidad de pleno derecho (STS de 11 de noviembre de 1996) ha basculado mayoritariamente hacia su consideración como un vicio de mera anulabilidad (STS de 5 de noviembre de 2001), giro que, en cualquier caso, no es aplicable en los procedimientos de carácter sancionador pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 42/1989, en este caso son trasladables al procedimiento administrativo las garantías del artículo 24 de la Constitución del que forma parte el derecho de defensa.

En todo caso, el carácter esencial del trámite de audiencia que viene señalándose ha de compaginarse con la excepción que la propia LPAC prevé en el artículo 84.4 cuando dispone que se podrá prescindir de él «*cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado*», de tal manera que el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído debe atemperarse a la luz de otros principios, tales como el espiritualista y el de economía procesal, como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de marzo de 1984.

2. EL CONCEPTO DE ACTO DE TRÁMITE Y SU DISTINCIÓN RESPECTO DE LAS LLAMADAS MEDIDAS PROVISIONALES DEL ARTÍCULO 72 DE LA LPAC

Como ya se ha apuntado, la posición que aquí se mantiene es que la resolución comentada realmente confunde las denominadas medidas provisionales en la LPAC con los actos de trámite, lo que la lleva a aplicar unas consecuencias jurídicas equivocadas al omitir en el procedimiento el trámite de audiencia respecto del acuerdo por el que se ordena la práctica de la anotación preventiva, circunstancia por la que también resulta pertinente efectuar una breve referencia a los actos de trámite y a las medidas provisionales a fin de identificar correctamente la naturaleza jurídica del acuerdo del que se sostiene la procedencia de tal omisión.

Así, la condición de acto de trámite se mantiene respecto del «*que se dicta en la tramitación de un procedimiento, siempre que no ponga fin al mismo*» (8), habiendo dicho el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de abril de 1992 que «*los actos de trámite son todos aquellos carentes de sustantividad en materia decisoria trascendental, como simples eslabones del procedimiento, sin individualidad propia, al ser absorbida por la unidad del mismo*» o, en la anterior de 2 de marzo de 1987, que «*no deciden directa ni indirectamente el fondo del asunto*».

(6) Los términos utilizados en la jurisprudencia son categóricos sobre el citado carácter esencial del trámite de audiencia. Así, recogidos estos calificativos en la sentencia de 27 de marzo de 1984, se ha dicho en la sentencia de 13 de mayo de 1948, que es un trámite de *observancia obligatoria*, en la de 4 de marzo de 1947, que es de *extraordinaria relevancia*, en la de 25 de abril de 1950, se le denomina como trámite *más cualificado*, en la de 2 de marzo de 1931 como *sustancial*, en la de 11 de julio de 1932 como *sustancial*, en la de 7 de marzo de 1950 como *esencial*, en la de 27 de mayo de 1935 como *esencial*, en la de 15 de junio de 1925 como *sagrado*, etc...

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *op. cit.*, pág. 513.

(8) GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, y MENÉNDEZ REXACH, Ángel, *Acto y procedimiento administrativo*, Ed. Marcial Pons, 2001, pág. 73.

De acuerdo con tal concepción, en la doctrina (9) se han identificado como actos de trámite los de incoación del procedimiento, los de instrucción, los de ordenación, como las comunicaciones y notificaciones, los de sometimiento a información pública, los de aprobación inicial de los instrumentos de planeamiento, etc., siendo todos ellos actos no susceptibles de recurso (10), según el artículo 37 de la Ley de la Jurisdicción, salvo que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o decidan directa o indirectamente el fondo del asunto.

Por cuanto se refiere a las denominadas medidas provisionales previstas en el artículo 72 de la LPAC, se ha dicho (11) que responden a aquellas actuaciones administrativas que tienden a asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en un determinado procedimiento administrativo, siendo principalmente dos las notas que caracterizan su naturaleza: su carácter cautelar por la razón citada y su conexión con otro procedimiento principal ya iniciado o pendiente de iniciar.

El procedimiento que da lugar a la adopción de las medidas provisionales pertenece a los llamados procedimientos administrativos de facilitación, y en concreto, dentro de estos, la anotación se corresponde con los de facilitación de la ejecución, los cuales, por otro lado, no siempre participan de la segunda de las notas citadas pues, en ocasiones, la ley prevé mecanismos de facilitación cuya mera operatividad tiene lugar de modo automático con la sola iniciación de ciertos procedimientos administrativos. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la llamada suspensión automática de licencias debida a la adopción del acuerdo de aprobación inicial de los instrumentos de planeamiento o la suspensión ligada a la iniciación del expediente reparcelatorio, no así, por el contrario, en el caso de las anotaciones preventivas aquí tratadas por ser de carácter potestativo.

Por lo demás, si bien las medidas provisionales pueden ser adoptadas tanto antes como después de iniciado el procedimiento principal al que van ligadas, en el caso de ser adoptadas con anterioridad lo son con carácter *provisionalismo* por ser precisa la concurrencia de «*casos de urgencia*», así como que se trate de «*supuestos previstos expresamente por una norma con rango de Ley*».

A estos efectos resulta particularmente relevante tener presente que la llamada tutela *provisionalísima* tiene su primera recepción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Auto de 2 de noviembre de 1993, el cual consagra la posibilidad de que, *inaudita parte*, los Tribunales de lo contencioso-administrativo adopten medidas con tal carácter mientras se sustancia el incidente de protección cautelar propiamente dicho, posibilidad que puede darse en determinadas circunstancias como medio para garantizar la efectividad de la tutela judicial efectiva.

Por su parte, la Ley de la Jurisdicción dio carta de naturaleza a las medidas *provisionalísimas* en su artículo 135, al decir que «*el Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria*», lo que también prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 730 al permitir la posibilidad de solicitar

(9) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Ed. Civitas, 1993, págs. 688 y 699.

(10) A este respecto, ver el trabajo de GARCÍA-TREVILJANO GARNICA, José Antonio, *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Ed. Montecorvo, S. A., 1993.

(11) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 813 y sigs.

medidas cautelares con anterioridad a la presentación de la demanda, y el 733 cuando dispone su eventual estimación también *inaudita parte* si concurrieran razones de urgencia (12).

En consecuencia, según lo dicho, una cosa es un acto de trámite y otra bien distinta una medida provisional. El primero es un acto de impulso del procedimiento y la segunda una decisión que, aunque esté incardinada en un determinado procedimiento, resuelve algún aspecto autónomamente, lo que permite que sea susceptible de recurso y que incluso, de no producirse, para nada se impida la continuidad del procedimiento principal, según ocurre en el caso de las medidas cautelares (13).

III. LA NECESIDAD, SALVO CONCURRENCIA DE RAZONES DE URGENCIA, DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA DEL TITULAR REGISTRAL CON CARÁCTER PREVIO A LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INCOACIÓN DE EXPEDIENTE DE DISCIPLINA URBANÍSTICA

Como ha quedado dicho al principio, la posición defendida por la Resolución de 20 de octubre de 2005, objeto del presente comentario, en orden al rechazo del cumplimiento del trámite de audiencia del titular registral con motivo de la adopción del acuerdo por el que se ordena la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística, se justifica por causa de considerar dicho acuerdo como un acto de trámite que no decide directa ni indirectamente el fondo del asunto, no produce indefensión y no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, no siendo por ello mismo susceptible de impugnación.

A la vista de la fundamentación anterior y teniendo presente cuanto ha quedado expuesto en relación con el trámite de audiencia, así como con el régimen jurídico de los actos de trámite y las medidas provisionales, la interpretación que aquí sostenemos es que el acuerdo en cuestión, salvo que concurrieran razones de urgencia, requiere ineludiblemente su previa puesta de manifiesto al titular registral a los efectos de la formulación de alegaciones y presentación de los documentos y justificaciones que estime pertinentes según dispone el artículo 84.2 de la LPAC.

Así lo entendemos, en efecto, con base en las siguientes consideraciones:

- a) Como primera consideración, lo que debe afirmarse es que el acuerdo en virtud del cual se ordena la práctica de una anotación preventiva de esta naturaleza, en ningún caso tiene la condición de acto de trámite sino que, más bien, constituye una medida provisional de carácter cautelar cuya finalidad propia es garantizar que cuando se obtenga una resolución administrativa firme con trascendencia real la aparición de terceros no sea obstáculo para su inscripción (14).

(12) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime, y BENACLOCHE PALAO, Julio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, 2001, pág. 1243 y sigs.

(13) GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José Antonio, *op. cit.*, pág. 230 y sigs.

(14) LASO MARTÍNEZ, José Luis, «Las anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por la Ley de 25 de julio de 1990», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 122, pág. 65 y sigs.

Así, la legalidad del procedimiento administrativo de disciplina, siendo además potestativa la solicitud de la anotación, no requiere de su práctica como condición de validez de la resolución final aunque sí, eventualmente, como condición de eficacia, lo que, por otro lado, también ocurre respecto de las resoluciones judiciales y las anotaciones preventivas necesitadas de auxilio judicial.

El acuerdo por el que se ordena la anotación se integra en los procedimientos administrativos que más atrás se han identificado como procedimientos de facilitación a fin de garantizar la ejecución del acto. En relación con el procedimiento principal, tanto puede existir como no existir, y no existiendo puede no haber dificultad alguna para que, una vez obtenida en aquél la resolución definitiva ordenando la restauración del orden urbanístico perturbado, sea objeto pacífico de inscripción por haberse tramitado en todo momento el expediente disciplinario con quien tiene la condición de titular registral.

En suma, como primera cuestión, la Dirección General confunde acto de trámite con medida provisional, dando la condición de acto de impulso del procedimiento a una resolución que, por muy aconsejable que sea su adopción para garantizar la eficacia final del acto que se adopte en el procedimiento principal, es sin embargo potestativa y, en cuanto tal, prescindible, de lo que en todo caso ha de ser consciente la Administración que, al ofrecérsele en el ordenamiento, ha de hacer un uso responsable de ella.

- b) La condición de la anotación como medida provisional y no como acto de trámite, determina igualmente, en contra de lo afirmado por la Resolución, que se trata de una decisión recurrible en la medida en que por sí misma agota su alcance con plenos efectos sobre el titular registral afectado a la espera de la adopción de la resolución final. La analogía con la medida provisional consistente en la suspensión cautelar de carácter automático de licencias con motivo de la aprobación inicial de los instrumentos de planeamiento, cuya recurribilidad no plantea dudas como ha destacado el Tribunal Supremo y ha recogido recientemente la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de noviembre de 2009, es en este sentido plena.
- c) Además de que el origen de la anotación se encuentra en un procedimiento administrativo de carácter sancionador, su impacto negativo sobre quién la padece resulta especialmente agresivo *«por su carácter imperativo, el demérito patrimonial ante la amenaza de una resolución contraria y la pérdida de valor en cambio ante la evidente certeza de que el crédito territorial será denegado y la adquisición por terceros dificultada en la práctica»* (15).

Ante esta incuestionable realidad, el trámite de audiencia cobra, según lo ya visto, una importancia añadida, puesto que directamente se sitúa en el ámbito del derecho de defensa amparado por el artículo 24 de la Constitución, importancia que contribuye a la calificación de aquél como una más de las *incidencias esenciales del procedimiento* a las que se extiende la calificación registral de los documentos administrativos, según el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

(15) LASO MARTÍNEZ, José Luis, *op. cit.*, pág. 106.

- d) Tomando como modelo prototípico el de la anotación preventiva de demanda en el proceso civil y su posterior extensión al proceso contencioso-administrativo desde el año 1990, debe entenderse que solamente la anotación preventiva acordada antes del inicio del procedimiento y por razones de urgencia es la que puede tener lugar *inaudita parte*, posibilidad que aunque no esté expresamente contemplada por el Real Decreto 1093/1997 no parece, sin embargo, que deba excluirse conforme al artículo 72.2 de la LPAC, siempre y cuando concurren razones de urgencia especialmente relevantes y en los quince días siguientes se inicie el procedimiento y sea objeto de confirmación, modificación o levantamiento.

Como destacó el Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de abril de 1988 (16), la necesidad del emplazamiento del titular registral es ineludible, y así se entiende invariablemente por el Tribunal Supremo en los supuestos de solicitud de anotación preventiva con la única salvedad de que, por concurrir razones de urgencia, la medida cautelar en cuestión se adopte con el carácter de *provisionalísima*, supuesto en el cual, en todo caso, el mantenimiento de la medida cautelar requiere del emplazamiento del titular afectado en un escaso margen de tiempo.

Trasladada esta exigencia a las medidas provisionales a las que pertenece la anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística, se desprende que solo excepcionalmente, por la presencia de una presunción vehemente de que el titular registral de la finca pretendiera su enajenación a un tercero a fin de hacer ineficaz la resolución definitiva que en su día se adoptara, es cuando encuentra justificación que se imponga por la Administración sin su audiencia y como decisión incluso previa a la incoación de dicho expediente.

Fuera de esta hipótesis, la concesión del trámite previo de audiencia es necesaria como requisito de validez del acuerdo de práctica de la anotación, particularmente teniendo en cuenta que la LPAC exige,

(16) Dice la sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de abril de 1988, lo siguiente: «el recurrente (en amparo) figuraba como titular registral... No obstante la demanda (pese a que acompañaba certificación registral en que figuraba la identidad del solicitante de amparo) a la hora de precisar contra quién se dirigía... (no incluyó) al solicitante de amparo... La demanda, pues, se dirigía contra los titulares registrales... pero sólo se citaba expresamente a parte de ellos... De lo expuesto se deriva ciertamente que el recurrente no ha sido objeto de notificación personal».

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 30 de noviembre de 2005, dice al respecto lo siguiente: «en el presente caso, al amparo de lo dispuesto en los artículos 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional y en los artículos 67 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, se ha acordado la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad sin haber tramitado en forma la pieza, pues, con arreglo al artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, para la práctica del asiento, es imprescindible el haber oído, en todo caso, al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta, lo que no se ha hecho en este caso en que no se ha oído a Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, a cuyo favor consta una hipoteca constituida sobre la parcela número 2 de la Unidad de Actuación número 2 del sector número 8 del PGOU de Palencia».

cuando ya está iniciado el procedimiento, que «*existiesen elementos de juicio suficiente para ello*», lo que representa un claro mandato de cuidar de modo singular la motivación de la decisión.

En este sentido, el previo conocimiento del titular registral afectado resulta razonable si se atiende a una práctica en la que no son pocas las ocasiones en que se producen irregularidades procedimentales cuya subsanación es sin embargo sencilla con la sola puesta en conocimiento de las actuaciones pretendidas. Piénsese, así, en la irregularidad no inhabitual que se derivaría de que, perteneciendo la finca en proindiviso a una pluralidad de titulares, mientras el acuerdo de incoación se notificara sólo a parte de ellos, después se pretendiera la práctica de la anotación sobre la totalidad de las cuotas de participación en el dominio; igualmente, cualquier circunstancia sobre la identificación de los titulares registrales en la certificación expedida para la práctica de la anotación cuando hubieran sido indebidamente identificados por no guardar ningún tipo de relación con el presunto autor de las obras abusivas, etc...

- e) Por último, es necesario también partir del hecho de que, así como la diversa legislación urbanística de origen autonómico es la que regula los aspectos procedimentales relativos a los distintos procedimientos de naturaleza urbanística conforme al marco fijado desde la LPAC, entre ellos los de carácter sancionador de los que forma parte la disciplina urbanística, el Real Decreto 1093/1997 es el que introduce las singularidades de orden registral que en el seno de tales procedimientos son susceptibles de integrarse.

Siendo esto así, lo que en rigor efectúa el Real Decreto en este extremo en sus artículos 56 y siguientes no es otra cosa que la complementación de los procedimientos administrativos de orden disciplinario mediante la aportación, cumpliendo el mandato legal del instrumento de carácter registral llamado a garantizar la efectividad de la resolución definitiva que en su día se dicte en ellos, consideración que resulta especialmente válida para la correcta interpretación de unos preceptos que, partiendo del presupuesto de la incoación de un expediente de disciplina urbanística, se limitan a tratar del acuerdo por el que se ordena, en base a este último, la práctica de la anotación preventiva.

Desde esta perspectiva, la lectura del Real Decreto 1093/1997 es cierto que en todo momento se refiere al acuerdo por el que se ordene la práctica de la anotación como el que ha de figurar a tal fin en la certificación que ha de expedir el Secretario de la Administración competente y a que dicho acuerdo ha de ser notificado a los titulares de dominio y cargas. Ahora bien, que ello sea así no excluye el necesario cumplimiento del resto de requisitos que hasta la adopción de tal acuerdo sean precisos para poder sostener con fundamento que no se ha prescindido de unas normas procedimentales entre las que el trámite de audiencia resulta esencial.

RESUMEN

ANOTACIÓN PREVENTIVA
DISCIPLINA URBANÍSTICA

El carácter esencial del trámite de audiencia previsto en la LPAC determina, salvo que concurrieran razones de urgencia, su necesaria observancia en el procedimiento de adopción del acuerdo por el que se ordena la práctica de anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística, exigencia justificada, además de por la agresividad que supone para quien la recibe, dada su condición no de acto de trámite sino de medida provisional de carácter cautelar al servicio del procedimiento principal cuya eficacia final garantiza ante la eventual aparición de terceros adquirentes.

ABSTRACT

CAVEAT
DISCIPLINARY PROCEEDINGS
CONCERNING LAND PLANNING

The hearing stage of proceedings, as provided for in the Act on the Judicial Review Procedure, is essential. And because it is essential, it must be observed —save where there are overriding reasons for urgent action— in the procedure whereby decisions are taken ordering a caveat issued in warning that disciplinary proceedings have been initiated in connection with land planning. This requirement is justified also by the aggressiveness of the act toward the recipient, given that a caveat order is not a regular part of procedure, but a temporary precautionary measure intended to aid in the principal procedure, and whose final efficacy shields any third-party purchasers who may appear.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 9-9-2010. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 12/2010, de 20-8-2010, por el que se prorroga el programa temporal por desempleo e inserción, regulado en la Ley 14/2009, de 11-11-2009.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley 35/2010. 17-9-2010. Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

— Ley 36/2010. 22-10-2010. Fondo para la Promoción del Desarrollo.

— Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos, hecho en Estrasburgo el 8-11-2001.

— Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos sobre la asistencia judicial mutua en materia penal, hecho en Madrid el 24-11-2009.

— Instrumento de Ratificación del Convenio de extradición entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos, hecho en Madrid el 24-11-2009.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 1313/2010. 20-10-2010. Reestructura los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 1331/2010. 22-10-2010. Establece las Comisiones Delegadas del Gobierno.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 752/2010. 4-6-2010. Aprueba el primer programa de desarrollo rural sostenible para el periodo 2010-2014 en aplicación de la Ley 45/2007, de 13-12-2007, para el desarrollo sostenible del medio rural.

— Corrección de errores. Real Decreto 752/2010. 4-6-2010. Aprueba el primer programa de desarrollo rural sostenible para el periodo 2010-2014 en aplicación de la Ley 45/2007, de 13-12-2007, para el desarrollo sostenible del medio rural.

— Real Decreto 1072/2010. 20-8-2010. Desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima y de sus filiales.

— Real Decreto 1092/2010. 3-9-2010. Modifica el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial de Suelo (SEPES), aprobado por Real Decreto 1525/1999, de 1-10-1999.

— Real Decreto 1162/2010. 17-9-2010. Modifica el Real Decreto 1039/2009, de 29-6-2009, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del MP y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14-4-2008, por el que se aprobó la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 1203/2010. 24-9-2010. Desarrolla la estructura orgánica básica del MJ y se modifica el Real Decreto 869/2010, de 2-7-2010, por el que se modifica el Real Decreto 495/2010, de 30-4-2010, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 1226/2010. 1-10-2010. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

— Real Decreto 1259/2010. 8-10-2010. Modifica el Real Decreto 1134/2008, de 4-7-2008, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Vivienda, y el Real Decreto 1636/2006, de 29-12-2006, por el que se crea el Museo Nacional de Arquitectura y Urbanismo.

— Real Decreto 1286/2010. 15-10-2010. Aprueba el Estatuto del organismo autónomo Instituto de la Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa.

— Orden 2356/2010. 3-9-2010. Modifica el Anexo IV del Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 818/2009, de 8-5-2009.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 2407/2010. 9-9-2010. Nombran los miembros del Tribunal Calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocadas por Resolución de 13-5-2010.

— Resolución de 2-9-2010. Modifica la Resolución de 23-8-2010, por la que se eleva a definitiva la lista provisional de solicitantes a Registradores

de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, se corrigen errores y se señala lugar y fecha del sorteo.

— Resolución de 6-9-2010. Resuelve el concurso ordinario número 280 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 30-6-2010, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 6-9-2010. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes convocado por Resolución de 13-7-2010, y se dispone su publicación y comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Instrucción 5-10-2010. Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

— Acuerdo 1-10-2010. Tribunal calificador de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, por el que se señala la fecha en que han de dar comienzo los ejercicios de las mismas.

MINISTERIO DE VIVIENDA

— Real Decreto 1260/2010. 8-10-2010. Modifica el Real Decreto 1472/2007, de 2-11-2007, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1159/2010. 17-9-2010. Aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16-11-2007, y el Plan General de Contabilidad de las PYMES aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16-11-2007.

— Real Decreto 1282/2010. 15-10-2010. Regula los mercados secundarios oficiales de futuros, opciones y otros instrumentos financieros derivados.

— Resolución de 7-9-2010. Establecen los procedimientos y se aprueba el modelo de solicitud para la inscripción en el censo electoral para las elecciones municipales de los ciudadanos nacionales de países de la UE.

— Resolución de 8-9-2010. Modifica la de 15-12-2009, en la que se recoge las instrucciones para la formalización del Documento Único Administrativo (DUA).

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 2/2010. 28-7-2010. Sobre valores y otros instrumentos de naturaleza financiera codificables y procedimientos de codificación.

— Circular 3/2010. 14-10-2010. Procedimientos administrativos de autorización de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras, de autorización de las modificaciones de sus reglamentos y estatutos y de comunicación de los cambios de consejeros y directivos.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 1-9-2010. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 17-9-2010. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-10-2010. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 19-10-2010. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Circular 5/2010. 28-9-2010. Información que debe remitir el adquirente potencial en la notificación a la que se refiere el artículo 57.1 de la Ley 26/1988, de 29-7-1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

— Circular 6/2010. 28-9-2010. Publicidad de los servicios y productos bancarios.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Orden 2445/2010. 16-9-2010. Modifica la Orden 24-9-1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

— Orden 2504/2010. 20-9-2010. Desarrolla el Real Decreto 39/1997, de 17-1-1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en lo referido a la acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención, memoria de actividades preventivas y autorización para realizar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas.

— Corrección de errores. Orden 2504/2010. 20-9-2010. Desarrolla el Real Decreto 39/1997, de 17-1-1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en lo referido a la acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención, memoria de actividades preventivas y autorización para realizar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas.

— Orden 2777/2010. 29-10-2010. Modifica la Orden 1562/2005, de 25-5-2005, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11-6-2004.

— Resolución de 7-10-2010. Publica la relación de fiestas laborales para el año 2011.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL

— Real Decreto 1163/2010. 17-9-2010. Ampliación de bienes patrimoniales adscritos a los servicios traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria por el Real Decreto 817/2007, de 22-6-2007, en materia de provisión de medios personales, materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

— Real Decreto 1164/2010. 17-9-2010. Ampliación de bienes patrimoniales adscritos a los servicios traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria por el Real Decreto 1585/2006, de 22-12-2006, en materia de conservación de la naturaleza (Reserva Natural de las Marismas de Santoña).

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

— Real Decreto 1365/2010. 29-10-2010. Ampliación de los medios económicos adscritos a los servicios traspasados por el Real Decreto 467/2003, de 25-4-2003 sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el INE en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Resolución de 14-9-2010. Adhesión de Perú al convenio, suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5-10-1961 (publicado en el *BOE* núm. 229, de 25-9-1978).

— Resolución de 5-10-2010. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, 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 la Universidad de las Naciones Unidas, relativo al establecimiento, funcionamiento y ubicación del Instituto Internacional de la Universidad de las Naciones Unidas para la Alianza de Civilizaciones, hecho en Madrid y Tokio el 28-6-2010.

— Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la Universidad de las Naciones Unidas, relativo al Instituto Internacional de la Universidad de las Naciones Unidas para la Alianza de Civilizaciones, hecho en Madrid y Tokio el 28-6-2010.

— Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Croacia al convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil (publicado en el *BOE* núm. 203, de 25-8-1987), hecho en La Haya el 18-3-1970.

— Modificaciones al Reglamento del Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT) (publicado en el *BOE* de 7-11-1989) adoptadas en la 38.ª Sesión (22.ª extraordinaria) de la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en Materia de Patentes el 29-9-2008.

— Modificaciones al Reglamento del Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT) (publicado en el *BOE* de 7-11-1989) adoptadas en la 36.ª Sesión (16.ª ordinaria) de la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en Materia de Patentes el 12-11-2007.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Real Decreto 860/2010. 2-7-2010. Regula las condiciones de formación inicial del profesorado de los centros privados para ejercer la docencia en las enseñanzas de educación secundaria obligatoria o de bachillerato.

— Corrección de errores. Real Decreto 860/2010. 2-7-2010. Regula las condiciones de formación inicial del profesorado de los centros privados para ejercer la docencia en las enseñanzas de educación secundaria obligatoria o de bachillerato.

— Real Decreto 1160/2010. 17-9-2010. Regula el Instituto de España.

— Real Decreto 1220/2010. 1-10-2010. Crea el Observatorio Universitario de Becas, Ayudas al Estudio y Rendimiento Académico.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 1087/2010. 3-9-2010. Aprueba el Reglamento que regula las Juntas Locales de Seguridad.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Real Decreto 1161/2010. 17-9-2010. Modifica el Real Decreto 907/2007, de 6-7-2007, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Real Decreto 1053/2010. 5-9-2010. Desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos en el ámbito del Ministerio de Defensa.

JUNTA ELECTORAL CENTRAL

— Instrucción 1/2010. 9-9-2010. Aplicación del artículo 44.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General en lo relativo a la constitución de coaliciones electorales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Recurso de inconstitucionalidad número 6.851-2010, en relación con diversos preceptos de la Ley 25/2009, de 22-12-2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia de 15-7-2010. Anula la frase del artículo 38.1.a): «...o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de los servicios financieros aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20-2-2004» del Real Decreto 1720/2007, de 21-12-2007, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13-12-1999, sobre Protección de Datos de Carácter Personal.

— Sentencia de 15-7-2010. Declara nulo el artículo 18 del Real Decreto 1720/2007, de 21-12-2007, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13-12-1999, sobre Protección de Datos de Carácter Personal.

— Sentencia de 15-7-2010. Declaran nulos los artículos 11, 18, 38.2, y 123.2 de la disposición reglamentaria, así como la frase del artículo 38.1.a) que

dice así: «...y al respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20-2-2004» del Real Decreto 1720/2007, de 21-12-2007, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13-12-1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Real Decreto 1365/2010. 29-10-2010. Ampliación de los medios económicos adscritos a los servicios traspasados por el Real Decreto 467/2003, de 25-4-2003, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el INE en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.

— Orden 13-9-2010. Modifica la Orden de 23-5-2008, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban nuevos modelos de solicitudes de inscripción y de renovación, de comunicación de variación de datos, de cancelación de la inscripción y de certificados de inscripción en este Registro.

— Orden 17-9-2010. Desarrolla la organización y el funcionamiento del Registro Andaluz de Entidades Locales.

— Resolución de 20-8-2010. Realiza segunda convocatoria de las ayudas del régimen de reestructuración y reconversión del viñedo para el ejercicio 2010, al amparo de la Orden 19-10-2000 y del Real Decreto 244/2009, de 27-2-2009, que se citan.

— Corrección de erratas. Ley 9/2010. 30-7-2010. Aguas de Andalucía.

ARAGÓN

— Ley 6/2010. 22-10-2010. Autoriza la realización de operaciones de endeudamiento por importe máximo de doscientos cincuenta y ocho millones ochocientos cuarenta mil euros.

ASTURIAS

— Ley 4/2010. 29-6-2010. Cooperativas.

BALEARES

— Decreto 110/2010. 15-10-2010. Aprueba el Reglamento para la mejora de la accesibilidad y la supresión de barreras arquitectónicas.

CANARIAS

— Decreto 144/2010. 11-10-2010. Modifica, para la isla de Fuerteventura, el Decreto 299/2003, de 22-12-2003, por el que se planifican los juegos y apuestas en Canarias.

— Decreto 146/2010. 11-10-2010. Modifica el Reglamento Orgánico de la Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda, aprobado por Decreto 167/2008, de 22-7-2008.

— Orden 9-9-2010. Nombra Registradora de la Propiedad a doña Laura Torres Rodríguez.

— Orden 24-9-2010. Nombra Notarias.

CANTABRIA

— Decreto 68/2010. 7-10-2010. Regulan los residuos sanitarios y asimilados de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Decreto 71/2010. 14-10-2010. Modifica el Decreto 19/2010, de 18-3-2010, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 17/2006, de 11-12-2006, de Control Ambiental Integrado.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 4/2009. 15-10-2009, de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha.

— Ley 9/2010. 20-7-2010. Modificación de la Ley 5/2009, de 17-12-2009, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2010, para su adaptación al Real Decreto-ley 8/2010, de 20-5-2010, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

— Decreto 205/2010. 31-8-2010. Fija el calendario laboral para el año 2011.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 7/2010. 30-8-2010. Regula la renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León.

— Ley 8/2010. 30-8-2010. Ordenación del Sistema de Salud de Castilla y León.

— Ley 9/2010. 30-8-2010. Derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León.

— Ley 10/2010. 27-9-2010. Salud Pública y Seguridad Alimentaria de Castilla y León.

— Decreto 36/2010. 16-9-2010. Establece el calendario de fiestas laborales en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León para el año 2011.

— Orden 1210/2010. 4-8-2010. Modifica el Anexo de la Orden 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 1211/2010. 30-7-2010. Modifica el Anexo de la Orden 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 1212/2010. 10-8-2010. Modifica el Anexo de la Orden 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 1213/2010. 4-8-2010. Modifica el Anexo de la Orden 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 1279/2010. 9-9-2010. Nombran Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para su destino en la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 1312/2010. 13-9-2010. Modifica el Anexo de la Orden 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 de 15-9-2010. Publicación del Acuerdo de las Cortes de Castilla y León de convalidación del Decreto-ley 2/2010, de 2-9-2010, 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 10/2010. 27-9-2010. Salud Pública y Seguridad Alimentaria de Castilla y León.

— Ley 30/2010. 3-8-2010. Veguerías.

— Ley 31/2010. 3-8-2010. Área Metropolitana de Barcelona.

— Ley 32/2010. 1-10-2010. Autoridad Catalana de Protección de Datos.

— Ley 33/2010. 1-10-2010. Políticas de juventud.

— Ley 34/2010. 1-10-2010. Regulación de las fiestas tradicionales con toros.

— Decreto-ley 4/2010. 3-8-2010. Medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña.

— Decreto-ley 5/2010. 3-8-2010. Modificación del TR de la Ley de Cajas de Ahorro de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2008, de 11-3-2008.

— Corrección de erratas. Decreto-ley 5/2010. 3-8-2010. Modificación del TR de la Ley de Cajas de Ahorro de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2008, de 11-3-2008.

— Decreto Legislativo 3/2010. 5-10-2010. Adecuación de normas con rango de ley a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12-12-2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

— Decreto 132/2010. 4-10-2010. Convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución.

— Resolución de 6-9-2010. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes, convocado por Resolución 2414/2010, de 13-7-2010.

— Resolución de 6-9-2010. Resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por Resolución 2310/2010, de 30-6-2010.

— Corrección de erratas. Ley 19/2010. 7-6-2010. Regulación del IS y D.

EXTREMADURA

— Ley 9/2010. 18-10-2010. Modificación de la Ley 15/2001, de 14-12-2001, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura.

— Corrección de errores. Ley 7/2010. 19-7-2010. Modificación de la Ley 3/2002, de 9-5-2002, de Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

GALICIA

— Ley 6/2010. 29-9-2010. Incluye una Disposición Transitoria 6.^a en la Ley 10/2009, de 30-12-2009, de modificación del Decreto Legislativo 1/2005,

de 10-3-2005, por el que se aprueba el TR de las Leyes 7/1985, de 17-7-1985, y 4/1996, de 31-5-1996, de Cajas de Ahorro de Galicia.

— Ley 7/2010. 15-10-2010. Suprime el organismo autónomo Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y la Mujer y se modifican determinados artículos de la Ley 2/2007, de 28-3-2007, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia.

— Orden 7-9-2010. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

LA RIOJA

— Ley 6/2010. 13-9-2010. Modifica la Ley 5/2009, de 15-12-2009, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2010.

— Ley 7/2010. 29-9-2010. Aprueban varios convenios de colaboración con otras Comunidades Autónomas para el establecimiento de programas de actuación conjunta en diversas materias.

— Ley 8/2010. 15-10-2010. Medidas Tributarias.

— Corrección de errores. Ley 5/2009. 15-12-2010. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2010.

MADRID

— Decreto Legislativo 1/2010. 21-10-2010. Aprueba el TR de las Disposiciones legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado.

— Corrección de errores. Resolución de 10-5-2010. Habilita al Registro Telemático de la Consejería de Economía y Hacienda para la tramitación de diversos procedimientos administrativos y se ordena la publicación de impresos normalizados para su utilización electrónica.

MURCIA

— Decreto 236/2010. 3-9-2010. Atención al Ciudadano en la Administración Pública de la Región de Murcia.

NAVARRA

— Ley Orgánica 7/2010. 27-10-2010. Reforma de la Ley Orgánica 13/1982, de 10-8-1982, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

— Decreto Foral Legislativo 5/2010. 20-9-2010. Armonización tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral 38/2010. 21-6-2010. Desarrolla la Ley Foral 20/2003, de 25-3-2003, de Familias Numerosas.

— Decreto Foral 61/2010. 27-9-2010. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Foral 6/2008, de 25-3-2008, de financiación del libro de texto para la enseñanza básica.

— Orden Foral 129/2010. 17-9-2010. Aprueba el modelo 170 de declaración de las operaciones realizadas por los empresarios o profesionales adheridos al sistema de gestión de cobros a través de tarjetas de crédito o de débito.

— Orden Foral 130/2010. 17-9-2010. Aprueba el modelo 171 de declaración informativa anual de impositores, disposiciones de fondos y de los cobros de cualquier documento.

— Orden Foral 130/2010. 17-9-2010. Aprueba el modelo H70 de declaración informativa de las cantidades percibidas por los promotores de viviendas a cuenta del precio de adquisición de éstas.

PAÍS VASCO

— Decreto 238/2010. 14-9-2010. Alta Inspección en materia de Servicios Sociales.

— Norma Foral 3/2009. 23-12-2010. Aprueban los Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Gipuzkoa para el año 2010.

— Resolución de 2-6-2010. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto Foral. Norma 3/2010, de 4-5-2010, por el que se introducen modificaciones en el IVA.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 21 de septiembre de 2010, tuvo lugar en Sevilla, en el Salón de Actos del Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Re-

gistradores de la Propiedad y Mercantiles, una JORNADA SOBRE EL REGLAMENTO DE DISCIPLINA URBANÍSTICA DE ANDALUCÍA con el título: *UNA APROXIMACIÓN AL REGLAMENTO DE DISCIPLINA URBANÍSTICA DE ANDALUCÍA: LA VISIÓN NOTARIAL Y REGISTRAL*, organizada por la Academia Sevillana del Notariado y el Centro de Estudios del Decanato Territorial de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Apertura de la Jornada: a cargo de don Santiago MOLINA MINERO, Decano Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores; don Javier MANRIQUE PLAZA, Presidente de la Academia Sevillana del Notariado, y don José Manuel RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, Director del Centro de Estudios del Decanato Territorial de Registradores.

Ponencias:

- «El Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía: principios generales», por la Ilma. Señora doña Rosa URIOSTE AZCORRA, Directora General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía.
- «La visión notarial del Reglamento (Parte I)», por don Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Notario de Córdoba.
- «La visión registral del Reglamento (Parte I)», por don Francisco Manuel GALÁN QUESADA, Registrador de la Propiedad de Alcalá de Guadaira.
- «La visión notarial del Reglamento (Parte II)», por don Pedro ROMERO CANDAU, Notario de Sevilla.
- «La visión registral del Reglamento (Parte II)», por don Eduardo FERNÁNDEZ GALBIS, Registrador de la Propiedad de Sevilla.

Clausura de la Jornada: a cargo de la Excma. Señora doña Rosa AGUILAR RIVERO, Consejera de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía.

ARAGÓN

El día 4 de octubre, organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad, tuvo lugar la JORNADA *RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN FORAL*, con arreglo al siguiente programa:

- «Aspectos político-constitucionales de los regímenes fiscales forales», por don Alberto LÓPEZ BASAGUREN, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco.

- «El contenido de los regímenes fiscales forales: los tributos concertados-convenido y el cupo-aportación», por don Ignacio ZUBIRI ORIA, Catedrático de Hacienda Pública de la Universidad del País Vasco.
- «¿Está bien calculado el cupo-aportación?», por don Ángel DE LA FUENTE MORENO, Miembro del Instituto de Análisis Económico CSIC.

* * *

El día 21 de octubre, organizada por la asociación IDiA, tuvo lugar una JORNADA SOBRE *LOS USOS DEL DNI ELECTRÓNICO EN EMPRESAS Y ORGANIZACIONES*, con el siguiente programa:

Apertura: a cargo de don Fernando BELTRÁN, Viceconsejero de Ciencia y Tecnología del Gobierno de Aragón.

Ponencias:

- «El DNIe, una tarjeta inteligente nacional», por don Juan CRESPO, Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía.
- «Posibles usos del DNIe en las empresas y organizaciones», por don Antonio NOVO GUERRERO, Director Gerente de IDiA.
- «Iniciativas públicas de impulso al uso del DNIe», a cargo de don Salvador SORIANO, Subdirector General de Servicios de la Sociedad de la Información, Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, y don Gonzalo DIE SOCÍAS, Director de Planificación y Relaciones Externas – red.es.

Mesa redonda: *Oportunidades y barreras para las aplicaciones del DNIe*. Modera don Miguel Ángel PÉREZ COSTERO, Director General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Gobierno de Aragón. Intervienen: don Marcos GÓMEZ HIDALGO, Subdirector de Programas en el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación; don Fernando ÁLIAS, Director de Sistemas de Caja de Ahorros de la Inmaculada, y don Julio FERNÁNDEZ, Director de Seguridad y Comunicaciones, SAMCA.

* * *

El día 28 de octubre, organizada por la Confederación de Empresarios de Aragón, Deloitte Abogados y Asesores y por la Confederación de Empresarios de la Construcción de Aragón, tuvo lugar la JORNADA: *NOVEDADES LEGISLATIVAS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: UNA VISIÓN PRÁCTICA*, con arreglo al siguiente programa:

Presentación de la Jornada: a cargo de don Antonio BALLARÍN, Vicepresidente de la Confederación de Empresarios de Aragón.

Ponencias:

- «Novedades legislativas en materia de “modificados” contractuales y financiación de contratos de colaboración público-privada», por don Juan MARTÍNEZ CALVO, Socio Director del Departamento de Derecho Público de Deloitte Abogados y Asesores Tributarios.
- «La colaboración público-privada desde el punto de vista de los organismos de supervisión y fiscalización», por don Alfonso PEÑA, Consejero de la Cámara de Cuentas de Aragón.
- «Otras novedades de interés en materia de contratación pública: en especial mecanismos legales de lucha contra la morosidad del sector público», por don Marc RODA, Gerente del Departamento de Derecho Público de Deloitte Abogados y Asesores Tributarios para el área de Cataluña y Baleares.
- «El nuevo marco normativo del recurso especial en materia de contratación pública: Aspectos prácticos para la empresa», por don Jorge GARASA, Gerente del Departamento de Derecho Público de Deloitte Abogados y Asesores Tributarios para el área de Aragón y La Rioja.

* * *

El 29 de octubre, la Dirección General de Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón, la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y el Instituto de Historia de la Intolerancia, organizaron una MESA REDONDA sobre el tema: *EL ARCHIVO DE LA CORONA DE ARAGÓN*, en la que intervinieron:

Presentación: a cargo del Excmo. Señor don José Ángel BIEL RIVERA, Vicepresidente del Gobierno de Aragón, y por el Profesor Doctor don José Antonio ESCUDERO, de las Reales Academias de la Historia y de Jurisprudencia y Legislación.

Moderada por el Profesor Doctor don Feliciano BARRIOS, de la Real Academia de Historia.

Intervinientes:

- Ilmo. Señor don Xavier DE PEDRO BONET, Director General de Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón.
- Ilmo. Señor don Jaime VICENTE REDÓN, Director General de Patrimonio Cultural del Gobierno de Aragón.

- Profesor Doctor don Joan ARRIETA, Catedrático de la Universidad del País Vasco.
- Profesora Doctora doña Remedios FERRERO, Catedrática de la Universidad de Valencia.
- Profesor Doctor don Guillermo REDONDO, Catedrático de la Universidad de Zaragoza.
- Profesor Doctor don Andrea ROMANO, Decano Facultad Ciencias Políticas Universidad de Mesina.

MADRID

El día 28 de octubre de 2010, en la sede de La Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *RETOS DE LA DOGMÁTICA CIVIL ESPAÑOLA EN EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XXI*.

Ponente: Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza.

Contraponente: Joaquín RAMS ALBESA, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid.

* * *

Los días 15 y 16 de noviembre de 2010, tuvo lugar en la Sede de la Escuela Judicial de Madrid un ENCUENTRO CON REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y NOTARIOS SOBRE *LA SEGURIDAD JURÍDICA*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial.

Codirectores:

- Don Juan Luis GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, Magistrado de la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.
- Don Antonio OJEDA ESCOBAR, Presidente del Consejo General del Notariado.
- Don Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil de Barcelona y Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores. Catedrático contratado, Universidad de Barcelona.

Director Técnico: Don Ricardo CONDE DÍEZ, Letrado del Servicio de Formación Continua.

* * *

15 de noviembre.—Mesas redondas:

Primera sesión: *Documentación judicial que accede al Registro de la Propiedad.*

«Requisitos. Comunicaciones entre Juzgados, Notarías y Registros. La calificación registral: concepto, fundamento, títulos sometidos a calificación, ámbito, competencia y recursos. Comunicaciones y la nueva oficina judicial».

- Don Javier PARRA GARCÍA, Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
- Don Patricio TOSCANO ROMERO, Abogado del Estado.
- Doña María Emilia ADÁN GARCÍA, Registradora de la Propiedad de Gandía, 1; Decana Autonómica de Valencia.

Segunda sesión: *Impugnaciones jurisdiccionales de resoluciones de la DGRN contra calificaciones registrales.*

«Impugnaciones directas. Problemas que plantean la legitimación, extemporaneidad, etc. Juzgados competentes para su conocimiento».

- Don Juan UCEDA OJEDA, Magistrado de la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.
- Don Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Don Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, Catedrático de Derecho Civil.

16 de noviembre.—Mesas redondas:

Primera sesión: *Cláusulas abusivas: condiciones generales de la contratación.*

«Obligaciones de Notarios y Registradores de no autorizar ni inscribir cláusulas abusivas. Artículo 84 LGDCU. Real Decreto Legislativo 1/2007. Sentencias del Tribunal Supremo 12-12-2008 y 16-12-2009».

- Doña Nuria ORELLANA CALVO, Magistrada del Juzgado de lo Mercantil, 1, de Cádiz.
- Don Rafael MARTÍNEZ DÍE, Notario de Boadilla del Monte.
- Don Celestino PARDO NÚÑEZ, Registrador de la Propiedad de Vilafranca del Penedés.

Segunda sesión: *Títulos ejecutivos.*

«Escrituras públicas. Pólizas de contratos mercantiles. Requisitos. Criterio. Artículo 17 de la LN. Control judicial del despacho de ejecución de

títulos no judiciales notariales. Artículo 582 de la LEC al respecto del requerimiento de pago. Motivos de oposición más frecuentes».

- Don Nicolás DÍAZ MÉNDEZ, Presidente de la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.
- Don Miguel FERRÉ MOLTO, Notario de Huelva.
- Don Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Catedrático de Derecho Civil.

PERÚ

La celebración del XVII CONGRESO DEL CINDER tuvo lugar en la ciudad de Lima (Perú) del 11 y 14 de octubre de 2010.

La inauguración del Congreso fue el lunes día 11 de octubre a las 10:30. La Ministra de Justicia, Rosario Fernández Figueroa, dio el discurso inaugural junto con la Presidenta del Instituto Peruano de Derecho Registral, Nelly Calderón y el Secretario General del CINDER.

Los temas sobre los que versó el XVII Congreso Internacional del CINDER son:

1. Estudio del Derecho de Propiedad, y comprende:
 - a) Creación, evolución y tipos.
 - b) Dimensión social de la propiedad: adquisición y límites.
 - c) La protección de la propiedad: sistemas y consecuencias económicas.
2. Derecho de propiedad y la prescripción.

Se inscribieron unos veinte países, entre los que destacan países emergentes como China, Brasil y Rusia. Países de economías más consolidadas como Inglaterra, Holanda y Francia, y destacamos Croacia en pleno proceso de reforma y que es la primera vez que acude a un Congreso del CINDER. También contará con una nutrida representación de países iberoamericanos.

CONCLUSIONES:

Expositor: Jorge BELTRÁN PACHECO.

Tema: *El impacto del Registro en la transferencia inmobiliaria: El problema de la concurrencia.*

Conclusión: «Es necesario mejorar el sistema registral».

Expositor: Daniel ECHAIZ MORENO.

Tema: *La función del Notario en el ámbito societario.*

Conclusión: «Es necesario que los Notarios y Registradores tengan en cuenta detallada y minuciosamente, especialmente para las Juntas en las cuales, por pedido, se convoca una Asamblea General estableciendo la obligación de concurrencia de todos los socios, a diferencia de la convocatoria sin exigencia de la unanimidad de asistencia».

Expositor: Nelly CALDERÓN NAVARRO.

Tema: *Constitución y transmisión de la propiedad a través de sus vertientes jurídicas, sociales y económicas.*

Conclusión: «Es necesario difundir las distinciones entre las perspectivas económica, jurídica y social, a fin de buscar consensos y no la primacía de un método sobre el otro, al legislar sobre el derecho de propiedad». «La economía no puede prevalecer sobre el derecho de propiedad, aunque sí es útil para solucionar los problemas sociales que se dan por el acceso a la titularidad».

Expositor: Germán NÚÑEZ PALOMINO.

Tema: *El procedimiento disciplinario del Notario, de las faltas en el ejercicio de la función.*

Conclusión: «Es necesario hacer todos los esfuerzos y gestiones para lograr plena vigencia de las normas que rigen el Notariado, en beneficio de los consumidores, de los notarios y de la seguridad jurídica».

Expositor: Álvaro DELGADO.

Tema: *Pendientes en el Sistema Registral peruano y perspectivas a futuro.*

Conclusión: «Es necesario difundir la cultura de la inscripción, analizar los costos de transacción y trabajar por la simplificación en temas administrativos».

«El Registro busca proyectar el propietario real del Registro».

Expositor: Eduardo José ATILIO LAOS LUNA.

Tema: *El instrumento notarial y la nueva Ley del Notariado.*

Conclusión: «Es necesario difundir las normas notariales que regulan la extensión de instrumentos públicos».

«Fomentar la importancia de la tecnología y el Notariado».

Expositor: Gunther GONZÁLES BARRÓN.

Tema: *Fundamento que explica la primacía del Título al Asiento Registral.*

Conclusión: «Es muy necesario difundir en todos los niveles, académicos, jurídicos y legislativos, la primacía del título al Asiento Registral».

Expositor: César BAZÁN NAVEDA.

Tema: *Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos.*

Conclusión: «Habría que evaluar y debatir profundamente la posibilidad de ampliar la competencia notarial hacia otros asuntos no contenciosos no previstos en el Código Procesal Civil».

Expositor: Óscar ESCATE CABREL.

Tema: *El divorcio en vida notarial a un año de vigencia.*

Conclusión: «El divorcio en vía no contenciosa notarial ha ayudado a descongestionar la labor que ejerce el Poder Judicial».

Expositor: Juan ZÁRATE DEL PINO.

Tema: *La función notarial en la separación convencional y divorcio ulterior.*

Conclusión: «En el Perú resulta muy necesaria la presencia de un abogado en los casos de separación convencional y divorcio ulterior, por lo que hay que fortalecer la legislación en este sentido».

Expositor: Marco BECERRA SOSAYA.

Tema: *Defendiendo las competencias notarial y registral.*

Conclusión: «En la legislación peruana resulta necesario establecer los alcances de la calificación de los documentos notariales, tanto en sede registral como en sede administrativa».

Expositor: Patricia BELTRÁN PACHECO.

Tema: *Implicancias del Derecho de Familia, niñez y adolescencia en el ámbito notarial.*

Conclusión: «En el Perú la mayoría de la carga procesal del Poder Judicial corresponde a casos de divorcio por causal».

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

IRIARTE ÁNGEL, J. L.; CASADO ABARQUERO, M., y MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *Derecho Internacional Privado (Colección Códigos Básicos)*, 8.^a ed., Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

por

JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ LAFUENTE
Registrador de la Propiedad

El análisis de cualquier obra científica con el objeto de su posterior comentario y valoración crítica implica, para quien debe hacerla, una tarea en la que es necesaria la comprensión, interpretación y asimilación de lo analizado para emitir unas consideraciones propias.

Esta labor resulta complicada cuando, como es el caso, el texto objeto de análisis es ilustrativo de una realidad especialmente compleja y no siempre bien conocida por el operador jurídico. Este es el caso del Código de Derecho Internacional Privado de la editorial Aranzadi, preparado por Jose Luis IRIARTE ÁNGEL, Marta CASADO ABARQUERO y Alberto MUÑOZ FERNÁNDEZ.

Por todos es sabido que uno de los rasgos característicos del Derecho Internacional Privado es la dispersión normativa. En esta rama del Derecho concurren tanto normas de origen comunitario e internacional, como internas, y es precisamente esta pluralidad de ordenamientos la que complica la labor de identificación del instrumento jurídico aplicable. Además, el Derecho Internacional Privado ha dejado de ser un sector del ordenamiento marginal y raramente aplicable. Por ejemplo, notarios y registradores se ven frecuentemente obligados a calificar documentos autorizados en el extranjero que, por vía de reconocimiento y sin necesidad de previo *exequátur*, pueden acceder al Registro de la Propiedad; las relaciones contractuales se han internacionalizado; y lo mismo sucede con las relaciones personales. Todo ello, evidentemente, se ha visto favorecido por la progresiva desaparición de las fronteras y de las barreras físicas y económicas. En definitiva, es difícil imaginar un ámbito del Derecho Internacional Privado que no se vea afectado por el problema de la diversidad normativa.

Pues bien, una de las bondades de la obra es precisamente su sistema de índices. El índice principal está dividido en dos grandes secciones: *Normativa de origen internacional y comunitario* y *Normativa de origen interno*. Cada una de ellas se subdivide, a su vez, por materias. Así, existen secciones relativas al Derecho Procesal Internacional, la prueba e información del Derecho extranjero, documentos públicos extranjeros, persona física, matrimonio, protección de menores, alimentos, sucesiones, personas jurídicas, obligaciones contractuales, transporte internacional, responsabilidad extracontractual o arbitraje,

por citar algunos ejemplos. Cerrando la obra se puede encontrar un índice cronológico y otro analítico. En definitiva, un sistema de índices claro, sistemático y especialmente intuitivo que facilita la rápida localización de la norma aplicable. Algo especialmente necesario en una rama del Derecho como la que nos ocupa.

Por otra parte, en esta octava edición del Código se han incluido, como novedad, normas relativas al sector del Transporte Internacional. Esta iniciativa debe ser acogida con entusiasmo, puesto que junto a normas de Derecho Internacional Privado en el sentido clásico del término, incorpora disposiciones básicas en el ámbito del Derecho de Comercio Internacional, cubriendo así las necesidades de un mayor número de destinatarios, ya sean profesionales o estudiantes.

En conclusión, un conjunto de argumentos que hacen de la obra un instrumento útil, actual y necesario para quienes se dediquen de alguna manera a este tipo de actividad y que obligan a valorar positivamente la misma.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El usufructo*, Editorial Thomson-Reuters Civitas. Navarra, 2010, 1136 págs.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Consejero-Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Cuando tuve en mis manos el libro sobre «El usufructo», del catedrático de Derecho Civil FRANCISCO RIVERO, lo primero que pensé es que me hallaba en presencia de la obra más extensa que jamás había leído sobre la materia. Eso era evidente a tenor de las 1.136 páginas de esta voluminosa obra —que viene acompañada de una exhaustiva bibliografía final—, editada por Thomson-Reuters Civitas.

Sin embargo, a medida que me sumergía en su lectura, la sensación que tuve es la de que, en efecto, estamos ante un profundo estudio de la institución, pero escrita con un estilo preciso y ameno que hacen muy fácil su lectura. Es algo más que una monografía; es un ensayo exhaustivo y completo en el que se relacionan instituciones y conceptos que sólo desde una formación jurídica muy amplia se pueden abordar.

Conviene ya advertir que el análisis de la figura del usufructo la realiza el autor desde una perspectiva general del Derecho español, pues tiene muy presente no sólo el Código Civil de territorio de Derecho Común, sino también las legislaciones de Derecho Civil especial —que antaño denominábamos forales—, en particular —dada su vinculación personal y docente con Cataluña— el Código Civil catalán, que dada su modernidad viene con frecuencia a dar soluciones inexistentes en otros textos. Respalda el autor sus opiniones con una exhaustiva aportación de criterios jurisprudenciales y en particular de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que van dando estructura firme a la obra.

No se limita RIVERO HERNÁNDEZ a estudiar el régimen jurídico del derecho de usufructo, sino que abarca también su otra media naranja, como es la nuda propiedad. Pero insisto en que lo hace tanto desde un planteamiento concep-

tual muy amplio, como descendiendo a aspectos concretos y muy prácticos, donde cualquier patinazo podría producirse si no se dominara con rigor el entero Derecho Civil, incluyendo el Hipotecario y Registral.

Comienza el libro estudiando las funciones socio-económicas del usufructo, su formación, su concepto, las diferencias con otras figuras próximas y sus nuevos fines; para abordar, a continuación, su régimen jurídico de forma exhaustiva: constitución, clases, estructura de la relación jurídica, derechos y deberes que integran su contenido —insisto que tanto del usufructo como de la nuda propiedad—, duración, modificación y extinción. Por razón del objeto se distingue entre los usufructos sobre cosas materiales y los usufructos sobre derechos, para analizar seguidamente figuras muy novedosas de usufructos; usufructos de fondos de inversión, de patrimonio, de empresa, de activos financieros y carteras de valores, usufructo de propietario, usufructo de garantía, etc. Cada uno de estos capítulos o epígrafes podrían considerarse, por sí solos, como monografías en la materia.

Por su especial interés conceptual y práctico en la realidad del tráfico civil y mercantil, destaco ciertos temas, a riesgo de dejarme muchos. Me ha parecido muy interesante el estudio que realiza del título constitutivo y sus formas onerosa o gratuita; *intervivos* o *mortis causa*; por vía de reserva o de disposición; autónoma o conexas a otro acto —como una partición—; así como el análisis de los usufructos legales y sus diferencias respecto del que nace de título voluntario o judicial. Los aspectos esenciales que integran el usufructo, distinguiendo cuáles son esenciales y cuáles no, así como su defensa de una interpretación amplia en lo relativo a las relaciones obligacionales entre los sujetos de la relación usufructuaria (como ocurriría en el usufructo de disposición) —en contra de la general interpretación estricta del usufructo como limitativo del dominio— me ha parecido muy original.

Las figuras especiales de usufructo —temas temibles para los opositores a Notarías o Registros— como los usufructos con facultad de disposición, el usufructo de finca hipotecada y los usufructos conjuntos y sucesivos (que tantos problemas plantean en la vida registral), son analizados por el autor con gran criterio y conocimiento, tanto del Derecho Histórico como del vigente. Lo mismo ocurre con la disposición del derecho de usufructo y de las consecuencias que ello tiene sobre las cargas y derechos constituidos sobre el mismo. Modestamente me agrada volver a ver que mi obra sobre prohibiciones de disponer sea tenida en cuenta por el autor en el estudio del usufructo sobre bienes sujetos a prohibición dispositiva.

En fin, se trata de una obra que lo mismo estudia temas clásicos, como la distinción entre usufructos *mortis causa* sucesivos con la sustitución fideicomisaria, como temas de enorme actualidad, que trasciende lo meramente civil para rayar en lo mercantil, como los usufructos de acciones, de participaciones o de fondos de inversión.

Obra que pronto se convertirá ella misma en un clásico, referente necesario para profundizar en cualquier aspecto relacionado con el *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*.

DE LA IGLESIA MONJE, Isabel, *El principio de rogación y el procedimiento registral*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010, 279 págs.

por

BEGOÑA GONZÁLEZ ACEBES

Profesora de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad de Valladolid

La monografía objeto de recensión tiene su origen en una conferencia impartida en el Seminario de Derecho Inmobiliario Registral de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el curso académico 2006-2007, curso en el que se analizaron diversos principios hipotecarios.

Pese a ser un principio hipotecario bastante conocido por los estudiosos de esta rama del Derecho, la autora entiende que es necesario realizar un nuevo análisis del mismo desde una visión actual y renovada a consecuencia de las nuevas modificaciones legales existentes en diferentes ámbitos del procedimiento registral que le afectan directamente. La opción metodológica empleada consiste en poner el principio de rogación en conexión con cada uno de los principios hipotecarios, por ser el punto inicial del procedimiento registral, el antecedente necesario de la calificación e incluso de la práctica del asiento solicitado.

La autora ha dividido el análisis del principio en dos partes claramente diferenciadas. En la primera de ellas aborda el estudio clásico y necesario del principio haciendo referencia a su origen histórico, su fundamentación y sus limitaciones bajo el prisma de la doctrina científica y jurisprudencial actual, sin olvidar un análisis de los sistemas de Derecho registral comparado más afines al nuestro, como son el sistema alemán y el francés.

La segunda parte del libro aborda el principio desde una visión totalmente práctica, concretando sus problemas actuales, así como la importancia y valoración actual del principio, tal y como se configura en el procedimiento registral.

El principio de rogación se induce del artículo 6 de la Ley Hipotecaria de 1861, tras haberse abordado en la discusión parlamentaria una serie de problemas prácticos relativos a los sujetos y a sus autorizaciones o representaciones, relativos a la registración de documentos, donde fueron puestos de manifiesto los problemas de la España rural y agraria de dicho momento histórico. La concreción de dicho precepto marcó el comienzo del procedimiento registral a instancia de parte.

El principio de rogación quedó configurado como un requisito fundamental que sirve para que los propietarios inicien el procedimiento registral, exponiendo su deseo de inscribir y aportando los documentos necesarios a tal fin.

Pero si dicho principio había sido analizado hasta ahora por la doctrina científica, únicamente como el inicio del mecanismo de la inscripción, la autora plantea en esta ocasión su estudio desde otra perspectiva, poniendo de manifiesto que el principio de rogación es la base y el hilo conductor de todo el procedimiento y, por tanto, el nexo de unión y de relación de unos principios con otros. Y ello porque el procedimiento en sí mismo y de manera automática impone la carga de continuar hasta la consecución final del asiento de inscripción. De manera que el principio de rogación no es un simple

paso iniciador del procedimiento sino que continúa vigente hasta el final. De ahí las numerosas manifestaciones que este principio despliega a lo largo del procedimiento, entre las que la autora cita y analiza la petición de anotación preventiva por defectos subsanables; la posibilidad de dar conformidad a la inscripción parcial del documento; la posibilidad de restringir verbalmente o por escrito la solicitud de inscripción a determinados actos, pactos, fincas o derechos; la posibilidad de retirar el título una vez presentado; la de pedir nota de calificación registral, de suspensión o denegación al pie del documento e incluso la posibilidad de presentar recursos contra la calificación del registrador. Para este último surge la obligación de proporcionar información sobre los medios más adecuados al fin propuestos por el solicitante.

Con el principio de rogación se asienta el propio fundamento del procedimiento registral, que consecuencia de su carácter voluntario —sin perjuicio del interés mediato de la comunidad—, va a tutelar directamente intereses privados, de ahí la justificación de que sean los particulares a quienes les incumbe esta misión rogatoria.

El sujeto que acude al Registro tiene el poder jurídico de provocar la actuación registral y así obtener la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario mediante la registración.

En la monografía se tienen en cuenta también los avances tecnológicos y el acceso a la información electrónica bajo el prisma de la necesaria protección de datos personales. Los problemas que surgen se solventan estableciendo que sólo el registrador tiene la competencia y la acreditada capacidad jurídica para discernir cuáles son los datos necesarios para cada finalidad y para discriminar qué asientos son actuales, ciertos y vigentes. También se pone de manifiesto como el titular tiene derecho a oponerse al tratamiento y publicidad de sus datos cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal, salvo que una Ley disponga lo contrario.

El carácter rogado del procedimiento registral condiciona o delimita la actuación del registrador quien, a su vez, está encargado de la tutela del interés público —103 CE— y exige la colaboración del interesado, o de terceros para la acreditación de hechos que aquél no considera suficientemente probados. Tras la calificación negativa por existencia de un defecto subsanable y en base a nuestro principio de rogación, al propio particular le incumbe y le corresponde el desarrollo de la actividad probatoria. De modo que la delimitación previa del interesado se ve alterada por la actuación del registrador.

Se analiza también la posibilidad de acudir al cuadro de sustituciones para realizar una nueva solicitud de inscripción ante el registrador sustituto. Lo cual reafirma el interés del legislador que ha pensado en la eficacia del principio de rogación, ya que el principal impulsor del cuadro de sustituciones será el presentante que realiza la solicitud ante el nuevo registrador para que realice la calificación pertinente que desemboque en el asiento o extienda la nota de calificación en la que se establezcan las razones que impidan el acceso registral para proceder a su subsanación o para intentar la rectificación de tal calificación a través de los mecanismos diseñados legalmente.

La autora insiste en la relación entre el principio de rogación y las pretensiones deducibles en el recurso judicial que garantiza a los ciudadanos el derecho a que se anulen las calificaciones cuyos motivos se demuestren ilegales, reconociéndoseles, además, el derecho a efectuar la inscripción de sus títulos. Todo ello amparado en el principio constitucional de tutela efectiva a los derechos e intereses de los particulares, que en este ámbito se traduce en la preten-

sión de conseguir la inscripción de sus títulos (art. 24.1 CE). La rogación «inicial» aquí se amplía, se vuelve «rogación procesal», extendiéndose el marco de interesados en acudir ante los órganos judiciales civiles.

La autora, amplia conocedora del Derecho Hipotecario Registral, realiza, sin duda, un acertado tratamiento de este principio hipotecario, no de una manera aislada y dogmática, sino poniéndolo en conexión con un todo armónico, el procedimiento registral en el que se inserta y sirve de inicio, poniendo asimismo en evidencia todas las cuestiones prácticas que suscita, lo que constituye un gran acierto.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO
Y MEDIO AMBIENTE
Número 259 (Julio-Agosto 2010)

- «Algo en qué pensar, por un urbanismo más simplificado y de calidad», por FRANCISCO ENÉRIZ OLAECHEA.
- «El concepto de plusvalía urbanística y su evolución dentro del texto de la Ley del Suelo de 2008», por Begoña PLA TORMO y Manuel LATORRE HERNÁNDEZ.
- «Los aeropuertos privados no son sistemas generales. El caso concreto del proyecto de singular interés que autoriza la construcción del aeropuerto de Ciudad Real. Valoración del suelo a efectos expropiatorios», por Antonio TOLEDO PICAZO.
- «La nueva ordenación urbanística del medio rural en el Principado de Asturias (1.ª Parte)», por Carlos FERNÁNDEZ FERRERAS.
- «Directiva de servicios: urbanismo, medio ambiente y agricultura», por Juan José RASTROLLO SUÁREZ.
- «Algunas reflexiones sobre la incidencia de la LS 07 en el Derecho Urbanístico valenciano: la valoración del suelo en el proyecto de reparcelación», por Josep ORTIZ BALLESTER.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL
Número 277 (Julio-Septiembre 2010)

- «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», por María de los Ángeles MARTÍN REYES, pág. 835.
- «Caracterización jurídica del contrato de *renting*», por Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ, pág. 899.
- «La infracción indirecta de patente: Problemática relativa a la indemnización de daños», por Javier FRAMIÑÁN SANTAS, pág. 943.
- «Las subastas con precio de reserva ante el derecho de la competencia. Reflexiones al hilo de una jurisprudencia reciente», por Luis María MIRANDA SERRANO, pág. 993.

- «Una perspectiva italiana sobre la evolución reciente del Derecho Europeo de Sociedades», por José Miguel EMBID IRUJO, pág. 1053.
- «La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas», por Andrés RECALDE y Philipp SCHÖNNENBECK, pág. 1065.
- «El *spam* y la nueva regulación de la Ley de Competencia Desleal», por Trinidad VÁZQUEZ RUANO, pág. 1083.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA Número 47 (Diciembre 2009)

- «El consentimiento informado en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», por Julio César GALÁN CORTÉS, pág. 9.
- «El error de diagnóstico en los dictámenes sobre responsabilidad sanitaria del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», por Mónica DE LA CALZADA DEL PINO, pág. 45.
- «La teoría del daño desproporcionado en los dictámenes sobre responsabilidad sanitaria del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», por Ernesto PÉREZ TOLÓN y David LARIOS RISCO, pág. 65.
- «La doctrina de la pérdida de oportunidad en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Reflexiones críticas», por Luis MEDINA ALCOZ, pág. 107.
- «Resarcimiento por daños morales derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», por Josefa CANTERO MARTÍNEZ, pág. 159.
- «Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ligadas a actuaciones sanitarias realizadas por contratistas o concesionarios de la Administración», por Jesús PUNZÓN MORALEDA, pág. 199.
- «La prescripción en el seno de la responsabilidad extracontractual sanitaria», por Francisco SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, pág. 247.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN Número 22 (Septiembre 2010)

- «Aspectos laborales del contrato a tiempo parcial», por Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y Patricia NIETO ROJAS, pág. 13.
- «La aplicación de la jubilación parcial en el empleo público», por Lourdes LÓPEZ CUMBRE, pág. 61.

- «Jubilación parcial y personal estatutario», por Fernando SALINAS MOLINA, pág. 127.
- «Criterios jurisprudenciales en torno a la jubilación parcial», por M.^a Luisa SEGOVIANO ASTABURUAGA, pág. 173.
- «La responsabilidad por los accidentes de tráfico provocados por las especies cinegéticas tras la reforma de la Ley de Caza de Castilla y León operada por la Ley 10/2009, de 17 de diciembre, de Medidas Financieras», por Rafael GUERRA POSADAS, pág. 213.
- «Incidencia medioambiental sobre las competencias urbanísticas, en especial en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo», por Jesús DEL OLMO ALONSO, pág. 255.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA

Número 4 (2010)

- «L'exemple dels compiladors», por Pedro L. YÚFERA SALES, pág. 953.
- «La Compilació del Dret Civil de Catalunya i l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació», por Josep-D. GUARDIA CANELA, pág. 959.
- «L'impuls polític de la Compilació», por Juan José LÓPEZ BURNIOL, pág. 971.
- «En el cinquantenari de la "Compilació del Dret Civil de Catalunya"», por Joan B. VALLET DE GOYTISOLO, pág. 991.
- «Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el Dret interregional del futur?», por Alegría BORRAS, pág. 995.
- «La caducitat al Codi Civil de Catalunya», por FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, pág. 1021.
- «La filiació en el Dret català: de la Compilació al Codi Civil», por Rafael VERDERA SERVER, pág. 1051.
- «L'evolució del règim de separació de béns en el Dret Civil de Catalunya: la compensació econòmica per raó de treball», por Esteve BOSCH CAPDEVILA, pág. 1075.
- «L'evolució del testament: de la Compilació al Codi Civil», por Joan MARSAL GUILLAMET, pág. 1099.
- «L'evolució del fidecomís», por Lluís PUIG I FERRIOL, pág. 1123.
- «De la llegítima a la *llegítima*», por Encarna ROCA TRÍAS, pág. 1145.
- «Successió intestada a Catalunya. De la Compilació al Codi Civil i els cinquanta anys entre dues lleis (1936-1987)», por Albert LAMARCA I MARQUÉS, pág. 1169.

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA
Número 49 (Enero-Junio 2010)

- «La inactividad en las Administraciones Públicas de Navarra. Medios jurídicos de reacción del ciudadano», por Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, pág. 11.
- «Hijos matrimoniales y extramatrimoniales en el Derecho Sucesorio navarro», por María Teresa HUALDE MANSO, pág. 47.
- «El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación», por José Antonio RAZQUIN LIZÁRRAGA, pág. 85.
- «Federalismo Cooperativo y Conferencias Sectoriales: marco normativo y propuestas de reforma», por Javier TAJADURA TEJADA, pág. 137.
- «La gestión del suelo urbanizado: las actuaciones de dotación en el Texto Refundido de la Ley del Suelo», por Jesús María RAMÍREZ SÁNCHEZ, pág. 185.
- «Las causas de abstención y recusación y el procedimiento administrativo común», por Miguel José IZU BELLOSO, pág. 215.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
Vol. LXXXIV (2008)

- «Manuel de Andrade. N.º Cinquentenário do Falecimento de “um jurista dos maiores que já houve em Portugal”», por Mario Julio DE ALMEIDA COSTA, pág. 1.
- «Raízes Clássicas da Uniao Europeia», por María Helena DA ROCHA PEREIRA, pág. 11.
- «Dos Direitos Individuais ao Direito à Paz. Entre a Paz Perpétua e aTópica Política», por José Joaquim GOMES CANOTILHO, pág. 25.
- «A Segurança Jurídica do Comércio e a Função do Notariado (Direito Romano)», por Antonio SANTOS JUSTO, pág. 35.
- «A Imaginação no Quadro da Judicativo-Decisória Realização do Direito (Quatro Variações sobre o Tema)», por Fernando José BRONZE, pág. 59.
- «A Liberdade de Expressao entre o Naturalismo e a Religiao», por Jónatas E. M. MACHADO, pág. 89.
- «Constituição da Segurança Social: Sujeitos, Prestações e Princípios», por Joao Carlos LOUREIRO, pág. 189.
- «Propriedade Intelectual. Tendências Globais», por Joao Paulo F. REMEDIO MARQUES, pág. 251.

- «O Pluralismo Jurídico na China», por Wei DAN, pág. 303.
- «Human Rights: from Societal Rights to Individual Rights», por Horst DIPPEL, pág. 341.
- «Human Rights as Morality, Human Rights as Law», por Michael J. PERRY, pág. 369.
- «Relaciones Iglesia-Estado en España. Estudio Legal y Jurisprudencial», por Alejandro TORRES GUTIÉRREZ y Ana LETURIA NAVAROA, pág. 423.
- «Sobre la actualidad del Legado Jurídico-Político Romano: Perspectiva histórica», por Magdalena RODRÍGUEZ GIL, pág. 507.
- «Fuero del Baylio. Instituição Jurídica Espanhola de Origem Portuguesa», por Manuel DE PERALTA CARRASCO, pág. 537.
- «Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ainda a Questao da Discrecionariiedade Positivista», por Lenio LUIZ STRECK, pág. 559.
- «Debates Actuais em Torno da Responsabilidade e da Protecção dos Administradores. Surtos de Influência Anglo-Saxónica», por Maria Elisabete RAMOS, pág. 591.
- «Good Governance e o Desafio Institucional da Pós-Modernidade», por Márcia MIEKO MORIKAWA, pág. 637.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Número 120 (Septiembre-Diciembre 2009)

- «Análisis de la obligación natural en el seno de la obligación jurídica», por Jorge JIMÉNEZ BOLAÑOS, pág. 13.
- «Laberintos de la razón práctica», por Minor E. SALAS, pág. 41.
- «Problemas graves en las costas de Costa Rica», por Elías CARRANZA MAXERA, pág. 89.
- «Las compras verdes. Enfoque ambiental en la contratación pública», por Jorge Enrique ROMERO PÉREZ, pág. 109.
- «Ética del discurso y corrección normativa», por Francisco J. CAMPOS ZAMORA, pág. 141.
- «El financiamiento del terrorismo», por Jenory DÍAZ MOLINA, pág. 167.

Número 121 (Enero-Abril 2010)

- «El papel del abogado en el desarrollo de las audiencias penales. El problema de la inasistencia injustificada», por Gary AMADOR B. y Erika HERNÁNDEZ S., pág. 13.
- «Herramientas de ordenamiento territorial de potencial uso para proteger el recurso hídrico», por Jorge CABRERA MEDAGLIA, pág. 33.
- «¿Quién puede responder civilmente ante el fraude inmobiliario?», por Jorge JIMÉNEZ BOLAÑOS, pág. 67.
- «Contratación administrativa electrónica en América Latina», por Jorge Enrique ROMERO PÉREZ, pág. 107.
- «La mentira forense», por Álvaro BURGOS M., pág. 165.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

- «Ponencia ante el Comité de Descolonización de la Organización de las Naciones Unidas», por Carmen GONZÁLEZ ARIAS, pág. 157.
- «The *Fourth Option*: Modern Self-Determination of Peoples and the Possibilities of U.S. Federalism», por Javier J. RÚA JOVET, pág. 163.
- «Formas de restringir el derecho de visitas en Puerto Rico: la necesidad de un adecuado dictamen judicial para fomentar una mejor formación en el menor y en las familias puertorriqueñas», por Moraima MACHADO MERCADO, pág. 219.
- «Bush v. Gore: Un análisis al proceso judicial detrás de la validación de la elección del 2000 y su impacto en las elecciones del 2004 en Puerto Rico», por Delma Lynnette BERRIOS MERCADO, pág. 237.
- «Medidas cautelares ante publicidad adversa en juicio por jurado», por Edwin CABÁN, Jr., pág. 265.
- «El tráfico ilegal de seres humanos a través del ciberespacio: una nueva modalidad de *ciberdelito*», por Alessandra SUTTER RAMÍREZ, pág. 295.
- «Los *rescatadores de terreno*, ¿qué problema jurídico plantea?», por Cherilg OCASIO GONZÁLEZ, pág. 321.

UNIFORM LAW REVIEW REVUE DE DROIT UNIFORME Número 2 (2010)

- «You Can Live Good Doing It», por Yair BARANES, pág. 307.

- «The Work of UNCITRAL on Security Interests: An Overview», por Spiros V. BAZINAS, pág. 315.
- «Should UNCITRAL Prepare a Model Law on Secured Transactions?», por Neil B. COHÉN, pág. 325.
- «The Security Interest Provisions of the Unidroit Convention on Intermediated Securities», pág. 337.
- «*Les dispositions sur les sûretés de la Convention d'Unidroit sur les titres inter-médiés*», por Michel DESCHAMPS, pág. 347.
- «Sphere of Application of the Unidroit Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities and Future Work by Unidroit on a Legislative Guide for Emerging Financial Markets», por José Angelo ESTRELLA FARIA, pág. 357.
- «Some Thoughts about Registraron with Respect to Security Rights in Movable», por Harry C. SIGMAN, pág. 507.
- «Model Registry Regulations under the Model Inter-American Law on Secured Transactions», por John M. WILSON, pág. 515.

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 sólo 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: S.T.S. de 22 de octubre de 2002.

- Para las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas:

Si se tratara de un *Libro*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*. Editorial Civitas, Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del Libro:

APELLIDO, Nombre: Droit Civil. La famille. 7.^a ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2 de 1969, págs. 373 y sigs.

B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

- NORMAS GENERALES:

FUENTE: Times New Roman.

ESTILO DE FUENTE: Normal (*sin negrita, ni subrayados*).

TAMAÑO: 12 p.

INTERLINEADO: Sencillo.

EXTENSIÓN: *Mínima de 10 y máxima de 20 páginas con el anterior formato*. Teniendo en cuenta que se trata de una sección que debe observar criterios de unidad y calidad jurídica y para atender también al impacto editorial, *la extensión ha de ser observada en todo caso, no resultando posible publicarlos en caso contrario*.

TÍTULO: En minúscula.

VOCES Y RESUMEN: En cursiva.

PLAZOS: *Para mantener la periodicidad de la revista como criterio de impacto, serán proporcionadas las fechas de entrega, no resultando posible su inclusión en caso contrario*.

- CRITERIOS DE REDACCIÓN Y PUBLICACIÓN:

- a) *En cada una de las subsecciones de Análisis Crítico de Jurisprudencia (Parte general, Familia, Derechos reales, Sucesiones, Obligaciones, Responsabilidad civil, Concursal-Civil, Mercantil y Urbanismo), así como en la sección de Resoluciones Comentadas, se publicará un único comentario según la distribución de autores y materias existentes. Estos comentarios de jurisprudencia serán artículos —aunque de menor extensión que los estudios— que recojan un problema jurídico concreto y su desarrollo jurisprudencial (analizando críticamente la solución jurisprudencial), por lo que no resulta suficiente el comentario de una sentencia determinada, sino que se debe abordar una institución o cuestión debatido 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 (S.T.S. 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.