

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 • Julio-Agosto 2010 • Núm. 720

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

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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

- «A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos», por RAFAEL BERNAD MAINAR 1447
- «Aspectos nuevos y problemas antiguos de la adquisición de la vecindad civil y de su prueba», por MARÍA TERESA HUALDE MANSO 1485
- «Concepto y límites del daño moral», por MARÍA LINACERO DE LA FUENTE 1559
- «Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias», por INMACULADA REVUELTA PÉREZ y EDILBERTO NARBÓN LAINEZ 1595
- «El deslinde administrativo. Aspectos civiles y registrales», por BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS 1647

LECTURAS Y NOTAS

- «Requisitos para la interposición de las demandas de retracto de comuneros. Algunos problemas prácticos», por YOLANDA BERGEL SAINZ DE BARANDA 1681
- «El control registral de la edificación», por MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ 1721
- «Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios», por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 1747

DERECHO COMPARADO

- «*L'affidamento e l'adozione* en el Derecho Civil italiano», por JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ 1771

«Algunas notas sobre la información espacial en Italia y en España a la luz de la Directiva INSPIRE», por ELENA SÁNCHEZ JORDÁN y CESARE MAIOLI	1795
--	------

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	1819
--	------

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— Caducidad de la acción de impugnación de la paternidad. Estudio del <i>dies a quo</i> y la doctrina del Tribunal Constitucional, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1831
---	------

1.2. Derecho de familia:

— Unión no matrimonial, inexistencia de comunidad de bienes y reparto del premio de la lotería, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	1838
--	------

1.3. Derechos reales:

— La ¿necesaria? división de la comunidad de bienes, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	1841
--	------

1.4. Sucesiones:

— Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías, su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de <i>favor testamenti</i> , por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ	1848
---	------

1.5. Obligaciones y contratos:

— La revocación de las donaciones, por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT	1864
---	------

2. MERCANTIL

— La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009, por FRANCISCO REDONDO TRIGO	1903
---	------

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.
- La equidistribución y la afección de fincas a la gestión urbanística, por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN 1934
4. PENAL
- Jurisprudencia reciente sobre el delito de blanqueo de capitales, por ÁLVARO JOSÉ MARTÍN MARTÍN 1943

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 1987

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «La cesión de créditos garantizados con hipoteca», de LOURDES BLANCO PÉREZ RUBIO, por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 2017
- «Las obligaciones personales del matrimonio en el Derecho Comparado», de MARÍA ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR, por ELSA SABATER BAYLE 2022
- «Contrato. La formación de un concepto», de JAVIER PARICIO, por BRUNO RODRÍGUEZ ROSADO 2025

FE DE ERRATAS

En el Sumario del número 719 de la Revista, en el artículo de doña Ana Isabel Berrocal Lanzarot, se produjo un cambio en el título que debía ser «La pensión compensatoria o compensación por desequilibrio en los procesos de separación o divorcio». Quede aquí reflejado el título correcto.

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

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

- 1.º La dotación del premio será de 5.000 euros.
- 2.º Se concederá premio al mejor trabajo publicado hasta el 31 de diciembre de 2011, de entre las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.
- 3.º No podrán optar al premio aquellos autores que formen parte del Consejo de Redacción de la Revista en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros de Redacción integrados en el Comité Ejecutivo. El Consejero-Secretario de la Revista actuará también como secretario del Tribunal del Jurado. El Presidente del Jurado será el Presidente del Consejo de Redacción.
- 5.º El premio será objeto de reseña en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

ESTUDIOS

A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos

por

RAFAEL BERNAD MAINAR
Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad Católica Andrés Bello y Central de Venezuela

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. CONCEPTO Y ESTRUCTURA.
 - III. NATURALEZA JURÍDICA.
 - IV. FUNDAMENTO Y CRÍTICA.
 - V. EFICACIA E INEFICACIA.
 - VI. CONCLUSIÓN.
- BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual, aunado a la situación del nacimiento de nuevas necesidades económicas, que requieren del hallazgo de formas contractuales diferentes a las reguladas en el ordenamiento jurídico, propician una serie de fenómenos contractuales dignos de consideración: por un lado, el incremento constante en el número de los contratos atípicos o innominados, merced a la aparición de nuevos contratos carentes de una regulación propia (1); además, se observa la combinación de algunos de

(1) BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2006, págs. 27-29.

los diversos tipos contractuales ya existentes, dando lugar a los contratos mixtos (2); e, incluso, se utilizan los modelos de ciertos tipos de contrato para alcanzar fines distintos a los previstos inicialmente por el legislador, en el marco de los negocios jurídicos reputados indirectos, aparentes o imaginarios (3).

En esa misma línea apuntada detectamos la aparición de la conexión contractual, en cuya virtud los particulares celebran de manera simultánea o sucesiva diversos contratos que guardan entre sí un vínculo de dependencia, lo que lleva a reconocerles una especificidad frente a los contratos implicados considerados de forma autónoma y aislada. Hablamos de los contratos conexos, modalidad contractual cuya particularidad reside en la realización de varios contratos que, formalmente, son independientes y autónomos pero que, en un plano funcional, presentan una relación y conexión estrecha.

Son ejemplos más que evidentes del fenómeno reseñado en nuestra vida cotidiana la operación financiera de crédito al consumo (4), las ventas sucesivas de bienes muebles dentro del proceso de producción y distribución (5), la figura del *leasing* (6), así como nuevas formas contractuales surgidas en el comercio moderno (7) y en el ámbito de las operaciones financieras internacionales (8). En todos estos supuestos está clara la presencia de contratos que, considerados en sí mismos, constituyen negocios jurídicos perfectos, con auto-

(2) MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*. Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 396.

(3) MESSINEO, F., *op. cit.*, pág. 391.

(4) Vemos aquí varios contratos entrelazados: la compraventa efectuada por el cliente en una tienda de ropa; el préstamo obtenido por el cliente de la entidad financiera para realizar dicha compra, que incluye la prestación de servicios sobre tal medio de pago; la prestación de servicios entre la entidad financiera y la tienda para permitir el pago a través de un punto de venta; y por fin el contrato suscrito entre el cliente y la empresa que suministra el instrumento físico —tarjeta de crédito o débito—. Al respecto, BERNAD MAINAR, R., *op. cit.*, pág. 23.

(5) Así sucede en el ámbito del consumo de bienes muebles cuando intervienen el fabricante, los intermediarios y el consumidor final. En este sentido, LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 145 y sigs.

(6) Se observa la vinculación estrecha del contrato de compraventa de un bien efectuado entre el proveedor y la sociedad financiera, por un lado, y el contrato de arrendamiento financiero suscrito entre la mencionada sociedad y el usuario, por otro. No se concibe la presencia de uno de los contratos sin el otro. Sobre el particular, CHULIÁ VICENT, E.; BELTRÁN ALANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 11 y sigs.

(7) Entre ellos, podemos destacar las franquicias; los contratos de instalación de plantas; los denominados proyectos llave en mano, en los que el contratista se obliga a que la planta esté instalada en condiciones de producir un determinado producto, por lo que no sólo concurre un contrato de construcción, sino que también coexiste con el contrato de materias primas; y el de tecnología, entre otros.

(8) Sirvan de ejemplo los denominados contratos de derivados de crédito, que son los que se estructuran a través de los riesgos de crédito o las rentabilidades contenidas en bonos, préstamos u otros instrumentos financieros. Al respecto, SATYAJIT DAS, *Credit derivatives CDOs and structured credit products*, 3.^a ed., Singapur, 2005, págs. 1 y 2.

nomía indiscutible, dada su estructura, función y regulación específicas, pero que guardan una conexión entre ellos, según sea su contenido en cada caso particular: porque se solicita un préstamo para financiar la compra efectuada y se compra el bien o servicio por la facilidad de pago que suministra el préstamo; porque la finalidad global que preside el conjunto de ventas sucesivas es colocar el mismo producto en el mercado en manos de los consumidores; o bien porque la sociedad de *leasing* adquiere el bien para ceder su uso y, a su vez, para que se produzca dicha cesión se requiere ineludiblemente la previa adquisición del objeto por parte del concedente o arrendador financiero.

Y a diario se presentan numerosas estructuras de contratos entrelazados en el plano doméstico y cotidiano dentro del ámbito general del Derecho de los consumidores: adquisición de equipos industriales o informáticos donde la compraventa se halla entrelazada con contratos posteriores de prestación de servicios de mantenimiento y reparación; responsabilidad del fabricante en el marco de la cadena de contratos efectuados entre el fabricante y el mayorista, el mayorista y el detallista y, por fin, entre el detallista y el consumidor final (9).

Muchas han sido las razones por las cuales la conexión contractual se ha hecho presente en nuestros días. Unas de ellas, económica, principalmente, toda vez que la evolución y el desarrollo imparables experimentados en nuestra sociedad moderna ha generado un incremento de las operaciones emprendidas (10). En efecto, hemos sido testigos de la innegable complicación de los procesos productivos y de las relaciones comerciales en general, de la mayor velocidad y facilidad en la circulación de los bienes y servicios, así como de una sorprendente expansión geográfica de las actividades económicas. Ello ha constatado la necesidad de obtener determinados resultados y balances económicos, lo que ha impulsado la intervención de varias personas, físicas o jurídicas, en el proceso económico y la suscripción con cada una de ellas de un contrato diferente, pero vinculados entre sí a través de una fragmentación de las operaciones que habían de acometerse, sin que sea posible constreñir en el concepto atomizado de contrato aislado las operaciones propias del intercambio económico actual (11) y es así como surgen los denominados grupos o cadenas de contratos (12). También igualmente merecen destacarse

(9) La jurisprudencia francesa, como veremos, ha desarrollado la categoría de los contratos conexos en esta área específica del comercio. Así, BARGUETTI, J. S., *La responsabilité des faits des produits*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Bibliothèque de Droit Privé, núm. 428, París, 2004.

(10) Fenómeno que explica TEYSSIE, B., *Les groupes de contrats*, París, 1975, págs. 8-10.

(11) Tendencia puesta de relieve por PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989, pág. 118.

(12) Ver, en este sentido, BERLIOZ-HOUIN, B., «Le Droit des contrats face à l'évolution économique», en *Etudes offertes à Roger Houin*, París, 1985, pág. 3.

como causas de proliferación de los contratos conexos la ingente capacidad expansiva de las entidades financieras, así como el crecimiento desorbitado del consumo en nuestros días.

Ya en un plano estrictamente jurídico, no obstante los recortes y frenos que ha experimentado el principio de la libertad contractual (13), lo cierto es que el contrato sigue teniendo la consideración de un instrumento jurídico de primer orden y constituye una de las expresiones más notorias e importantes a través de la cual se produce la transmisión *inter vivos* de derechos y obligaciones entre las personas, como lo demuestra el hecho de que, a pesar de las modificaciones e innovaciones operadas en su seno, que han llegado a erosionar algunos de sus basamentos clásicos consagrados, se ha venido adaptando a las nuevas necesidades de la sociedad y, merced a esa gran flexibilidad, permite, por ejemplo, la creación de la nueva categoría de los contratos conexos. Tampoco se ha de obviar una tendencia agudizada en la actualidad, cual es buscar mayor seguridad en los negocios jurídicos, lo que conlleva la concertación de garantías reforzadas en las que los contratos conexos adquieren protagonismo especial (14).

La suma de los factores económico y jurídico han propiciado que exista un número mayor de personas involucradas en los contratos suscritos por otros, y es que las consecuencias derivadas de la celebración de un contrato inciden cada vez más en sujetos que no tienen la consideración de parte contractual en él. Bajo estas premisas y con lo afirmado, difícilmente podemos ya contemplar el contrato de una forma aislada, puesto que la práctica diaria nos impone una realidad reflejada en la pluralidad de contratos distintos y entrelazados de carácter unitario para efectuar operaciones económicas (15).

Muy novedosa resulta la regulación específica de *Alemania*, en los párrafos 358 y 359 del BGB, producida tras la reforma del Derecho de Obligaciones en el año 2002 (16). Así es, en sede de los contratos con consumidores, cuando se aborda el derecho de revocación y de sustitución, se incluye una referencia a los contratos conexos, a propósito del contrato de suministro de mercancía o realización de cualquier otra prestación ligado al contrato de préstamo con consumidores para la financiación del primero. Se aporta una definición del contrato conexo, amén de recoger algunas consecuencias jurídicas derivadas de la revocación de alguno de los contratos implicados (17),

(13) Sobre la evolución de la contratación, BERNAD MAINAR, R., *op. cit.*, págs. 5 y sigs.

(14) Así lo vemos en GABET-SABATIER, C., *La connexité dans le Droit des obligations*, Tesis doctoral, París, I, 1977, pág. 213.

(15) Tal como nos ilustra FERRANDO, G., «Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti», en *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1991, pág. 391.

(16) BERNAD MAINAR, R., *op. cit.*, págs. 623-624.

(17) En efecto, el párrafo 358,3 nos presenta la definición del contrato conexo referido al caso concreto, en tanto que en los números 1, 2 y 4 del mencionado párrafo,

tal como señalaremos en el momento de analizar los efectos jurídicos de la figura en estudio.

II. CONCEPTO Y ESTRUCTURA

Hay que partir de la idea de que, dada la diversidad de los supuestos en que se presenta el fenómeno de la conexión contractual, resulta ilusorio pretender la obtención de una noción única, completa y absoluta, válida para cualquier caso y circunstancia (18). Y es que cada situación es muy diferente entre sí, con rasgos y características muy peculiares, que no coadyuvan en modo alguno a la consecución de tal objetivo: a veces surge en el marco de una relación de dependencia o accesoriedad; en otras ocasiones, las obligaciones que de ellos nacen son de igual naturaleza; incluso, cabe la posibilidad de que, junto a los dos sujetos vinculados, supuesto general, intervengan otros más, sin que el criterio de igualdad presida cada uno de los acuerdos concluidos.

Por ello, son notas predicables de la figura en ciernes su escasa uniformidad, su heterogeneidad, la falsa apariencia de una imagen unitaria (19), la indeterminación de sus criterios delimitadores, así como la dificultad añadida que representa la individualización del problema como tal (20).

El fenómeno de los contratos conexos está referido a la consecución de un determinado resultado económico, lo cual lleva a las partes a celebrar dos o más contratos diferentes que presentan entre sí un nexo jurídico, de tal forma que las vicisitudes que afectan a uno de ellos (vigencia, cumplimiento, incumplimiento, interpretación) repercuten en el otro y viceversa. De manera que estos contratos, a pesar de ser independientes, se hallan vinculados por voluntad de las partes, en virtud de la ley, o bien fruto del grado de identidad que media en la causa o el objeto de ambos.

Son varias las expresiones que describen la figura objeto de estudio: contratos conexos, coligados, enlazados, grupo de contratos, contratos vincu-

así como el 359 establecen los efectos jurídicos de la revocación y sustitución de alguno de los contratos enlazados.

(18) Por eso se habla de la *multiplicidad de manifestaciones* de la conexión de negocios, tal como vemos en DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, 1985, Madrid, pág. 215; FERRI, G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pág. 402.

(19) CASTIGLIA, G., «Negozzi collegati in funzione di scambio (su alcuni problemi del collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio)», en *Revista di diritto civile*, 1979, II, págs. 400 y 437.

(20) ORLANDO CASCIO, S. y ARGIROFFI, C., Voz: «Contratti misti e contratti collegati», en *Enciclopedia Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, págs. 1 y 4. También JOURDAIN, P., «Jurisprudence en matière de droit civil. Responsabilité civile», en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, pág. 752.

lados, ensamblaje contractual, auxiliares o satélites (21), convenciones complementarias (22), o bien uniones de contratos (23).

Entendemos al contrato conexo como una categoría general, dotada de una estructura común, más por sus efectos jurídicos propios, diferentes a los previstos para el contrato en la teoría general, que por lo que se refiere a su contenido específico. No estamos en presencia de un nuevo tipo contractual, puesto que nos hallamos ante uniones parciales de contratos separados e independientes que, merced al alto grado de conexión que presentan, quedan afectados mutuamente, sin que ello desnaturalice cada contrato individual, si bien cuanto mayor sea el enlace entre ellos, más se diluirá su respectiva individualidad, de modo que resulta más apropiado hablar de un único contrato que de varios contratos entrelazados (24).

La legislación alemana señala la conexión entre los contratos pero incide sobremanera en el aspecto de constituir una unidad económica (25), la cual se presume cuando existe identidad de sujetos en ambos contratos, como sucede en el supuesto del consumidor y el empresario que a su vez financia la adquisición, o bien cuando la financiación proviene de un tercero, al colaborar o cooperar éste con el empresario durante la preparación o celebración del contrato de préstamo con los consumidores.

Así pues, consideramos que los elementos o requisitos que deben concurrir en un contrato conexo son los siguientes:

1. *Pluralidad de contratos*. No podremos hablar de contrato conexo cuando exista un solo contrato, sino cuando concurren varios contratos. Sin embargo, hemos de plantearnos cuándo coexisten diversos contratos a los efectos de su posible conexión (26), en cuya delimitación podrá tenerse en

(21) Supuestos de dependencia unilateral, como el contrato accesorio o subordinado que depende del principal, pero no viceversa (fianza, hipoteca).

(22) Convenciones jurídicamente necesarias para la realización de la operación pretendida por las partes como, por ejemplo, una compraventa de material que incluye la obligación de negociar luego un segundo contrato para la venta de piezas separadas. TRAIN, F. X., «Les contrats liés devant l'arbitre du commerce internationale», en *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Bibliothèque de Droit Privé*. Tomo 396, París, 2003, parágrafo 62.

(23) Situación en la cual dos o más contratos nominados o innominados se hallan reunidos por algún vínculo. AGUILAR GORRONDONA, J. L., *Contratos y Garantías*, 17.^a ed., revisada. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pág. 137.

(24) ALPA, G. y BESSONE, M., *I contratti in generale. Aggiornamento (1991-1998)*, Torino, 1999, pág. 1911.

(25) Así lo establece el tenor literal del parágrafo 358,3 del Código Civil alemán, modificado con motivo de la Reforma del BGB en materia de obligaciones en el año 2002 para adaptar el Derecho alemán a las normas comunitarias.

(26) Nuestra jurisprudencia ha sido fluctuante, pues en algunos pronunciamientos ha tomado en cuenta el criterio de la causa, como sucede en las sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1970 (*RJA* 1970/4477) y 31 de enero de 1983 (*RJA* 1983/401); la voluntad de las partes, tal cual se observa en la sentencia del Tribunal Supremo,

cuenta como criterio, ya la voluntad de los contratantes (27), ya la relación que media entre las consecuencias económicas de la operación (28), bien su posible ubicación dentro de los modelos o tipos contractuales existentes (29), o bien, como sostiene la mayoría de los autores, sobre la base de la causa del contrato entendida como función económico-social perseguida por las partes, existiendo tantos contratos como causas haya (30). Aun así, parece conveniente no omitir otras circunstancias fácticas o jurídicas que pueden ayudar en el cometido de deslindar el número de contratos celebrados, tales como la unidad o pluralidad de retribuciones o contraprestaciones (31), el número de documentos (32), o incluso las diversas posiciones adoptadas por los contratantes (33).

2. *Sujetos idénticos*. Por lo general, en los contratos conexos suele haber identidad de, al menos, una de las partes en los dos contratos, situación que siempre se produce con relación a la figura del subcontrato. Más dudoso es que la identidad deba existir entre ambas partes en los dos contratos conexos, incluso aunque fuera bilateral, por la estrecha interdependencia recíproca que media entre ambos (34). Mayoritariamente la doctrina niega que

de 12 de junio de 1955 (*RJA* 1955/2310); la unidad de objeto, en sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1975 (*RJA* 1975/2446); o varios de ellos entremezclados, como sucede en las sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 1951 (*RJA* 1951/1644), 24 de mayo de 1973 (*RJA* 1973/2202) y 31 de enero de 1983 (*RJA* 1983/401).

(27) Propuesta sostenida por algunos autores (ASCARELLI, T., «Contratto misto, negozio indiretto», en *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, pág. 81; TEYSSIE, B., *op. cit.*, pág. 23), pero desestimada mayoritariamente al entender irrelevante la voluntad de las partes ante la finalidad perseguida por ellas.

(28) Si una de las consecuencias es predominante frente a las demás, subordinadas a aquélla, habrá un solo contrato. En este sentido, GIORGIANI, M., «Negozii giuridici collegati», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1937, págs. 285 y 295; MACIOCE, F., «Un interessante caso di collegamento negoziale», en *Rivista trimestrale di diritto procedura civile*, 1979, pág. 1587.

(29) Si el contrato se puede reconducir a un solo tipo contractual, a pesar de la pluralidad de las prestaciones concurrentes, estaremos ante un solo contrato, mientras que si concurren diversos tipos contractuales completos existirán varios contratos. Ver al respecto, FERRANDO, G., *op. cit.*, pág. 52 y sigs.

(30) Tesis ampliamente secundada en la doctrina por MESSINEO, F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, pág. 224; SCHIZZEROTTO, G., *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, pág. 22 y sigs.; SCOGNAMIGLIO, R., *Collegamento negoziale*, Milán, 1962, pág. 376; DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pág. 209; JORDANO BAREA, J. B., *Contratos mixtos y unión de contratos*, pág. 335; LÓPEZ VILAS, R., *Concepto y naturaleza del subcontrato*, pág. 625.

(31) JORDANO BAREA, J. B., *Los contratos atípicos*, págs. 74 y 75.

(32) ASCARELLI, T., *op. cit.*, pág. 81; SCOGNAMIGLIO, R., *op. cit.*, pág. 377; SCHIZZEROTTO, G., *op. cit.*, pág. 17; TEYSSIE, B., *op. cit.*, pág. 24.

(33) FERRANDO, G., *I contratti collegati. Struttura e Funzione*, Génova, 1986, pág. 58.

(34) La doctrina tradicional italiana, en un momento en el que la práctica de los contratos enlazados no era muy frecuente, exigía identidad de los sujetos entre la primera y la segunda relación jurídica contractual en caso de dependencia bilateral, esto es, cuando

deba concurrir identidad de los sujetos para que podamos hablar de contratos enlazados (35): en efecto, el hecho de que en dos contratos distintos las partes sean las mismas no garantiza ni implica que los contratos estén vinculados; existirá la vinculación si entre ambos contratos concurre el nexo funcional suficiente que nos permita detectar entre ellos efectos jurídicos comunes. Por ende, tanto puede haber dos contratos entre los mismos sujetos que no estén enlazados, como puede haber conexión entre contratos con sujetos diferentes.

Así pues, partiendo de la premisa anterior, los contratos enlazados pueden presentar los mismos sujetos (36) o ser distintos (37), si bien en la mayoría de los casos encontraremos que, al menos, una de las partes es la misma (38).

3. *Nexo funcional.* No podremos hablar de contrato conexo cuando las partes han celebrado dos o más convenios sin que presenten relación alguna entre sí. Pero tampoco basta cualquier punto de conexión entre ambos, sino que para que resulte relevante jurídicamente se requiere una conexión de tipo funcional, es decir, que la finalidad específica de uno de los contratos exija necesariamente la celebración de, al menos, otro más. La conexión ha de ser esencial en el sentido de que el cumplimiento de las prestaciones en un contrato es determinante y capital para el fin económico del otro contrato implicado: a pesar de la independencia (39) que media entre ambos vínculos

cada uno de ellos depende del otro. Al respecto, MESSINEO, F., *Voz Contratto collegato*, pág. 48. Sin embargo, la doctrina moderna adopta una posición contraria al cumplimiento de dicho requisito, como señala RICCIARDI, G. U., «Comentario sobre jurisprudencia del Tribunal de Milán de 2005», en *Banca, borsa e titoli di credito*, parágrafo 1, vol. LX, 2007, pág. 410.

(35) LÓPEZ VILAS, R., «Concepto y naturaleza del subcontrato», en *Revista de Derecho Privado*, 1964, pág. 629; SCHIZZEROTTO, G., *op. cit.*, págs. 95-98; LÓPEZ FRÍAS, A., *op. cit.*, pág. 283.

(36) Este es el supuesto más fácil en el que el problema del principio de la relatividad no existe, toda vez que en este caso los sujetos pueden ejercer las acciones directas derivadas de ambos contratos.

(37) Es el supuesto más difícil dentro de los contratos enlazados basado casi siempre en el enlace causal, cuyo ejemplo más ilustrativo lo constituyen los derivados de crédito enlazados a un riesgo de un crédito en un contrato celebrado con un tercero.

Una de sus posibles variedades se produce cuando en los contratos celebrados entre dos partes diferentes una de ellas pertenece al mismo grupo societario, como sucede en el caso de la franquicia, si el contrato de suministro de materia prima se celebra por una empresa subsidiaria del franquiciador con otra subsidiaria del franquiciado.

(38) Caso típico y fácil de admitir sería el de la franquicia: el franquiciado contrata con el franquiciador, a la vez que lo hace con un tercero recomendado por éste para el suministro de las materias primas.

(39) Independencia sustentada en el principio tradicional de la relatividad de los contratos, si bien las necesidades del tráfico moderno han generado una gran cantidad de relaciones económicas dependientes recíprocamente entre sí, por más que constituyan relaciones jurídicas independientes. Hablamos entonces de contratos conexos, como una expresión de un fenómeno incontestable en nuestros días, cual es que los contratos no

jurídicos contractuales, media una interdependencia económica fruto del fin único o colectivo con el que cuentan (40).

En consecuencia, no podremos hablar de contratos conexos cuando la conexión sea ocasional, tal como sucede en el caso de que dos o más convenios se otorguen en un mismo documento sin mediar verdadera conexión funcional, o se celebren en virtud de razones escasamente significativas y ajenas a la función específica de los contratos en cuestión (41); tampoco en el caso de que la conexión resulte meramente genética, como sucede en el caso del precontrato con relación al contrato definitivo (42).

Cuando de la naturaleza o la estructura, o bien de la unidad económica que representen varios contratos, se pueda colegir que cada uno de ellos no puede entenderse como separado o independiente, sin el otro, podremos hablar de conexión contractual. De no ser así, podríamos encontrarnos ante consecuencias claramente absurdas y disfuncionales en alguna situación concreta como, por ejemplo: *a)* en la compra a crédito de un bien de consumo, donde se presenta una única transacción, pero que en realidad comprende dos contratos diferentes —compraventa y préstamo—, los cuales considerados como independientes, podrían conducirnos a la doble paradoja, por un lado, de que la denegación del crédito al consumidor por parte de la entidad financiera mantuviera la compraventa vigente y, por otro que, resuelta la venta por falta de entrega de la cosa o falta de conformidad, el comprador siguiera aún así obligado a devolver el préstamo con intereses; *b)* en una operación de leasing, donde la compraventa entre el proveedor y la empresa de *leasing* resulta ineficaz y se devuelve el bien al vendedor, de modo que el usuario continuaría obligado a pagar los cánones pactados, incluso aunque no dispusiera de objeto alguno (43); *c)* en el supuesto de responsabilidad del fabricante ante ventas sucesivas y distribución de bienes, donde las potenciales reclamaciones del comprador-consumidor deberían dirigirse contra el vendedor inmediato de cada uno hasta poder llegar así al fabricante.

Entre las diversas modalidades de conexión podemos hablar de conexión objetiva, independiente de la voluntad de las partes y de la ley, por similitud o solapamiento del objeto en ambos contratos, total —caso del subcontrato— o parcialmente —caso del subcontrato de una parte de una obra, como la instalación de los ascensores—, ya en la obligación principal del contrato

pueden ser considerados aisladamente. Al respecto, SAVATIER, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, París, 1964, pág. 39.

(40) TEYSSIE, B., *op. cit.*, pág. 8.

(41) ORLANDO CASCIO, S. y ARGIROFFI, C., *op. cit.*, pág. 2.

(42) FERRANDO, G., *I contratti collegati...*, págs. 28 y 29.

(43) ARNAU MOYA, F., «El contrato de leasing en el Derecho español», en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 59, UCAB, Caracas, 2004, pág. 306 y sigs.

o en las accesorias (44); también se incluye la denominada conexión causal, a partir de la noción de causa, que puede ser total (contratos auxiliares relativos al cumplimiento de un contrato de franquicia) o parcial (supuesto de la obtención de financiamiento de los consumidores para la adquisición de bienes y servicios), y que se produce cuando existe una identificación en la causa entre dos contratos diferentes —como sucede en la venta con arrendamiento—, bien sobre la base del alcance o resultado económico unitario en la operación realizada (45), o bien con arreglo a la noción de indivisibilidad jurídica (46); incluso, en función del tipo de dependencia, se habla de conexión unilateral (47), cuando un contrato se halla subordinado a otro hasta el punto que cualquier vicisitud del primero se comunica al segundo, y conexión bilateral, donde media una interdependencia recíproca entre ambos contratos, de tal suerte que cualquier vicisitud en uno de los contratos afecta al otro (48).

4. *Efectos comunes.* La conexión contractual ha de generar alguna forma de dependencia jurídica entre todos los contratos, de modo que sus efectos ju-

(44) Así, la doctrina francesa clasifica las cadenas de contratos en homogéneas, cuando la obligación característica es común en ambos contratos —contrato principal y subcontrato—, de manera que el incumplimiento de un contrato producirá necesariamente el incumplimiento del otro; y heterogéneas, cuando las obligaciones características de ambos son diferentes o, siendo iguales, presentan una estructura causal diferente —naturaleza distinta—, si bien el acreedor del primer contrato puede sufrir daños por el incumplimiento del deudor en el segundo contrato —contrato de suministro—. Al respecto, BACACHE-GIBELLI, M., «La rélativité des conventions et les groupes de contrats», en *Librairie General de Droit et Jurisprudence*, vol. 268, París, 1996, párrafos 132-147.

(45) Criterio adoptado por la doctrina italiana denominado enlace funcional, en cuya virtud se crea una dependencia entre ambos contratos de tal manera que se celebra un contrato para que puedan cumplirse las obligaciones comprendidas en el otro. Dicho enlace precisa de un elemento objetivo —nexo teleológico que permite calificar un contrato como funcional respecto al otro— y un elemento subjetivo —intención práctica de las partes—. En este sentido, RICCIARDI, G. U., *op. cit.*, pág. 48.

(46) Criterio desarrollado recientemente por la doctrina y jurisprudencia francesas, según el cual existe indivisibilidad jurídica entre dos contratos cuando ambos constituyen un ensamblaje contractual para la consecución de una sola operación económica, lo cual sucede si concurren estos requisitos: interdependencia económica tal entre los contratos que, si uno de ellos deja de existir, el otro queda desprovisto de todo interés; y que las partes en ambos contratos conozcan la existencia del contrato con el cual está ligado. Ver al respecto, MAZEAUD, D., «La indivisibilidad del contrato, comentario sobre la jurisprudencia de la casación civil francesa», en *Revue des contrats*, julio de 2006, París, pág. 700 y sigs., reseñado por RODNER S., J. O. *Los contratos enlazados. El subcontrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 77, Caracas, 2008, pág. 46 y sigs.

(47) Típico supuesto de los contratos accesorios (hipoteca, prenda, fianza) que dependen de un contrato principal. Ver, en este sentido, MESSINEO, F., *Contratto collegato*, pág. 52.

(48) En este caso resulta más compleja la identificación de la interconexión y la determinación de que los efectos de un contrato afectan ineludiblemente al otro, a menos que ambos constituyan un ensamblaje contractual indivisible. Al respecto, MAZEAUD, D., *op. cit.*, pág. 700 y sigs.

rídicos puedan entrelazarse, una de cuyas expresiones más relevantes es el ejercicio por medio de un tercero de una acción directa contra el deudor de un primer contrato (49). También se evidenciará esa dependencia de los contratos involucrados, entre otras posibles, en materias tales como su validez; su interpretación; la imposibilidad de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor; excesiva onerosidad sobrevenida; el incumplimiento; o, por fin, el derecho de compensación que opera entre obligaciones de ambos contratos. Y es que sólo podremos entender los grupos de contratos como una nueva categoría jurídica si la realidad económica que constituyen cuenta con efectos diferentes de los que contienen los contratos puros y simples que la conforman (50).

Y es que la conexión contractual no sólo debe incidir en el mero supuesto de hecho, sino que ha de centrarse sobre todo en sus posibles consecuencias jurídicas, siendo ese uno de los atractivos principales de la figura abordada (51), lo cual, sin embargo, no nos ha de llevar a reconocer dentro del fenómeno de la conexión contractual cualquier tipo de relación o vinculación entre negocios (52).

Por lo que se refiere a la *estructura* del contrato conexo, dos son los principales tipos de estructuras que se presentan en los contratos enlazados: la cadena de contratos y el conjunto de contratos con signos de interdependencia.

La cadena de contratos se caracteriza porque entre los contratos concurrentes media una identidad total o parcial en cuanto a su objeto (53); distinto es el supuesto del conjunto de contratos (*ensembles de contrats*), situación que se produce cuando entre los distintos contratos implicados existe una identidad total o parcial en su causa, entendida como la finalidad económico-social perseguida por las partes (54).

(49) Efecto más controvertido de los contratos entrelazados, toda vez que ello significa reconocer, en mayor o menor medida, la responsabilidad civil contractual de un tercero.

(50) LARROUMET, C., «L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile d'ensemble contractuelle», en *Jurisclasseur périodique. La semaine juridique*, 1988, I, 3. 357.

(51) DI SABATO, F., «Unità e pluralità di negozi (contributto alla doctrina del collegamento negoziale)», en *Rivista di diritto civile*, 1959, I, págs. 412-438.

(52) En las denominadas ventas sucesivas que integran el proceso de distribución de bienes muebles, el elemento determinante para entenderlo dentro del proceso de la conexión contractual es el destino común de todos ellos, cual es la colocación de los referidos productos en el mercado. Faltando tal requisito, no existe conexión contractual, puesto que la mera identidad del objeto de varios acuerdos no basta, sino que se exige que entre ellos medie cualquier dependencia de tipo estructural, o una finalidad global común. En contra de lo afirmado, para quien es suficiente cualquier tipo de relación o vinculación entre negocios, SCOGNAMIGLIO, R., *op. cit.*, pág. 375 y sigs.

(53) Ejemplo de esta situación lo vemos en la venta de un mismo bien a través de contratos sucesivos (productor-mayorista, mayorista-detallista, detallista-consumidor), o el arrendamiento y el subarrendamiento de un mismo inmueble.

(54) Al respecto, TEYSSIE, B., *op. cit.*, pág. 94.

En la cadena contractual los contratos se suceden necesariamente según un sentido lineal estructural, al celebrarse el primer contrato, luego el segundo, y así sucesivamente, como si se tratara de una cadena. Distinguimos entre cadenas por añadidura, proceso sumatorio al primer contrato de un nuevo contrato sobre el mismo objeto por medio de contratos sucesivos en el tiempo (55); y cadenas por difracción, cuando una parte de un contrato pretende liberarse de alguna o todas las obligaciones derivadas del contrato suscrito (difracción total o parcial, según el caso) mediante la celebración de un subcontrato de la misma naturaleza que el acuerdo principal (56).

En el conjunto de contratos interdependientes nos encontramos con la unión de varios contratos que pretenden la consecución de una finalidad común, sobre la base de la conexión causal que media entre tales contratos diferentes (57).

Campo abonado también para el fenómeno de la conexión contractual es el de los contratos base o cláusulas generales de contratación, donde una de las partes impone sus condiciones a la otra, que las acepta (58), de manera que se entrecruzan dos o más negocios jurídicos: uno que sirve de cobertura y está representado por el consentimiento inicial que aprueba el contrato base; y otro posterior cuando las partes convienen en realizar el contrato de aplicación concreto. Así pues, las condiciones generales, cuando son vinculantes para las partes, constituyen un contrato enlazado con cada uno de los contratos regulados en particular: el contrato base es el contrato principal y los contratos específicos se subordinan y dependen de aquél.

También es expresión de la estructura contractual conexa la celebración de un contrato sujeto a la verificación de una condición suspensiva o resolutoria, tal cual sucede, por ejemplo, en el caso de los derivados de crédito, supuesto

(55) Esta modalidad de cadenas puede realizarse entre partes diferentes o entre las mismas partes. Las primeras incluyen las denominadas cadenas organizadas de venta (fabricante-distribuidor, distribuidor-mayoristas, mayoristas-detallistas, detallistas-consumidor); el contrato de renovación (tácita reconducción) constituye un ejemplo de la cadena por añadidura entre las mismas partes.

(56) Ejemplo más que evidente del supuesto planteado es el subcontrato de obras, donde el contratista bajo su responsabilidad confía a un tercero la ejecución total o parcial de la obra encomendada, de manera que la difracción supone un medio de ejecutar el objeto del contrato inicial. En su estructura se identifica un contrato entre el propietario o comitente y el contratista original y, a la vez, un subcontrato entre el contratista principal y un subcontratista, de modo que entre contrato principal y subcontrato media un nexo funcional o enlace por razón del objeto.

(57) Sirva de ejemplo para explicar este supuesto el ensamblaje producido entre contratos celebrados con motivo del otorgamiento de diversos tipos de franquicia, en los que el franquiciado no sólo ha contratado con el franquiciador, sino también con los suministradores de la diversidad de servicios que éste le exige que adquiera.

(58) El Código Civil italiano establece que las condiciones generales predisuestas por uno de los contratantes son eficaces respecto del otro, si éste las conocía o hubiera podido conocerlas si hubiera actuado diligentemente —art. 1.341—.

típico dentro de los derivados financieros (59), donde el contenido de ciertas prestaciones emanadas del contrato depende de un evento futuro, cual es el incumplimiento de un contrato de préstamo realizado por un tercero (60).

III. NATURALEZA JURÍDICA

En la medida que nos hallamos ante una categoría contractual que carece de soporte normativo (61) y que, además, no ha sido bien delimitada por la doctrina y jurisprudencia, se ha de distinguir claramente de otras modalidades de contratos que pudieran presentar algunas semejanzas o puntos de conexión.

En primer lugar, hemos de deslindar los contratos conexos de los *contratos puros y simples*, ya que en estos los efectos se producen exclusivamente entre los contratantes, en una clara y exacta expresión del tradicional principio de la relatividad de los contratos, y además derivan de un solo negocio jurídico.

También ha de establecerse el deslinde de los contratos conexos respecto de los *contratos mixtos o complejos* (62): mientras que en el contrato mixto existe un solo contrato, en el cual una sola relación contractual contiene más de una prestación, el contrato conexo requiere de dos o más convenios independientes, que existan por sí solos y cada uno constituya un negocio jurídico determinado. Es decir, en el contrato mixto se concentran en un solo negocio jurídico con una sola causa prestaciones de dos o más negocios jurídicos,

(59) Los derivados financieros —*derivative products*— son contratos con un valor vinculado al que en el futuro presente cierta variable financiera (tipo de interés, tasa cambiaria) o algún tipo de mercancía negociable internacionalmente (petróleo, azúcar, café, oro), de manera que el valor de un derivado depende del valor de la referencia establecida. Ver, sobre el particular, SHIM, J. K.; CONSTAS, M., *Encyclopedia dictionary of international finance and banking*, Boca Ratón, 2001.

(60) La doctrina italiana (CAPUTO NASSETTI, F., *I contratti derivati di credito*, Milán, 1998, pág. 3) define los derivados de crédito como una familia de contratos que tiene por objeto la asunción del riesgo del crédito sin transferir el crédito subyacente y sin necesidad de constituir una garantía personal o real. Entre sus modalidades destaca la permuta financiera de incumplimiento, contrato que traslada los riesgos del crédito sin transferir el crédito mismo; o los derivados de créditos negociables, donde el valor del papel se halla enlazado al cumplimiento o incumplimiento en el pago de las obligaciones de un contrato diferente, instrumentos vinculados, pues, al riesgo del crédito de una operación efectuada con un tercero (supuesto del operador de derivados que cubre su posición de riesgo a través de la recolocación del riesgo de crédito a un tercero constituido por el universo de inversionistas que pretenden obtener una rentabilidad de la prima pagada por la asunción del riesgo de crédito).

(61) DI NANNI, C., «I negozi collegati nella recente giurisprudenza (note critiche)», en *Diritto e giurisprudenza*, 1976, pág. 131.

(62) En torno a la denominación de contratos mixtos o complejos, FERRANDO, G., *op. cit.*, 1986, pág. 443; SCHIZZEROTTO, G., *op. cit.*, págs. 73 y 74.

sean ambos nominados, uno nominado y otro innominado, o bien los dos innominados (63), razón por la cual se puede llegar a entender que los contratos complejos constituyen una modalidad de contratos bilaterales con multiplicidad de prestaciones. Según la distinción apuntada, los contratos mixtos presentan como principal interés el de su regulación, dado su carácter atípico, en tanto que para los contratos conexos lo es el de su reconocimiento y los posibles efectos jurídicos (64). Aún así la jurisprudencia en algún caso ha llegado a confundir las uniones de contratos o contratos coligados y el contrato mixto (65), sin que, a nuestro juicio, pueda considerarse lógico que las estipulaciones suscritas por las partes resulten al mismo tiempo un único contrato y varios contratos coligados.

También ha de deslindarse el fenómeno de la conexión contractual de otras figuras próximas: así lo vemos en algunos supuestos de conexión pactada como el de la *cesión de créditos o asunción de deudas* donde se cambia la titularidad de créditos o deudas, toda vez que en estos últimos uno de los convenios celebrados tiene por finalidad el cambio de acreedor o deudor en la relación jurídica original sin que deba producirse la novación en ésta, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad (66), sin que medie una conexión funcional entre ambos contratos, y ni siquiera se requiera la existencia de dos convenios distintos, presupuesto indispensable en el fenómeno de la conexión contractual; del *negocio fiduciario*, puesto que en alguna ocasión ha sido reputado como un ejemplo de conexión contractual al estar integrado por un contrato de naturaleza real, que transmite el dominio de una cosa, y otro de carácter obligacional que compele a la devolución de la cosa una vez cumplida la obligación crediticia principal (67), si bien hoy prevalece el criterio según el cual en el negocio fiduciario no existe conexión de con-

(63) JORDANO BAREA, J. B., *Contratos mixtos*, pág. 328.

(64) ORLANDO CASCIO, S. y ARGIROFFI, C., *op. cit.*, pág. 4.

(65) Sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 1954 (*RJA* 1954/691), 2 de marzo de 1956 (*RJA* 1956/1138), 18 de abril de 1989 (*AC* 1989/778), 5 de febrero de 1990 (*AC* 1990/460), esta última a propósito de la calificación de los acuerdos sobre determinados bienes y valores otorgados en documento privado a cargo de un matrimonio separado de hecho.

(66) CRISTÓBAL MONTES, A., *Estudios de Obligaciones*, Mira, Zaragoza, 1985, págs. 54-99.

(67) Propuesta conocida como teoría del doble efecto, seguida en algunos casos por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 18 de febrero de 1965 (*RJA* 1965/882), 3 de mayo de 1976 (*RJA* 1976/1988), 6 de abril de 1987 (*AC* 1987/545), 28 de octubre de 1988 (*RJA* 1988/7746). Los resultados injustos a los que conduce este argumento, tal como se observa en uno de los contratos fiduciarios por excelencia, como la venta en garantía, al atribuir la plena propiedad de la cosa al fiduciario y hacer inatacable su adquisición por un tercero han cuestionado tal construcción dogmática. Al respecto, DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio fiduciario: Estudio crítico de la teoría del doble efecto», en *Revista de Derecho Notarial*, núms. 53-54, 1966, págs. 7-40.

tratos (68), sino que en él se produce la desmembración entre la titularidad formal, que ostenta el fiduciario, y la titularidad material en manos del fiduciante (69); o, incluso, del negocio jurídico *per relationem*, con un contenido incompleto que tiende a concretarse por medio de una remisión a circunstancias ajenas al propio negocio —*relatio*—, puesto que esta remisión no puede considerarse como un contrato vinculado a otro (70), incluso en el caso de que tal remisión se verificara a través de un negocio con sustantividad propia vinculado a aquél cuyo contenido completa, pues dicha sustantividad carecería de la suficiente autonomía e independencia, al no pretender la modificación en las relaciones jurídicas de las partes, ni obtener la facultad de crear normas jurídicas (71).

IV. FUNDAMENTO Y CRÍTICA

Por más que en la práctica diaria nos encontremos con ejemplos del fenómeno de la conexión contractual hemos de encontrar alguna razón de ser jurídica que lo justifique. La identidad de dos sujetos en dos contratos diferentes no es indicio seguro de hallarnos ante contratos conexos (72), toda vez que tanto puede haber contratos con sujetos idénticos que no se hallan enla-

(68) La conexión que pueda apreciarse entre la venta en garantía y el préstamo u otro contrato cuyo cumplimiento se garantiza con aquella no es propia del negocio fiduciario en sí mismo considerado, sino que es la que media con carácter general entre un contrato principal y otro accesorio de garantía.

(69) En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, 1985, pág. 419 y sigs.; también sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de diciembre de 1973 (RJA 1973/4984), 18 de abril de 1988 (RJA 1988/3174), 19 de mayo de 1989 (AC 1989/860), 8 de mayo 1991 (AC 1991/719).

(70) Distinto del contrato enlazado o vinculado en Derecho Civil es el enmarcado en el ámbito comercial y definido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (caso Northern Pacific vs. United States, 1958) como el acuerdo por el cual una parte condiciona la venta de un producto a que el comprador adquiera también un segundo producto diverso o, al menos, se comprometa a no adquirir ese producto de ningún otro proveedor. La vinculación en este caso se refiere a un producto necesariamente diferente al del primer contrato (producto vinculado), lo cual no significa que un contrato esté ligado a otro en el sentido civil. Este tipo de prácticas (*Tying Agreement*) suelen estar prohibidas con el fin de asegurar la protección de la libre competencia y evitar así prácticas en régimen de monopolio. Sobre el particular, HERRERA-SUÁREZ, C., «Los contratos vinculados (*tying agreements*) en el derecho de competencia», en *La Ley*, Madrid, 2006, pág. 145.

(71) Ejemplo de lo señalado es un precontrato con precio a convenir, que convierte al segundo contrato que lo fije en mero complemento del primero, razón por la cual no podría hablarse en este caso de un supuesto de conexión contractual. Sobre los negocios jurídicos *per relationem*, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., *El negocio jurídico per relationem en el Código civil*, Madrid, 1982, págs. 33 y 34.

(72) Aún así, la práctica nos indica que la mayoría de los contratos conexos por voluntad de las partes son contratos que tienen sujetos similares, tal como sucede en el caso de compañías pertenecientes a un mismo grupo societario.

zados, como contratos conexos en los que exista diversidad parcial entre los sujetos —subcontrato—.

Dos han sido tradicionalmente los obstáculos que se han esgrimido para rebatir los contratos enlazados y frente a los cuales se ha debido argumentar en pro de su admisión: por un lado, el principio del carácter aislado e independiente de los contratos; por otro, el principio de la relatividad del contrato.

Desde el punto de vista socioeconómico el contrato aparece concebido de manera individualizada, como si se tratara de un acto aislado, como lo demuestra el hecho de que el legislador contempla con carácter general el contrato en general y los diversos contratos en particular, siendo muy excepcional que regule las consecuencias jurídicas emanadas de la conexión que media entre varios de ellos (73). Y aunque el Derecho tradicional no prohíbe la implicación entre diversos contratos, lo cierto es que se trata de una situación anómala; sin embargo, las fricciones que origina la consideración aislada de los contratos en un plano jurídico, así como la inequívoca existencia de un fenómeno incontestable podrían hacer cuestionar y superar esta visión del contrato como un ente perfecto, acabado y aisladamente considerado.

En virtud del principio de la relatividad del contrato, éste sólo produce efecto entre los contratantes, criterio ya reconocido en el Derecho romano (74) y que se nos ha presentado como regla clásica en el ámbito contractual intensificada con la preeminencia que el periodo codificador atribuyó a la autonomía de la voluntad, hasta tal punto que la propia libertad contractual (75) se convierte en el principal valedor de aquél: en la medida que las partes pueden estipular lo que tengan por conveniente, cuando lo hacen, sus acuerdos sólo producen efectos entre ellos, sin que beneficien ni perjudiquen a terceros, si bien el legislador haya debido intervenir para fijar un orden público económico (76) a los fines de lograr una justicia contractual que satisfaga los intereses del débil jurídico.

Aún así, la vigencia del referido principio no es absoluta ni constituye materia de orden público, aunque sí se erige en un principio general de derecho. Por eso su aplicación incondicionada ha presentado alguna que otra dificultad: ya la consideración de los sucesores a título particular (subadquirentes) como una categoría intermedia entre los contratantes y los terceros absolutos

(73) Por ello se ha expresado la dificultad de plantear el fenómeno de la conexión contractual, dado que se ha de partir de la confluencia de una pluralidad de actos, cuando en verdad la visión del Derecho Privado se proyecta más bien sobre la base de los distintos actos singulares. En este sentido, ORLANDO CASCIO, S. y ARGIROFFI, C., *op. cit.*, pág. 1.

(74) *Res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest* (Codex 7, 60).

(75) La doctrina francesa justifica la operatividad del principio de la relatividad del contrato sobre la base de la fuerza obligatoria del mismo. Así, BACACHE-GIBELLI, M., «La relativité des conventions et les groupes de contrats», en *Librairie General de Droit et Jurisprudence*, vol. 268, París, 1996, # 271.

(76) FARJAT, G., *L'ordre public économique*, París, 1963.

—*poenitus extranei*— (77), si bien dicha circunstancia no es relevante por lo que al fenómeno de la conexión entre contratos se refiere, por tratarse de dos realidades jurídicas distintas que no han de ser entremezcladas, lo cual ni explica ni impide el ejercicio de un derecho contractual por quien se erige en parte de un contrato ligado con aquel que ha gestado dicho derecho; ya la noción de oponibilidad del contrato, en cuya virtud todo contrato incide en la esfera jurídica de quienes no son partes del mismo (78), aun cuando dicha oponibilidad no permite reclamar de un tercero el contenido de una prestación ni la responsabilidad emanada de su incumplimiento, razón por la cual se manifiesta como una realidad autónoma del fenómeno de la conexión contractual y, por ende, no constituye una excepción a la eficacia relativa del contrato (79).

A pesar de lo dicho, hemos de decir que la relatividad del contrato descansa en la misma lógica de su radio de acción, esto es, el respeto a la esfera jurídica ajena y, en modo alguno, se ha consagrado para solucionar o afrontar el fenómeno de la conexión contractual, realidad que existe de forma incuestionable, lo que nos llevará ineludiblemente a replantear el sentido del mencionado principio (80) ante la institución de los contratos enlazados, toda vez que no se halla en la misma situación con relación a un contrato el tercero —*poenitus extranei*— que quien ha celebrado un contrato conexo y, por ende, no cuenta con la misma aplicación el axioma del efecto relativo del contrato respecto de uno y otro.

Las fuentes del fenómeno de la conexión contractual son la voluntad de las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad; una disposición legal que así lo establezca; y el nexo funcional que media entre dos o más contratos en el objeto o en la causa, que permita identificar una relación de dependencia entre ambos contratos y atribuirles efectos jurídicos comunes. Analicemos cada uno de ellas por separado:

- a) Voluntad de las partes. Sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, las partes que hubieran celebrado varios contratos

(77) El carácter real o personal del pacto en cuestión nos permitirá resolver el problema planteado: si cuenta con eficacia real, dado su carácter *erga omnes*, afectará a los subadquirentes, a menos que concurra un tercero protegido en virtud de la fe pública registral; de ser meramente obligacional, los sucesores a título singular no se verán afectados por lo acordado a través de su antecesor. En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1964 (*RJA* 1964/3097), 25 de abril de 1975 (*RJA* 1975/2095), 5 de octubre de 1983 (*RJA* 1983/5231), 5 de marzo de 1992 (*AC* 1992, 735).

(78) Así lo ha interpretado nuestro Tribunal Supremo pues, aunque el contrato no vincula a terceros, sí que les afecta como suceso o hecho jurídico que nadie puede desconocer. En este sentido lo establece, por ejemplo, la sentencia de 29 de abril 1966 (*RJA* 1966/2012).

(79) DUCLOS, J., *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, París, 1984, pág. 23.

(80) CABRILLAC, M., «Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale», en *Mélanges dédiés à G. Marty*, Toulouse, 1978, págs. 253-254.

independientes pueden acordar que los efectos jurídicos de uno repercutan en el otro o los demás, e incluso establecer las normas que vayan a regir dichos contratos derogando la regulación prevista por la ley que no resulte de orden público, tal como sucede con el principio de la relatividad del contrato. Tal manifestación de voluntad puede ser tanto expresa como tácita, cuya determinación en este último caso se efectuará por medio de la observación y constatación de los diversos elementos que originan el nexo funcional entre los diversos negocios jurídicos implicados (81).

Al amparo del principio de la autonomía de la voluntad se puede establecer una conexión contractual incluso sin que medie conexión en la causa ni en el objeto, esto es, las partes pueden acordar que el carácter vinculante de uno de los contratos esté condicionado al cumplimiento del otro, aun cuando entre ellos no exista dependencia alguna, ni unilateral ni bilateral (82).

En todo caso, resulta superado el criterio según el cual deba existir un pacto expreso dirigido a establecer el nexo que ha de mediar entre los contratos (83).

- b) Disposición legal. Incluso sin necesidad de que concurra un nexo funcional objetivo o causal la ley puede establecerlo entre contratos nominados. Así sucede en el caso de garantías personales o reales —fianza, prenda o hipoteca— con relación a los contratos que originan las obligaciones cuyo cumplimiento aseguran los primeros, dado que su accesoriedad origina una relación de dependencia en virtud del principio clásico *accessorium sequitur principale*; y en algunos contratos, tales como el de anticresis, que constituye una modalidad de pago de una obligación principal, el de mandato, puesto que el mandante se obliga a cumplir las obligaciones contraídas por el mandatario con un tercero, los subcontratos de arrendamiento o de obra, en los que se entablan relaciones entre el arrendador y el subarrend-

(81) FERRANDO, G., «I contratti collegati», en *I contratti generali-aggiornamento (1991-1998)*, ALPA, G. y BESSONE, M., Torino, 1999, pág. 1918.

(82) Ejemplo de la voluntad de las partes como fuente de la conexión contractual lo vemos en el caso de la estipulación a favor de terceros cuando las estipulaciones incluidas en un primer contrato favorecen a una o ambas partes de un segundo contrato: una entidad financiera ha contratado con una compañía informática el diseño e instalación de un sistema dirigido al manejo de sus cuentas bancarias y, a su vez, la referida compañía contrata a otra a fin de que le confeccione el programa informático relativo a la utilización del servicio de cajeros automáticos. Es el caso típico de un subcontrato de servicios en el que la prestación del mismo no tiene por qué coincidir con la del contratista —*outsourcing*— y donde la segunda compañía revestiría la condición de promitente, la primera asumiría la posición de estipulante, mientras que la entidad financiera se erigiría en beneficiario de la referida estipulación. Al respecto, RODNER S., J. O., *op. cit.*, págs. 32-37.

(83) A favor de tal superación, ORLANDO CASCIO, S. y ARGIROFFI, C., *op. cit.*, pág. 3.

datario, o los propios contratos laborales individuales celebrados por trabajadores no pertenecientes a los sindicatos mayoritarios del ramo signatarios, que se ven enlazados por su dependencia con relación a las estipulaciones de una convención colectiva de trabajo, en este caso contrato principal (84).

- c) Identidad del objeto y de la causa (85). En virtud de la conexión objetiva un contrato está enlazado con otro por la similitud en el objeto cuando la prestación característica de las partes en un contrato determinado es totalmente o parcialmente igual a la prestación característica de otro; habrá conexión contractual causal cuando el fin económico por el que las partes celebran varios contratos diferentes es el mismo.

V. EFICACIA E INEFICACIA

El tópico de los contratos conexos se concentra fundamentalmente en el establecimiento de sus consecuencias jurídicas (86), cuestión que presenta dificultades cuando se pretende abarcar con visos de generalidad, dada la pluralidad de situaciones que comprende y sus particularidades considerables, razón por la cual, salvo en lo atinente a un efecto común relativo a su interpretación aceptado con carácter general, no todos los contratos enlazados producen los mismos efectos: dependerá, con relación al posible ejercicio de la acción directa, de si son celebrados o no por las mismas partes; también de la fuente que los originó (voluntad de las partes, ley) (87) o, incluso, de si el nexo funcional que media entre dos contratos se produce en su objeto o en su causa.

A continuación, vamos a tratar de analizar y desglosar algunos de los posibles efectos que pueden generar los contratos conexos:

1. *Ejercicio de la acción directa.* Como sabemos, por medio del ejercicio de una acción directa se pone en contacto a sujetos que no han celebrado un contrato entre sí, y se trata de determinar cuándo podrá un contratante reclamar responsabilidad contractual frente a quien ha participado en un contrato conexo, siempre en el entendido de que los contratos enlazados se

(84) Ya el valor normativo de las convenciones laborales colectivas está previsto en el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores.

(85) Nos remitimos a lo tratado al abordar las modalidades de conexión en sede de nexo funcional como uno de los requisitos precisos de la conexión contractual.

(86) DI NANNI, C., *op. cit.*, pág. 330.

(87) Si el vínculo surge en virtud de una norma jurídica, será la misma norma la que establezca las consecuencias jurídicas del vínculo creado; en los enlaces emanados de la voluntad de las partes, serán éstas las que determinen los efectos derivados del enlace.

hayán celebrado por sujetos no idénticos en su totalidad —tres sujetos diferentes, al menos—, y nunca cuando se hayan concluido entre las mismas personas, supuesto en que no podrá exigirse en este caso responsabilidad contractual por la acción directa.

Una de las cuestiones que surgen al respecto es la admisibilidad de la acción fuera de los supuestos previstos por la ley, toda vez que, mientras la concepción clásica entiende tal recurso como un privilegio contrario al principio de la igualdad de los acreedores frente al deudor (*pars conditio creditorum*) y, por ende, ha de ser interpretado restrictivamente sin posibilidad de extensión analógica (88), en la actualidad se ha comenzado a superar tal criterio sobre la base de que no nos hallamos ante un privilegio sino más bien ante una modalidad de preferencia (89), razonamiento que justificaría la extensión del ejercicio de la acción directa a otros casos distintos de los contemplados por el legislador. Aún así, el principio general de la relatividad del contrato constituiría una traba considerable al aserto anterior, pues un principio tan hondamente arraigado y, más aún, consagrado legislativamente, exige que sus excepciones sean estipuladas por ley y sean interpretadas de manera estricta.

Sin embargo, en honor a la verdad hay que señalar que, en la práctica, determinadas acciones directas han sido reconocidas a través de la calificación efectuada por la jurisprudencia (90), incluso, sin estar consagradas legalmente de forma expresa, lo que ha llevado a concebir una nueva significación del principio de la relatividad del contrato en el sentido de que en los contratos que constituyen un conjunto la parte contractual en uno de ellos no se erige en un tercero en sus relaciones con la parte del otro contrato que integra dicho conjunto, de tal manera que es el vínculo que media entre ellos el argumento que permitiría superar las reticencias esgrimidas en torno al ejercicio de la acción directa (91).

En efecto, se puede considerar más bien que la acción directa constituye un complemento y no una excepción al principio de la relatividad del contrato (92), en virtud de la conexión que media en las relaciones jurídi-

(88) COZIAN, M., *L'action directe*, París, 1969, pág. 67; BENATTI, F., «Il contratto autonomo di garanzia», en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, I, pág. 638.

(89) PASQUAU LIAÑO, M., *op. cit.*, págs. 113 y 114.

(90) Así, por ejemplo, en las sentencias de la *Cour de Cassation* francesa de 8 de marzo y 21 de junio de 1988 en sede de grupos de contratos, si bien la sentencia de 12 de junio de 1991 en Asamblea Plenaria se pronuncia en sentido contrario en una clara restauración del efecto relativo del contrato.

(91) LARROUMET, CH., *op. cit.*, pág. 7. En contra de tal opinión extensiva del ejercicio de la acción directa sobre una pretendida ampliación de la noción de partes contratantes, KULLMANN, J., *Comentario a las sentencias de la Cour de Cassation (Tercera Sala Civil) de 13 de diciembre de 1989 y 28 de marzo de 1990*, Dalloz, 1991, J., págs. 25-32.

(92) PASQUAU LIAÑO, M., *op. cit.*, pág. 121.

cas enlazadas y su relevancia en cuanto a la responsabilidad que surge entre los sujetos implicados, lo que abonaría la admisión de la referida acción en supuestos similares a los legalmente previstos a través del recurso a la analogía *iuris*. A tal fin, se requerirá que las obligaciones incumplidas de los contratos enlazados se correspondan, es decir, sean de la misma naturaleza o de un contenido muy parecido (93), y que concurra una razón jurídica que lo amerite, tal como sucede en los casos en que la acción se ha reconocido por vía legal o jurisprudencial, teniendo en cuenta sus consecuencias, si con ello se rectifica el posible desfase surgido entre los intereses presentes y su regulación.

Desestimada la acción directa en estos casos, se plantea si cabría reclamarse por responsabilidad extracontractual en el supuesto de incumplimiento sucesivo de dos contratos conexos, puesto que la ausencia de un contrato entre el agente del daño y el perjudicado del mismo haría muy difícil estimar una eventual responsabilidad contractual. Hay que señalar, no obstante, que la presencia de un contrato no supone su único requisito, puesto que además se exige un hecho dañoso producido en la órbita de lo pactado al desarrollar su contenido negocial (94), sin que para ello se requiera ineludiblemente celebrar un verdadero contrato, sino acreditar una relación preexistente entre el autor del hecho causante del daño y el perjudicado por él. Ante lo dicho, como regla general, no parece posible admitir una acción directa a favor de un tercero para reclamar responsabilidad aquiliana o extracontractual ante el incumplimiento de un contrato conexo (95), si bien haya quien lo defienda aquí, reconociendo las dificultades prácticas que ello conlleva en materia de prueba, sobre la base de un pretendido abuso de derecho (96).

Partiendo de la premisa que la acción directa otorga al acreedor la facultad de dirigir contra el subdeudor las acciones *ex contractu* que podía ejercer contra su deudor inmediato y que, a la vez, genera una obligación *in solidum* frente a los dos deudores (97), por contar con un mismo contenido pero con causas o títulos diferentes —dos contratos conexos pero distintos—, podemos observar lo siguiente: que es requisito imprescindible para su invocación la preexistencia de dos créditos ciertos y exigibles; que, en la medida que el acreedor cuenta a su favor con una facultad, la acción directa no tiene un carácter exclusivamente procesal y, en consecuencia, cabe el ejercicio extra-

(93) JOURDAIN, P., *op. cit.*, pág. 552; VINEY, G., *op. cit.*, pág. 356.

(94) Sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1983 (RJA 1983/1463), 9 de enero de 1985 (RJA 1985/167), 10 de junio de 1991 (AC 1991/779), 11 de octubre de 1991 (AC 1992/329).

(95) ORTIS RODNER, J. O., *op. cit.*, págs. 84-87.

(96) ORTIS RODNER, J. O., *op. cit.*, págs. 87-89.

(97) RODRÍGUEZ MORATA, F. A., *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Madrid, 1992, págs. 175 y 176.

judicial de la misma (98); que su ejercicio no está condicionado a que el acreedor se hubiera dirigido previamente contra su deudor inmediato, toda vez que su derecho es directo y no subsidiario (99).

En cuanto a las excepciones oponibles por el subdeudor al titular de la acción directa, consideramos que podría oponerle las que tuviera con el deudor intermedio nacidas de hechos anteriores, nunca posteriores, al ejercicio de la acción directa (100), ya que no puede resultar obligado por ella a más de lo que lo estuviera con su deudor inmediato, e incluso también las surgidas de la relación entre el acreedor y su deudor inmediato (101), anteriores o posteriores al ejercicio de la acción, tanto objetivas como personales, ya propias o ajenas, en cuyo último caso no sólo se ceñirán a una parte de la deuda, sino con relación al todo por estar obligados el subdeudor y su deudor inmediato *in solidum*, lo que representaría, a nuestro juicio, una merma en la situación jurídica del titular de la acción (102), no obstante su derecho de regreso contra el deudor inmediato.

2. *Compensación de deudas conexas*. La compensación como causa de extinción de las obligaciones no exige que las deudas surjan de una misma relación jurídica, pues opera al margen de cuál sea la causa de una u otra obligación y lo más frecuente es que se produzca entre créditos que cuentan con diferentes títulos (103).

La compensación operará entre deudores recíprocos de obligaciones cuando en los contratos enlazados exista identidad de sujetos; sin embargo, como regla general, no procedería en los casos de contratos enlazados en que no hubiera identidad total de las partes en ambos contratos, aun cuando la práctica internacional ha admitido algunas excepciones como sucede en los casos de compensación por enlace voluntario (104), de deudas entre grupos socie-

(98) En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 1974 (*RJA* 1974/346) que declara procedente el ejercicio extrajudicial en caso de un requerimiento de pago incoado por un subcontratante frente al dueño de la obra o comitente.

(99) PASQUAU LIAÑO, M., *op. cit.*, pág. 84.

(100) COZIAN, M., *op. cit.*, pág. 260 y sigs. (en especial 270). Ver, al respecto, el párrafo 359 del BGB alemán tras su reforma de 2002 referido expresamente a las excepciones oponibles en los contratos conexos, ya que «*el consumidor puede negarse a la restitución del préstamo siempre que las excepciones que tengan su origen en el contrato conexo le dieran derecho a rechazar su prestación frente al empresario con el que ha celebrado el contrato conexo (...)*».

(101) En contra DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección en la legislación civil*, Madrid, 1969, pág. 83.

(102) LÓPEZ FRÍAS, A., *op. cit.*, págs. 317 y 318.

(103) La doctrina italiana se plantea en general, al margen de los contratos conexos, si los créditos han de proceder de los mismos títulos o de títulos diferentes. Al respecto, BARBERO, D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Tomo 2, núm. 722, pág. 242.

(104) Ejemplo típico de ello lo vemos en las operaciones financieras complejas, concretamente, en los derivados, en donde se establece un sistema de compensación

tarios (105), o contratos conexos en los que uno de los contratos es una consecuencia del otro (106).

3. *Interpretación.* Al igual que los contratos puros y simples, los contratos enlazados requieren una interpretación y, aunque su procedimiento es similar al empleado en aquéllos, su especialidad radica en que es preciso tener presente todo el complejo contractual como si se tratara de un conjunto. A tal fin, la fuente de la conexión determinará en gran medida el grado y alcance de interpretación conjunta, de tal manera que si emana de la voluntad expresa de las partes será ésta la tomada en consideración por el intérprete, mientras que, si la conexión es objetiva, la delimitación del contenido de la prestación en un contrato podrá servir para identificar el objeto presente en el segundo (107).

En la medida que el objetivo fundamental del intérprete es determinar la voluntad común de los contratantes, no se puede desperdiciar la información que puede proporcionar al efecto otro contrato conexo, ya sobre la base de los actos de las partes coetáneos, anteriores y posteriores a su celebración (108), o de la aplicación del criterio sistemático en la interpretación del contrato (109). Sin embargo, aun cuando tal voluntad común podrá encon-

cruzada para varias transacciones. Y es que aunque las partes convienen en que no es indispensable para la compensación la identidad de las partes, lo cierto es que no operaría una compensación voluntaria sino legal, al margen de la declaración de las partes, al existir la condición de reciprocidad entre las deudas de los diferentes contratos, razón por la cual opera *ipso iure*, automáticamente —compensación legal—.

(105) Del mismo modo, en este supuesto donde la diferencia de partes se refiere a compañías de un mismo grupo societario, la compensación procedente sería la legal y no la convencional.

(106) El nexo funcional exigido resulta en la ejecución de las prestaciones, en el que su cumplimiento en un contrato es complementario del cumplimiento del otro contrato vinculado, de manera que uno de los contratos se erige en condición previa del otro. Al respecto, TRAIN, F.-X., *op. cit.*, pág. 134.

(107) Sirva como ejemplo el caso del subarriendo, donde la descripción del local en el contrato de arrendamiento puede emplearse para identificar precisamente el local que es objeto del subarriendo. También podemos aludir al supuesto de la tácita reconducción en un contrato de arrendamiento, en cuya virtud el objeto de la prestación en el segundo contrato es igual al de la primera prestación en el contrato original, salvo pacto en contrario.

(108) Con fundamento en el artículo 1.282 del Código Civil español, tal como señala, entre otros, CANO MATA, A. («La interpretación de los contratos civiles», en *Anuario de Derecho Civil*, 1971, pág. 196), y algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, de 13 de enero de 1960 (*RJA* 1960/477), 27 de enero de 1961 (*RJA* 1961/293), 28 de septiembre de 1965 (*RJA* 1965/4056), 19 de noviembre de 1971 (*RJA* 1971/4906), 30 de marzo de 1974 (*RJA* 1974/1208), 25 de marzo de 1981 (*RJA* 1981/1075), 10 de febrero de 1986 (*RJA* 1986/514), 23 de noviembre de 1987 (*RJA* 1987/8641).

(109) A pesar de que el artículo 1.285 del Código Civil español se refiere a las cláusulas de un solo contrato, podría aplicarse por analogía al ámbito de los contratos conexos. En este sentido, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 4.^a ed., Madrid, 1993, pág. 374.

trarse en un contrato distinto al interpretado cuando fue concluido por los mismos sujetos del primero, resultará muy difícil hacerlo en un acuerdo en el que uno de los sujetos no es parte del contrato objeto de interpretación, a menos que entre los contratos enlazados medie un nexo funcional objetivo realmente conocido por todas las partes implicadas (110), tal como sucede, por ejemplo, en la interpretación de un contrato de leasing sobre la base de la compraventa que ineludiblemente ha de precederle, o en la de un préstamo de consumo con relación al contenido de la compraventa que se financia.

Así pues, a la hora de calificar el contrato conexo se deberá tener en cuenta todo el entramado que configura: ya en caso de arrendamiento con opción de compra, por ejemplo, de una maquinaria industrial; ya del contrato de construcción de una planta industrial producto en mano (111), donde media un contrato de construcción, de servicio y de venta de las materias primas, de tal forma que no se puede calificar por sí solo la venta de materia prima sino es con los otros que conforman un contrato atípico frecuente en la práctica internacional.

Aun cuando los contratos enlazados hayan de interpretarse conjuntamente, la simple presencia de un nexo funcional no permite el transplante de cláusula de un contrato a otro (112), esto es, por la mera existencia del enlace no cabe la inserción de una cláusula propia del primer contrato en el segundo con el que media dicha conexión, toda vez que dicha cláusula en el primer contrato habrá de interpretarse restrictivamente y, por ende, ser de aplicación exclusivamente al contrato en el que se estipuló (113).

Es práctica habitual en la esfera del comercio internacional la inclusión de diferentes cláusulas de interpretación (114), entre cuya amplia variedad

(110) Criterio que se asomaría en las sentencias ya mencionadas (nota al pie de pág. núm. 94) del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1965, 19 de noviembre de 1971 y 25 de marzo de 1981.

(111) El constructor de la planta se compromete a efectuar el diseño de la misma, a adquirir la materia prima original y presentar un producto determinado, al margen de que por separado cada uno de ellos responda, respectivamente, al esquema de un contrato de obra, de un contrato de servicio y, por fin, de un contrato de venta.

(112) Un claro ejemplo de ello es la cláusula índice para el ajuste del precio por inflación (que toma como referencia un índice externo, como el índice del costo de la vida, o de precios al mayor), inserta en el primer contrato cuando en el segundo existe un precio fijo. También lo vemos en el uso de la cláusula de limitación de transferencia incluida en los estatutos de una sociedad resultante de un acuerdo de fusión de empresas conjuntas (*joint ventures*). Al respecto, RODNER S., J. O. *op. cit.*, págs. 103 y 104.

(113) En este sentido encontramos algún ejemplo de la jurisprudencia francesa a propósito de una cláusula de celibato incorporada a un contrato con plazo inicial en el que opera la tácita reconducción y, ya reconducido, el afectado contrae matrimonio (sentencia de la Corte de Apelación de París, de 4 de octubre de 1961, referida en TEYSSIE, B., *op. cit.*, # 423, nota a pie de pág. 365).

(114) FONTAINE, M., DELY, P., *Droit des contrats internationaux*, 2.^a ed., Bruselas, 2003, pág. 137.

destacan las cláusulas de calificación del contrato, de términos definidos, sobre el idioma aplicable, o la del modo utilizable para colmar las lagunas del contrato. En caso de que el contrato que las contenga esté enlazado con otro, parece lógico que aquéllas se utilicen para interpretar el segundo en los aspectos no estipulados en él, siempre con el límite que representa el principio de no transplante.

4. *Algunas cuestiones procesales.* Tratando de aportar una visión completa de los posibles efectos del fenómeno de la conexión entre contratos haremos referencia a algunos aspectos relativos al procedimiento para conocer así las consecuencias procesales que derivan del conocimiento a cargo de un órgano judicial de un supuesto de contratos enlazados:

A) Litisconsorcio pasivo necesario e intervención de terceros en el proceso. Si ya de por sí resulta complicado delimitar cuándo procede o no el denominado litisconsorcio necesario pasivo (115), esta dificultad se agudiza al enfrentarnos a un supuesto de conexión contractual, donde se plantea si los tres o más sujetos implicados han de comparecer y estar presentes en el pleito, en aras del principio de la tutela judicial efectiva.

En efecto, la demanda de nulidad de uno de los contratos incoada por la parte del primer contrato frente a su contraparte, ¿deberá dirigirse también contra quien es parte en un contrato conexo? Y es que mientras que, por un lado, se estima que no basta la simple presencia de un mero interés para reputar a un sujeto como integrante de un litisconsorcio pasivo necesario, sino que se requiere que el demandado y el tercero resulten afectados de igual manera por la sentencia que se vaya a dictar, que se hallen en una misma situación desde el punto de vista de la relación de fondo que se suscita (116); sin embargo, por otro lado, se considera procedente la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario cuando el interesado que no ha sido demandado ostenta la titularidad de un derecho susceptible de ser lesionado por causa de la sentencia (117).

(115) DE LA OLIVA, A.; FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Barcelona, 1988, pág. 424 y sigs.

(116) Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (14 de abril de 1988 y 11 de junio de 1991, AC 1988/604 y 1991/786) con respecto a la subcontratación, al afirmar que no está mal constituida la relación procesal cuando se insta la resolución de un arrendamiento por el hecho de no dirigir la demanda contra el subarrendatario, ya que éste es un tercero totalmente ajeno al arrendamiento principal que carece de derechos previstas en los artículos 1.551-1.552 del Código Civil y 110 de la hoy derogada LAU de 1964.

(117) Resulta más que evidente que el subarrendatario pierde el derecho al goce de la cosa al tener que restituirla al propietario cuando se decreta la resolución del contrato de arrendamiento. Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 1990 (AC 1990/595).

Por tanto, tal contradicción nos lleva a sostener que el litisconsorcio pasivo necesario también se extiende a los partícipes en un contrato conexo con otro del cual se cuestiona su ineficacia (118) o, cuando menos, de no declararse procedente, a admitir la posible intervención del tercero que no es parte en el contrato en el proceso como interviniente adhesivo o coadyuvante, dado que resultará sin duda afectado por la sentencia judicial que decida el litigio (119).

No es exigible el litisconsorcio pasivo necesario en caso del ejercicio de una acción directa fruto de la celebración de dos contratos conexos con participación de tres sujetos, cuando el contratante del primer contrato (arrendador) demanda al contratante del segundo (subarrendatario) que no interviene en el primero, esto es, no deberá demandar a la vez a su contraparte del primer contrato (arrendatario), ahora también contratante del segundo (subarrendador) (120). Así pues, la relación jurídica procesal estará bien configurada aun cuando sólo se haya traído a juicio al subdeudor y no se haya demandado al deudor intermedio, quien, no obstante, contará con la facultad para intervenir en el pleito *motu proprio* o a instancia de alguna de las partes (121).

B) Efecto de cosa juzgada. Se plantea la posible extensión de los efectos de la cosa juzgada cuando una sentencia firme conoce de un supuesto relativo a contratos enlazados, es decir, si la sentencia firme dictada en la demanda accionada por el arrendador contra el subarrendatario produce efecto de cosa juzgada frente a un proceso posterior incoado por el arrendador contra el arrendatario con relación al mismo crédito.

A pesar de la literalidad del artículo 1.252 del Código Civil que supedita la eficacia de cosa juzgada entre los casos implicados a la concurrencia de la identidad de cosas, causas, persona y cualidad de éstas, y que reputa identidad de personas cuando los litigantes del segundo pleito se hallan unidos a los del primero solidariamente, lo cierto es que tal interpretación literal origina una situación de indefensión, ya que en sede de obligaciones solidarias no existe litisconsorcio pasivo necesario (122). Por ello, lo decidido en un proceso

(118) Al respecto, sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 1992 (AC 1993/479).

(119) En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1986 (RJA 1986/7448), 22 de abril de 1987 (RJA 1987/2722), 9 de marzo de 1989 (AC 1989/631), 14 de abril de 1990 (AC 1990/697), 13 de junio de 1991 (AC 1991/792), 3 de marzo de 1992 (AC 1992).

(120) El artículo 1.144 del Código Civil, en sede de solidaridad pasiva, faculta al acreedor a dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos al mismo tiempo. Argumento que a juicio de CARRERAS DEL RINCÓN, J. (*La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, 1990, pág. 140) permite el ejercicio individual de dicha acción, lo cual excluye expresamente el litisconsorcio pasivo necesario.

(121) PASQUAU LIAÑO, M., *op. cit.*, págs. 86-89.

(122) CARRERAS DEL RINCÓN, J. *op. cit.*, pág. 78 y sigs.

donde se ha demandado a un deudor solidario no impide que se produzca un pronunciamiento posterior sobre el fondo cuando se demande a otro deudor solidario, esto es, la extensión de la cosa juzgada no procederá con relación a su función negativa; sin embargo, el resultado del primer proceso vinculará con carácter prejudicial al juez del segundo, pues deberá tomarla en consideración, sin ponerla en cuestión, como punto de partida, con lo cual opera aquí la extensión de la cosa juzgada con relación a su función positiva o prejudicial (123).

No procedería, a nuestro juicio, la extensión del efecto de cosa juzgada de la sentencia firme que decide sobre la eficacia de un contrato respecto a otro conexo con él, toda vez que no se dan algunas de las premisas requeridas en el artículo 1252.1 del Código Civil para su estimación, como la identidad de cosas, la de causas ni, en algunos casos, la identidad de personas entre uno y otro pleito.

C) Cuestión de hecho o de derecho. En el caso de que los tribunales de instancia estimen que los contratos celebrados son independientes, o que quien es parte en un contrato resulta tercero en el otro, la consecuencia lógica es la denegación de que exista una conexión jurídica y, por ende, de que produzca efectos. La duda que emerge es si tal decisión será revisable o no en casación, en cuya respuesta todo dependerá de si estamos ante una cuestión de hecho o de derecho: la conexión predicable de los contratos enlazados contiene, sin duda alguna, datos fácticos (celebración de los contratos, circunstancias reveladoras del nexo funcional), que no serán revisables en casación; mas sin embargo, también implica cuestiones jurídicas, éstas sí revisables en casación, puesto que su consideración o no determinará la conexión contractual y sus consecuencias en aspectos tan jurídicos como la eficacia o ineficacia de los contratos implicados, o bien lo atinente a la responsabilidad de las partes contractuales (124).

D) Extensión de la cláusula de arbitraje. En virtud de la cláusula arbitral las partes acuerdan y aceptan el compromiso de someter las diferencias que surjan en una relación jurídica determinada al arbitraje (125). En el caso de

(123) Sobre el doble aspecto negativo y positivo de la cosa juzgada, SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., Tomo XVI, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1981, pág. 655.

(124) Es reiterada doctrina de nuestro Tribunal Supremo que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino un remedio tendente a verificar si la solución jurídica impugnada, dados unos hechos determinados, es adecuada o no. Sirvan a título de ejemplo las sentencias de 9 y 25 de enero de 1992 (AC 1992/472 y 568).

(125) El valor de la cláusula de arbitraje no sólo se sustenta en el principio de la libertad contractual, sino también en el de independencia de la cláusula, en cuya virtud se trata de una cláusula autónoma del resto de las previstas en el contrato, así como en el denominado principio *kompetenz-kompetenz*, según el cual el tribunal arbitral es competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre cuestiones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral.

contratos enlazados en el que uno de ellos contiene una cláusula de tal naturaleza se plantea si ésta puede extender su radio de acción al segundo contrato con el que se haya vinculado.

Al efecto, habrá que analizar los diversos supuestos que pueden suceder: si ambos contratos conexos cuentan con la misma cláusula arbitral, la cuestión se simplifica; si entre las partes media un acuerdo marco con cláusula de arbitraje que irradia sus efectos a los contratos que se realicen para su ejecución, no existe inconveniente para que proceda el trasplante de la cláusula; si uno de los contratos contiene la cláusula y el otro no, la regla general es que no opera el trasplante de la cláusula arbitral (126), sobre todo si no hay identidad absoluta entre las partes contractuales; en caso de que ambos contratos cuenten cada uno de ellos con una cláusula arbitral, contradictorias entre sí, la cuestión se complica (127) ante el riesgo de contar con dos arbitrajes separados con decisiones contradictorias o inconsistentes; y, por fin, el caso de las cadenas de contratos, como sucede en los subcontratos nacidos para el cumplimiento de la prestación de un contrato principal, supuesto en el que ya se ha reconocido el traslado de la cláusula arbitral (128).

Interesante resulta el aporte realizado por la jurisprudencia arbitral internacional a la hora de admitir la extensión de la cláusula de arbitraje, ya si estamos en presencia de un contrato marco respecto de los contratos de ejecución cuando éstos no contengan dicha cláusula (129), ya cuando se trate de contratos celebrados por empresas conjuntas (130), si bien se ha negado en el supuesto de contratos relacionados (131).

(126) No obstante, la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa (caso Reprata vs. Fichou, 5 de marzo de 1991) aceptó la extensión de la cláusula arbitral prevista en el primer contrato a un segundo contrato enlazado.

(127) Se propone como posible solución la superación de la contradicción a través de un tribunal ordinario y, de ser necesario, la acumulación de las causas. Al respecto, FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, 1996, págs. 319 y 320.

(128) Así en la sentencia de la Sala Civil de la Corte de Casación, de 27 de marzo de 2007, referida en LOQUIN, E., «Cronique des tribunaux de commerce et arbitrage», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Economique*, Dalloz, París, 2007, pág. 677 y sigs.

(129) Laudo núm. 8708 de 1997 dictado por la Corte Internacional de Arbitraje (ICC), tomado de TRAIN, F. X., *op. cit.*, pág. 88, en el que se sostiene que la ausencia de una cláusula compromisoria en un contrato específico no supone una renuncia de la cláusula en tal sentido del contrato marco.

(130) Laudo núm. 8342 dictado por la Corte Internacional de Arbitraje (ICC), tomado de TRAIN, F. X., *op. cit.*, pág. 102, donde el tribunal arbitral decide a favor de su jurisdicción, por así preverlo el contrato de empresa conjunta (*joint venture agreement*), aun cuando no existía una cláusula de arbitraje específica en los respectivos contratos para su implementación. Sobre la modalidad de contrato atípico *joint venture*, CHULIÁ VICENT, E.; BELTRÁN ALANDETE, T., *op. cit.*, Tomo I, pág. 79 y sigs.

(131) Laudo núm. 7305 de 1993, dictado por la Corte Internacional de Arbitraje (ICC), tomado de TRAIN, F. X., *op. cit.*, parágrafo 74.3. La negativa a la extensión de la

E) Litispendencia. Se plantea si, una vez que se ejerce una acción por una de las partes del contrato principal contra el subcontratante, puede el contratante en el segundo contrato iniciar una acción sobre la misma causa o, al haber intentado la primera acción, estamos ante un supuesto de litispendencia. Si la causa de la primera acción es la misma que la de la segunda, procedería la excepción de falta de jurisdicción por litispendencia y, en consecuencia, el segundo proceso quedaría extinguido (132).

5. *Ineficacia*. Se trata de saber si ante un supuesto de ineficacia del que adolece un contrato (nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación) sus consecuencias jurídicas se pueden extender a otro u otros contratos con los que el primero se halle vinculado. Ya la doctrina (133) y jurisprudencia (134) comparadas se han pronunciado afirmativamente sobre el particular puesto que, aunque no se admita la incidencia directa de toda vicisitud entre los contratos vinculados, se hace imposible la realización del fin perseguido globalmente por las partes y, por ende, devienen inútiles (135), puesto que razones de sensibilidad jurídica, equidad y justicia crean entre ellos una relación de necesidad tal que ocasiona inevitablemente su resolución por imposibilidad sobrevvenida (136).

Nuestra doctrina patria se muestra más cauta y no se adhiere a la aplicación automática e incondicionada de la ineficacia de un contrato sobre otro u otros con él conexos, pues requiere para ello de algunas premisas, tales

cláusula de arbitraje responde a que los contratos implicados no eran indispensables para alcanzar el objetivo de la sociedad, de tal modo que no existía un enlace contractual entre la cláusula compromisoria y los contratos celebrados, sino una mera relación indirecta con ellos.

(132) Esta es la solución aportada por los artículos 161, 346.1.º y 353 del Código de Procedimiento Civil venezolano y se puede colegir de los artículos 405.3 y 410-411 en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

(133) Entre ellos, CARIOTA-FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s/f., pág. 326. En contra de esta postura, entre otros, MESSINEO, F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, pág. 231.

Posición intermedia que niega la aplicación automática de la ineficacia de un contrato a otro con él vinculado, es representada con variantes por CASTIGLIA (*op. cit.*, págs. 402 y 403), DI NANNI, C. («Collegamento negoziale e funzione complessa», en *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale di obbligazioni*, 1977, págs. 332-334), DI SABATO, F. (*op. cit.*, pág. 437), SCHIZZEROTTO (*op. cit.*, págs. 194-195).

(134) Destacan al respecto las sentencias de la Cour d'Appel de París, de 28 de febrero de 1985, y de la Cour de Cassation Française (Sala Comercial) de 17 de diciembre de 1985. También en Italia como consecuencia implícita de la noción de la figura del *collegamento negoziale* («*simul stabunt, simul cadent*») en las sentencias de la Corte di Cassazione, de 18 de octubre de 1960, 15 de septiembre de 1975, 21 de febrero de 1977 (Repertorio del Foro Italiano 1960, 2814; 1975, 3057; 1977, 187).

(135) Por eso, DI NANNI, C. (*Collegamento...*, págs. 332-334) aboga aquí por la aplicación del principio según el cual lo útil se hace vicioso por lo inútil (*utile per inutile vitatur*).

(136) DI SABATO, F., *op. cit.*, pág. 438.

como que el resultado global proyectado sólo pueda lograrse a través de la vigencia de todo el conjunto negocial (137), o bien el análisis de las circunstancias específicas que concurren en el caso, la naturaleza del negocio celebrado y las exigencias derivadas de la buena fe (138). De igual modo, la jurisprudencia patria ha extendido la ineficacia de un contrato a otro distinto (139), tomando en cuenta para ello la existencia o no de una unidad intencional en los contratos conexos que convierta a uno en causa eficiente del otro, si bien señala que no se puede establecer al respecto una regla general, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto (140).

En consecuencia, la extensión de la ineficacia entre contratos conexos no se puede afirmar como regla general y sin justificación alguna. Si un contrato depende de otro en su existencia y configuración, es lógico que, en virtud del principio *accessorium sequitur principale*, la ineficacia del contrato principal acarree la del accesorio. De no ser así, habrá que valorar las circunstancias que concurren en el caso concreto, tomando como criterios privilegiados al efecto no sólo los que las partes hayan querido o, por lo menos, que no hayan excluido la conexión entre los contratos (salvo que ello derive claramente de indicios objetivos), sino también la noción de causa, toda vez que, aun cuando cada contrato en particular cuenta con su propia causa, en presencia de contratos enlazados hay que considerar el resultado o fin económico social común que pretenden alcanzar los contratos celebrados (141): la ineficacia de un contrato se extenderá a otro coligado cuando, una vez desaparecido el primero, el segundo carece de razón de ser y el objetivo que ligaba a ambos deviene imposible (142).

Dicho esto, habrá que deslindar la modalidad de ineficacia de la que se trate, según el caso para comprobar sus consecuencias jurídicas cuando se trate de contratos enlazados:

(137) Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 441.

(138) DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1981, págs. 326 y 327.

(139) Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 1951 (Colección Legislativa de la Jurisprudencia Civil, núm. 88).

(140) Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1964 (RJA 1964/5073).

(141) Esta visión nos lleva a admitir la ampliación del ámbito de operatividad de la causa del contrato, tal como se ha constatado, por ejemplo, en la doctrina sobre la incorporación de los motivos particulares a la causa, las teorías de la base del negocio, excesiva onerosidad, o en caso de celebración de contratos cuya causa eficiente escapa al contrato celebrado —reconocimiento de deuda—.

(142) Al respecto, TEYSSIE, B., *op. cit.*, págs. 35 y 36; también una sentencia patria del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 1945 (RJA 1945/696) aplicó un argumento análogo en un supuesto de un contrato de obra entre comitente y contratista donde este último había pedido un préstamo a un tercero para realizar la construcción, por entender que la obligación de pagar a quien concedió el préstamo estaba vinculada y estrechamente enlazada con el contrato de ejecución de obra, motivo por el cual, incumplido éste, el contrato de préstamo no tenía razón de ser y, por ende, no podía seguir vigente.

A) Desistimiento. El supuesto de hecho contemplado es si en el caso de contratos conexos cabe desistir de uno de ellos y no del otro (143). El criterio general parece no admitir la hipótesis, al entender que se produce la ruptura del equilibrio de toda la relación jurídica en su conjunto (144); que uno de los contratos constituye un elemento esencial del otro (145); y que ambos conforman un ensamblaje contractual indivisible (146).

En todo caso, creemos que se ha de deslindar por un lado la facultad que tiene cualquiera de los contratantes de desistir del contrato (147), del efecto que genere la desaparición de uno de los contratos fruto del desistimiento respecto del que se halle con él enlazado, tarea y misión en la que el criterio de la subsistencia o no del elemento causal común en el contrato sobreviviente tras la ineficacia de uno de los ellos se erigirá en determinante (148).

B) Resolución y excepción de contrato no cumplido. Con relación a la *resolución del contrato* se plantea en primer lugar si, en presencia de contratos conexos, puede el acreedor, que es parte en el segundo contrato, ejercer una acción resolutoria en nombre del acreedor del primer contrato, facultad que parece inadmisibles incluso en el supuesto de que entre los contratos medie indivisibilidad jurídica, ni siquiera en virtud del ejercicio de una pretendida acción oblicua puesto que, aunque dicha facultad pueda tener una consecuencia patrimonial, sin embargo, al constituir una nueva situación jurídica, forma par-

(143) Podríamos equiparar también al desistimiento unilateral del contrato, a los efectos que estamos considerando, el de su disolución por acuerdo de ambos contratantes —mutuo disenso—.

(144) Sentencia de la Corte di Cassazione italiana, de 27 de febrero de 1976 (*Il Foro italiano*, 1976, I, núm. 638, pág. 2700) sobre un contrato de venta de parcelas en el que el vendedor mantiene la propiedad de las calles principales y asume, a su vez, la obligación de conservarlas en buen estado y el suministro de los servicios esenciales de las parcelas a cambio de una retribución. Posición defendida también por SCHIZZEROTTO, G., *op. cit.*, pág. 208.

(145) Sentencia de la Corte di Cassazione italiana, de 14 de junio de 1990 (*Giustizia civile*, 1991, I, núm. 5777, pág. 79), a propósito de la compraventa de un inmueble por varios sujetos y un contrato de arrendamiento de servicios por tiempo indeterminado relacionado con el bien inmueble adquirido.

(146) Sentencia de la Casación Civil francesa de 4 de abril de 2006 (caso Gaz de France), que sigue el criterio ya instaurado por la de la Sala Comercial de Casación del año 2000 en el caso *Société CMD Financement vs. M. Soulard* (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2000, págs. 325-326).

(147) MACIOCE, F., *op. cit.*, pág. 208.

(148) En esta misma línea, los números 1 y 2 del párrafo 358 (Contratos conexos), fruto de la flamante reforma del Derecho de Obligaciones operada en el Código Civil alemán (BGB) en 2002, extienden en sede de consumidores el efecto de la revocación de uno de los contratos (préstamo al consumidor) al otro enlazado con él (suministro de mercancía o a la realización de otra prestación) y viceversa. Incluso, el número 4 del mismo párrafo 358 prevé la aplicación al contrato conexo de las normas de la resolución legal, otorgando al prestamista el derecho a subrogarse en la posición jurídica del empresario del contrato conexo con relación al consumidor, cuando el préstamo haya sido liquidado al empresario en el momento de hacerse efectiva la revocación o sustitución.

de del poder de disposición de su titular y, por ende, no se puede ejercer por un acreedor que no ha sido parte en la relación jurídica original.

Como ya vimos, la resolución de uno de los contratos enlazados no tiene que llevar automáticamente la de los otros: sólo sucederá así cuando exista un enlace causal entre el que ha sido resuelto y el otro, de tal manera que el fin económico-social perseguido por ambos devenga imposible, en cuya indagación habrá que atender al conjunto de los contratos celebrados y a la causa que motivó la resolución (149).

Por lo que se refiere a la *excepción de contrato no cumplido*, se plantea si cuando se reclama una prestación de un contrato bilateral conexo con otro sin haber cumplido la suya el deudor reclamado puede oponer la excepción de incumplimiento del contrato. La respuesta dependerá, una vez más, del fundamento alegado en la referida excepción (150): ambos convenios han debido celebrarse entre las mismas partes; ha de mediar un nexo sinalagmático entre prestaciones relativas a contratos diferentes; y tales prestaciones deben ser recíprocas y de similar entidad (151). En consecuencia, no podrá alegarse la mencionada excepción para el caso de contratos conexos cuando la obligación ha sido incumplida por alguien diferente a quien reclama el cumplimiento, ni tampoco cuando la prestación incumplida sea accesoria respecto de la que se exige su observancia.

C) Nulidad. Una solución más extrema sostiene que la nulidad o anulabilidad de un contrato enlazado con otro provoca también la misma consecuencia respecto a los que le suceden, en virtud del principio *nemo dat quod non habet* (nadie da lo que no tiene), así como también en el caso del subcontrato, si es nulo el contrato inicial que lo genera (152); sin embargo, resulta más oportuno analizar el caso concreto puesto que, si el contrato nulo no constituye una parte esencial del otro, éste o los demás seguirán

(149) En tal sentido, CASTIGLIA, G., *op. cit.*, págs. 409-410. Sin embargo, el centrarnos únicamente en el motivo que provoca la resolución de uno de los contratos puede ser insuficiente, puesto que sólo se toma en consideración la causa de resolución de ese contrato en específico y no de los demás, razón por la cual hayan de delimitarse las consecuencias que la referida resolución tiene sobre el resto de contratos conexos.

(150) Un tema tan debatido ha dado lugar a posiciones contrapuestas: se han pronunciado a favor de la posibilidad de oponer la excepción en caso de contratos conexos tanto la Corte di Cassazione italiana (sentencias de 21 de junio de 1955, 21 de mayo de 1957, 13 de febrero de 1958, 15 de marzo de 1969, 12 de enero de 1971, 19 de abril de 1979, todas ellas referidas por LÓPEZ FRÍAS, A., *op. cit.*, pág. 303), como una parte de la doctrina (CIRILLO, G. P., *op. cit.*, págs. 380-381; GIORGIANI, M., *op. cit.*, pág. 350); otro sector encabezado por DI SABATO, F. (*op. cit.*, pág. 438) se pronuncia en contra. Una opinión intermedia a las dos anteriores es sostenida por SCHIZZEROTTO, G., *op. cit.*, pág. 204.

(151) TEYSSIE, B., *op. cit.*, págs. 161 y 162.

(152) TEYSSIE, B., *op. cit.*, parágrafo 277. Puede ser el ejemplo de un subcontrato para la fabricación de unas piezas destinadas al ensamblaje de un producto ilícito (armas no autorizadas).

siendo válidos, si se puede alcanzar a su través la finalidad perseguida por las partes (153), de tal manera que quien pretenda sostener la validez de los que no son nulos deberá probar ser esa la voluntad de las partes, con base en el principio del *favor negotii*.

D) Teoría de la imprevisión. Si después de celebrar un contrato enlazado con otro u otros surgen circunstancias imprevistas y extraordinarias que tornan excesivamente oneroso y gravemente perjudicial el cumplimiento de alguno de ellos, se cuestiona si dicha alteración afectará también al resto de los contratos y permitirá su revisión o disolución (154). También aquí habrá que estar, a nuestro juicio, al estudio del caso concreto: Si el contrato afectado por la alteración no constituye una parte esencial del resto, los demás seguirán siendo válidos, de poderse alcanzar a su través la finalidad perseguida por las partes. Sin embargo, entendemos que la dificultad estriba, más que en admitir la extensión de la revisión de un contrato a los demás con él vinculados, en permitir la revisión del contrato que habría de irradiar sus efectos al resto, dado el carácter restrictivo y excepcional con el que se admite la teoría de la imprevisión y el exhaustivo rigor de unos requisitos (155) que, como regla general, no suelen cumplirse en el caso de que uno de los contratos conexos resulte ineficaz.

VI. CONCLUSIONES

En virtud del fenómeno de la conexión contractual, los particulares celebran de manera simultánea o sucesiva diversos contratos que guardan entre sí un vínculo de dependencia, lo que lleva a reconocerles una especificidad frente a los contratos típicos considerados de forma autónoma y aislada. A

(153) Así lo ha reconocido la Corte di Cassazione italiana en sentencias de 18 de febrero de 1972, núm. 24 (*Apéndice de Jurisprudencia*, en SCHIZZEROTTO, G., *op. cit.*, pág. 367) y 18 de marzo de 1975, núm. 1042 (*Repertorio del Foro Italiano*). Criterio también defendido en la doctrina por CASTIGLIA, G., *op. cit.*, pág. 413 y sigs.

(154) Incluso en sede de resolución de un contrato conexo se admite la resolución del resto de los contratos, no por resolución, sino más bien por imposibilidad sobrevenida de cumplirlos. Al respecto, DI SABATO, F., *op. cit.*, pág. 438.

(155) Entre el elenco de requisitos exhaustivos podemos señalar: contratos conmutativos de ejecución diferida; que las dificultades no provengan del objeto del mismo contrato; que el riesgo no sea inherente a cualquiera de los contratos; ha de tratarse de una situación de dificultad en el cumplimiento, no de imposibilidad; la dificultad ha de ser sobrevenida; ha de tratarse de un evento extraordinario e imprevisible en los contratos conexos; ha de producirse una excesiva onerosidad para cumplir la prestación de cualquiera de las partes; no puede derivarse de la culpa del deudor de la prestación; ni tampoco procede cuando la ejecución del contrato fue diferida por dolo o culpa del perjudicado. En este sentido, RODNER S., J. O., *op. cit.*, pág. 112; CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid. 1989, pág. 23 y sigs.

pesar de que no se halla regulado expresamente en la mayoría de las legislaciones, lo cierto es que, tanto la jurisprudencia, como la doctrina han venido a reconocerlo, fruto de las nuevas situaciones jurídicas surgidas en la actualidad, siempre que medie para ello una pluralidad de contratos, un nexo funcional que los vincule y unas consecuencias jurídicas comunes.

La consecución de un determinado resultado económico lleva a las partes a celebrar dos o más contratos diferentes que presentan entre sí un nexo jurídico, de tal forma que las vicisitudes que afectan a uno de ellos (vigencia, cumplimiento, incumplimiento, interpretación) repercuten en el otro y viceversa. Su fundamento radica en el principio de la autonomía de la voluntad y, aun cuando el carácter aislado además del principio de la relatividad del contrato han supuesto sus mayores obstáculos, consideramos que tales argumentos disuasorios son superables si partimos de una lectura del contrato que, sin prescindir de sus lineamientos tradicionales ya consagrados, nos permita concebirlo como una institución adaptada a los tiempos e impuesta por una nueva realidad socioeconómica y jurídica.

Son cuestiones de interés que se han de resolver al estudiar la materia el determinar cuándo media un enlace o nexo entre dos contratos; en qué medida puede afectar un contrato autónomo e independiente a las obligaciones asumidas por las partes en otro contrato determinado; comprobar si existe una realidad común a ellos que permita su tratamiento conjunto; así como precisar si los que no han celebrado un contrato determinado —terceros— pueden exigir su cumplimiento o reclamar la indemnización del daño sufrido como consecuencia de su incumplimiento.

El tópico de los contratos conexos se concentra fundamentalmente en el establecimiento de sus consecuencias jurídicas, dentro de las cuales, podemos destacar el posible ejercicio de la acción directa, la compensación de deudas, lo atinente a su interpretación, algunos efectos de orden procesal (revisión en casación, cosa juzgada, litispendencia, extensión de la cláusula de arbitraje), así como también lo relativo a la ineficacia que padece un contrato y su potencial repercusión sobre el que se halla con él vinculado en casos tales como el desistimiento, resolución, nulidad, o concurrencia sobrevenida de circunstancias extraordinarias que tornen las prestaciones excesivamente onerosas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, G. y BESSONE, M., *I contratti in generale. Aggiornamento (1991-1998)*. Torino, 1999.
- ARNAU MOYA, F., «El contrato de *leasing* en el Derecho español», en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 59, UCAB, Caracas, 2004, pág. 306 y sigs.

- ASCARELLI, T., «Contratto misto, negozio indiretto», en *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952.
- BACACHE-GIBELLI, M., *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. Librairie General de Droit et Jurisprudence, vol. 268, París, 1996.
- BARGUETTI, J. S., *La responsabilité des faits des produits*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Bibliothèque de Droit Privé, núm. 428, París, 2004.
- BENATTI, F., *Il contratto autonomo di garanzia*, Banca, borsa e titoli di credito, 1982, I, pág. 171 y sigs.
- BERLIOZ-HOUIN, B., «Le Droit des contrats face à l'évolution économique», en *Etudes offertes à Roger Houin*, París, 1985, pág. 3.
- BERNAD MAINAR, R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo II. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2006.
- CANO MATA, A., «La interpretación de los contratos civiles», en *Anuario de Derecho Civil*, 1971, pág. 196.
- CAPUTO NASSETTI, F., *I contratti derivati di credito*, Milán, 1998.
- CARLIOTA-FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s/f.
- CARRERAS DEL RINCÓN, J., *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, 1990.
- CASTIGLIA, G., «Negozii collegati in funzione di scambio (su alcuni problemi del collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio)», en *Revista di Diritto Civile*, 1979, II, págs. 297-439.
- CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989.
— *Estudios de Obligaciones*, Mira, Zaragoza, 1985.
- CHULIÁ VICENT, E.; BELTRÁN ALANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Tomos I y III, Bosch, Barcelona, 1999.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1981.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
— «El negocio fiduciario: Estudio crítico de la teoría del doble efecto», en *Revista de Derecho Notarial*, núms. 53-54, 1966.
- DE LA OLIVA, A.; FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Barcelona, 1988.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D., *El negocio jurídico per relationem en el Código Civil*, Madrid, 1982.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 4.ª ed., Madrid, 1993.
- DI NANNI, C., «I negozi collegati nella recente giurisprudenza (note critiche)», en *Diritto e giurisprudenza*, 1976, pág. 131.
— «Collegamento negoziale e funzione complessa», en *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale di obbligazioni*, 1977, págs. 279-343.
- DI SABATO, F., «Unità e pluralità di negozi (contributo alla doctrina del collegamento negoziale)», en *Rivista di diritto civile*, 1959, I, págs. 412-438.
- DUCLOS, J., *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, París, 1984.
- FARIAT, G., *L'ordre public économique*, París, 1963.
- FERRANDO, G., «Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti», en *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1991.

- *I contratti collegati. Struttura e Funzione*, Génova, 1986.
- «I contratti collegati», en *I contratti generali-aggiornamento (1991-1998)*, ALPA, G. y BESSONE, M., Torino, 1999.
- FERRI, G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- FONTAINE, M., DELY, P., *Droit des contrats internationaux*, 2.^a ed., Bruselas, 2003.
- FOUCHARD, P.; GAILLARD, E., GOLDMAN, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, 1996.
- GABET-SABATIER, C., *La connexité dans le droit des obligations*. Tesis doctoral. París, I, 1977.
- GIORGIANI, M., «Negozi giuridici collegati», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*. 1937, págs. 275-352.
- HERRERA-SUÁREZ, C., «Los contratos vinculados (*tying agreements*) en el derecho de competencia», en *La Ley*, Madrid, 2006.
- JORDANO BAREA, J. B., «Contratos mixtos y unión de contratos (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de febrero de 1950)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1951, págs. 321-329.
- «Los contratos atípicos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo 195, 1953, págs. 51-95.
- JOURDAIN, P., «Jurisprudence en matière de droit civil. Responsabilité civile», en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, pág. 752.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, 2.º, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1987.
- LARROUMET, Ch., «L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité dans les ensembles contractuels», en *Jurisclasseur périodique. La semaine juridique*, 1988, I, 3, 357.
- LÓPEZ VILAS, R., «Concepto y naturaleza jurídica del subcontrato», en *Revista de Derecho Privado*, 1964, págs. 615-645.
- *El subcontrato*, Madrid, 1973.
- LOQUIN, E., «Cronique des tribunaux de commerce et arbitrage», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Economique*, Dalloz, París, 2007, págs. 677 y sigs.
- MACIOCE, F., «Un interessante caso di collegamento negoziale», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1979, pág. 1587.
- MADURO LUYANDO, E., *Curso de Obligaciones. Derecho Civil, III*. Tomo II, Publicaciones UCAB, Caracas, 2001.
- MAZEAUD, D., «La indivisibilidad del contrato», comentario sobre la jurisprudencia de la Casación Civil francesa. *Revue des contrats*, julio de 2006, pág. 700 y sigs.
- MELICH ORSINI, J., *Doctrina general del contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006.
- MESSINEO, F., Voz: «Contratto collegato», en *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano, 1962, págs. 48-55.
- *Doctrina general del contrato*, Tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1952.
- *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952.
- ORLANDO CASCIO, S. y ARGIROFFI, C., Voz: «Contratti misti e contratti collegati», en *Enciclopedia Treccani*, vol. IX, Roma, 1988, págs. 1 y 4.
- PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989.

- RICCIARDI, G. U., «Comentario sobre jurisprudencia del Tribunal de Milán de 2005», en *Banca, borsa e titoli di credito*, parágrafo 1, vol. LX, 2007.
- RODNER S., J-O., *Los contratos enlazados. El subcontrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 77, Caracas, 2008.
- RODRÍGUEZ MORATA, F. A., *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Madrid, 1992.
- SATYAJIT DAS, *Credit derivatives CDOs and structured credit products*, 3.^a ed., Singapur, 2005.
- SAVATIER, R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, París, 1964.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., Tomo XVI, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1981.
- SCHIZZEROTTO, G., *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983.
- SCOGNAMIGLIO, R., *Collegamento negoziale*, Milán, 1962.
- SHIM, J. K.; CONSTAS, M., *Enciclopedia dictionary of internacional finance and banking*, Boca Ratón, 2001.
- TEYSSIE, B., *Les groupes de contrats*, París, 1975.
- TRAIN, F. X., *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce internationale*. Librairie Général de Droit et de Jurisprudence. Bibliothèque de Droit Privé, Tomo 396, París, 2003.
- VINEY, G., «L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats», en *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, París, 1990, págs. 399-424.

RESUMEN

CONTRATACIÓN. CONTRATOS CONEXOS NEXO FUNCIONAL

En virtud del fenómeno de la conexión contractual, los particulares celebran de manera simultánea o sucesiva diversos contratos que guardan entre sí un vínculo de dependencia, a los fines de alcanzar un determinado resultado económico, de tal forma que las vicisitudes que afectan a uno de ellos (vigencia, cumplimiento, incumplimiento, interpretación) repercuten en el otro y viceversa. Su fundamento radica en el principio de la autonomía de la voluntad y, aun cuando el carácter aislado y el principio de la relatividad del contrato han supuesto sus mayores obstáculos, una nueva lectura del contrato, sin prescindir de sus reglas tradicionales ya consagradas, nos

ABSTRACT

HIRING. CONNECTED CONTRACTS FUNCTIONAL NEXUS

By virtue of the phenomenon of the contractual connection, the individuals celebrate of simultaneous way or successive diverse contracts that to each other keep a bond from dependency, to the aims to reach a certain economic result, of such form which the vicissitudes that affect to one of them (use, fulfillment, breach interpretation) repels vice versa in the other and. Its foundation is in the principle of the autonomy of the will and, even though the isolated character and the principle of the relativity of the contract have supposed their greater obstacles, a new reading of the contract, without doing without their traditional rules already consecrated, it allows us to conceive it like an institution adapted to

permite concebirlo como una institución adaptada a los tiempos e impuesta por una nueva realidad socioeconómica y jurídica. *the times and imposed by a new socioeconomic and legal reality.*

(Trabajo recibido el 13-5-09 y aceptado para su publicación el 30-6-2010)

Aspectos nuevos y problemas antiguos de la adquisición de la vecindad civil y de su prueba

MARÍA TERESA HUALDE MANSO
Profesor Titular Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CARACTERES DE LA REGULACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL:
 1. LA CONCURRENCIA DE RÉGIMENES.
 2. LA VECINDAD DE LOS PADRES COMO CRITERIO PRIORITARIO DE ATRIBUCIÓN.
 3. LA INTRASCENDENCIA DE LOS CAMBIOS DE VECINDAD DE LOS PADRES EN LA VECINDAD DE LOS HIJOS BAJO SU PATRIA POTESTAD.
 4. LA INTRASCENDENCIA DE LAS VICISITUDES DE LA PATRIA POTESTAD EN LA VECINDAD DE LOS HIJOS.
 5. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL RÉGIMEN DE LA VECINDAD CIVIL.
 6. LA MUTABILIDAD DE LA VECINDAD POR RESIDENCIA CONTINUADA.
- III. LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA AL HIJO DE LA VECINDAD DE UNO DE LOS PADRES:
 1. LOS TITULARES DE LA FACULTAD DE ATRIBUCIÓN.
 2. ATRIBUCIÓN INDEPENDIENTE PARA CADA UNO DE LOS HIJOS.
 3. EL PLAZO PARA LA ADJUDICACIÓN DE LA VECINDAD AL HIJO.
 4. LA VECINDAD DEL HIJO EN TANTO NO TRANSCURRA EL PLAZO DE SEIS MESES.
 5. QUÉ VECINDAD ADJUDICAR.
 6. MODO DE REALIZAR LA DECLARACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS.
 7. LA DURACIÓN DE LA VECINDAD ATRIBUIDA POR LOS PADRES.
- IV. EL CAMBIO DE VECINDAD DEL MENOR A TRAVÉS DE LA OPCIÓN DEL ARTÍCULO 14.3.IV:
 1. ANTECEDENTES Y FINALIDAD DEL ARTÍCULO 14.3.IV DEL CÓDIGO CIVIL.
 2. EL SUJETO LEGITIMADO PARA LA OPCIÓN.
 3. PLAZO.

4. QUÉ VECINDAD SE PUEDE ADQUIRIR. CUÁNTAS VECES.
5. MODO DE REALIZAR LA OPCIÓN.

V. RESIDENCIA CONTINUADA DEL MENOR EN TERRITORIO CON DERECHO CIVIL PROPIO:

1. EL SISTEMA DE CAMBIO DE VECINDAD POR RESIDENCIA CONTINUADA.
2. RESIDENCIA, VECINDAD CIVIL Y VOLUNTAD DE CAMBIO.
3. EL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS DE RESIDENCIA:
 - A) *Trayectoria legislativa.*
 - B) *Interpretación jurisprudencial.*
 - C) *La doctrina ante el 225 RRC en relación al régimen actual de vecindad:*
 - a) *La implícita derogación de artículo 225.2 RRR.*
 - b) *La no contradicción entre el artículo 225.2 RRC y el artículo 14.5.1.2.º del Código Civil.*
 - D) *Mi opinión:*
 - a) *Residencia, minoría de edad y cambio de vecindad.*
 - b) *Minoría de edad y (relativa) capacidad de obrar en materia de vecindad. La residencia bianual del menor.*
 - c) *El automatismo del cambio de vecindad por residencia decenal sólo opera para los mayores de edad.*
 - d) *Recapitulación.*

VI. ADOPCIÓN Y VECINDAD CIVIL DEL ADOPTADO:

1. LA ADOPCIÓN COMO FACTOR DE MODIFICACIÓN O DE ADQUISICIÓN DE LA VECINDAD.
2. EL RÉGIMEN ATRIBUTIVO DE LA VECINDAD DE LOS MENORES ADOPTADOS:
 - A) *Adopción de españoles.*
 - B) *Adopción de extranjeros.*
3. ADOPCIÓN, LUGAR DE NACIMIENTO DEL ADOPTADO Y VECINDAD CIVIL:
 - A) *Los cambios legales sobre la consignación registral del lugar de nacimiento de los adoptados.*
 - B) *Incidencia de la nueva regulación registral en la vecindad de los adoptados.*

VII. AUSENCIA DE UN SISTEMA DE PUBLICIDAD FORMAL OBLIGATORIA:

1. LA PRUEBA DE LA VECINDAD MEDIANTE PRESUNCIONES.
2. LA VECINDAD CIVIL: ¿ESTADO CIVIL PROBABLE O SEGURO?

I. INTRODUCCIÓN

La regulación actual de la vecindad civil en el Código Civil deriva de la redacción que a los artículos 14 y 15 dieron las Leyes 11/1990, de 15 de octubre y 18/1990 de 17 de diciembre que reformaron el régimen sobre la determinación de la vecindad civil.

El régimen vigente obedece, como es bien sabido, a dos preocupaciones fundamentales: por un lado la de establecer un tratamiento igualitario para los dos sexos haciendo desaparecer la anterior pérdida de vecindad para la mujer que contraía matrimonio con persona de vecindad diferente; y por otro lado, equiparar las vecindades civiles con respecto al extranjero que adquiere la nacionalidad española, borrando la prevalencia o preponderancia que antes se concedía en este punto a la vecindad común.

La primera de las preocupaciones sólo debía plasmar sus efectos en un campo de actuación limitado. La igualdad de sexos, denominación bajo la que la Ley 11/1990 introdujo las modificaciones al artículo 14 del Código Civil, en realidad sólo podía actuar como principio que debía modificar la cuestión de la incidencia del matrimonio en la vecindad, pues la contracción del matrimonio antes de la reforma alteraba la condición civil de la mujer y nunca a la inversa sin que el sexo fuera el factor de otro tratamiento discriminatorio. El legislador, en este orden de cosas sólo debía hacer que en aras de preservar la citada igualdad, el matrimonio no alterara la vecindad. Pero la aplicación de ese principio imprimió un nuevo sesgo a la completa normativa de la adquisición de la vecindad, pues la consecuencia que se produjo es la de venirse abajo uno de los pilares en que se basaba la anterior regulación y que no era otro que el de la unidad familiar en tema de vecindad, o lo que es lo mismo la base inspiradora consistente en que todos los miembros de una misma familia tuvieran una misma vecindad.

La segunda de las preocupaciones fue abordada y despejada por la Ley 18/1990, concediendo al extranjero que adquiere la nacionalidad española la opción entre un abanico de vecindades, finalizando así con la anterior atribución de la vecindad común.

La nueva regulación precisó, lógicamente, una nueva determinación de la vecindad de los hijos. Si tal como hemos visto quedó quebrado, por efecto del tratamiento igualitario de los cónyuges, el principio de unidad familiar en virtud del cual los miembros de una misma familia no podían ostentar vecindades diferentes, tal quiebra suponía que la vecindad de los menores quedaba abierta a una determinación variable cuando los padres la ostentan diferente. El legislador optó entonces por una serie de criterios de adjudicación dando prioridad a la adjudicación voluntaria de vecindad por parte de los padres y, en su defecto, a una serie de criterios legales. Sin embargo la unidad familiar —aunque en una versión limitada— seguía pesando en la mente del legislador y ello le llevó a articular un sistema de cambio de vecindad para el menor en determinadas circunstancias posibilitando la asimilación a la vecindad de uno de los progenitores, vecindad que no le había sido atribuida *ab initio* bien por criterios legales, bien porque los padres en su derecho de adjudicación le habían atribuido la de una de ellos. Paradójicamente la unidad familiar con ese mismo mecanismo de cambio podía quebrarla el mismo menor al permi-

tírsele optar precisamente por la vecindad correspondiente a su lugar de nacimiento que no tenía porque coincidir con la de ninguno de sus progenitores.

No acaban ahí las consecuencias de la ruptura de la regla *una familia, una vecindad*. En lógica coherencia con los nuevos parámetros, el legislador se vio precisado de aseverar que el cambio de vecindad de los padres no podía afectar a la vecindad inicial que el hijo tuviera atribuida. Los padres sólo tienen dos vías de cambio de su propia vecindad: o a través de la opción de uno de los cónyuges por la vecindad del otro, o a través de la residencia continuada en territorio diverso al de su vecindad. En este último caso se plantea —se sigue planteando— el valor que la residencia del menor en territorio diferente tiene a efectos del cambio de su propia vecindad, ahora a la luz de la nueva regla de no afectación de la vecindad para los hijos sometidos a patria potestad.

Junto a los nuevos criterios de atribución de la vecindad de los nacidos, el régimen actual se caracteriza por dar entrada a la libertad del propio menor para que pueda alterar su inicial vecindad. Frente a los regímenes anteriores en que el menor de edad carecía de capacidad alguna para alterar su estado civil en orden a la vecindad, el régimen actual por el contrario le concede un protagonismo evidente. Si antes la vecindad del menor era una vecindad siempre predeterminada por la de los padres, aquél seguía la de éstos y sólo al salir de la patria potestad podía optar por una diferente, hoy desde los catorce años la persona puede, en las condiciones previstas para ello, cambiar su propia vecindad al margen desde luego de la que ostenten los padres.

Tras varios años de vigencia, el actual artículo 14 del Código Civil puede ser analizado con cierta perspectiva. Además con posterioridad y por efecto de diversos cambios normativos en materia registral se han abierto nuevas y trascendentales cuestiones en orden a la vecindad civil de los adoptados.

El objeto de este trabajo es el de traer de nuevo a colación temas clásicos sobre la vecindad de los menores (así el cambio de vecindad por residencia) o temas nuevos (como la vecindad civil de los adoptados). Junto a ellos se analizan las vías legales de atribución originaria de la vecindad con el fin de obtener una panorámica completa de la institución.

Pero la cuestión básica de la vecindad en el sistema jurídico español es el de su propia demostración. Aunque pueda resultar chocante en un tema de estado civil, la problemática que suscita la vecindad civil es la que se deriva en ocasiones de la ignorancia que el sujeto tiene sobre el Derecho privado al que está sujeto y que rige no sólo su capacidad sino también su régimen matrimonial y su sucesión, o en otras ocasiones de las dificultades para acreditar su condición.

II. CARACTERES DE LA REGULACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL

1. LA CONCURRENCIA DE RÉGIMENES

La determinación actual de la vecindad civil no resulta ser una tarea que se solucione a través de la simple aplicación del régimen vigente sobre la materia en el Código Civil, pues las reglas de determinación de la vecindad contenidas en el actual artículo 14 del Código Civil sirven exclusivamente para atribuir una determinada vecindad a los nacidos tras la entrada en vigor de la Ley 11/1990, que dio nueva redacción a ese precepto.

La vecindad de los nacidos antes de esa fecha vendrá dada por el régimen atributivo vigente a la fecha de su nacimiento, pero la sucesión de regímenes que ha experimentado esta cuestión —basados en una diferente inspiración y en una mayor o menor posibilidad de alteración de vecindad— hace que una misma persona pueda quedar sujeta a un régimen atributivo inicial y posteriormente a un régimen de alteración de esa vecindad diferente al que regía en las normas iniciales de determinación.

Y es que cada vez que el legislador ha modificado el régimen de vecindad no se ha limitado a establecer los criterios de atribución de la vecindad sino que ha procedido a alterar también el régimen de cambio de la misma, bien a través de la residencia continuada en territorio diferente, bien a través de causas voluntarios concediendo en circunstancias concretas una opción a favor de una vecindad diferente a la que se ostenta. Y mientras el régimen de atribución por nacimiento queda fijado por medio de la fecha de nacimiento, el modificativo rige para todo español con independencia de su fecha de nacimiento o, lo que es lo mismo, se aplica tanto a quienes adquirieron por nacimiento una vecindad concreta como a los que lo hicieron al amparo de un régimen posterior.

Se provoca así la irrupción de una coexistencia de regímenes, pudiendo concurrir en un mismo sujeto dos regímenes diversos: el vigente al momento de su nacimiento y el vigente en el momento en el que desea realizar una alteración de su vecindad. Así por ejemplo, el nacido en 1975 tendrá la vecindad de su padre, idéntica a la de su madre (que la habría adquirido por matrimonio en caso de que fuera diferente a la del marido). La determinación de su vecindad vendrá dada por el artículo 14 del Código Civil en la redacción dada en 1974. Sin embargo, si esa persona contrae matrimonio en 2007 podrá acogerse al régimen de cambio de vecindad por matrimonio que se introdujo en la ley del 90. Ese mismo sujeto podría desde los catorce años haber ejercido el derecho a cambiar su vecindad por la vía de la opción reconocida a partir del año 1990, adquiriendo la del lugar de su nacimiento.

De ahí que la primera pregunta que ha de hacerse en la averiguación de la vecindad de cualquier persona es la de la fecha de su nacimiento, pues sólo a partir del conocimiento del régimen atributivo originario podrá conocerse

su vecindad inicial. Ello no contribuirá más que a recabar la primera pista, pues será luego preciso conocer el eventual ejercicio de las posibilidades de alteración que le permite el régimen posterior y a cuyo amparo y regulación habrá debido someterse (1).

2. LA VECINDAD DE LOS PADRES COMO CRITERIO PRIORITARIO DE ATRIBUCIÓN

La regulación actual del Código Civil arranca de la idea de que el sujeto ha de tener la misma vecindad que la que ostentan sus progenitores y ello con independencia del lugar en que el nacimiento se produzca, ya sea en territorio español como en el extranjero. El mismo criterio se aplica también a los hijos por adopción. Además, la regla se extiende a aquellos supuestos en los que sólo uno de los padres sea español y consecuentemente sólo él tenga vecindad civil, teniendo en tal caso los hijos la vecindad civil de éste.

La atribución al sujeto de la vecindad de los padres ha estado siempre presente en las regulaciones precedentes sobre la materia, pero lo que caracteriza a la normativa actual es el ámbito de su aplicación y el mantenimiento cronológico de tal principio. Dado que en los regímenes anteriores la vecindad del esposo se comunicaba a la esposa y consecuentemente a los hijos de ambos, la aplicación del *ius sanguinis* se producía siempre de manera directa, quedando el criterio del lugar de nacimiento para casos residuales (2). En la actualidad la vecindad por filiación se materializa y despliega sus efectos de una forma parcial —en la medida en que el matrimonio no altera la vecindad y los padres no han de tener necesariamente la misma vecindad (art. 144 CC)— y tiene aplicación absoluta y directa sólo en los casos en que los padres tengan una misma vecindad. Cuando la ostentan diversa, su aplicación es parcial o por referencia a la de uno de ellos.

En los frecuentes casos en que la vecindad de los padres no sea coincidente, la atribución al hijo de la vecindad que por la sangre de los progenitores corresponda, no puede sino fundamentarse en una decisión personal de los propios padres. El ordenamiento opta entonces —en congruencia con el margen de libertad reconocido a los padres y con el principio de igualdad— por que sean los padres quienes atribuyan al hijo una de las dos vecindades. El *ius sanguinis* sigue siendo aquí también el criterio fundamental de atribución, criterio lógicamente parcial a favor de una de las dos vecindades y que

(1) Sobre el particular muy ampliamente LAMARCA I MARQUÉS, A., «Veïnatge civil. Determinació del règim econòmic matrimonial i llei aplicable a la successió. Check-list i criteris d'actuació professional» (I), en *RJC*, 2006, núm. 4, pág. 19 y sigs.

(2) En el régimen de la vecindad instaurado a partir de 1974, la vecindad del lugar de nacimiento únicamente se atribuía cuando era desconocida la filiación o en caso de duda de la vecindad de los padres (art. 14.5 CC anterior).

se sigue presentado como prioritario en cuanto no abre la puerta al *ius soli*; es decir, no se altera el principio de *ius sanguinis* cuando este *ius* es diverso para dar entrada directa al criterio territorial.

Por otro lado, en los casos en que al nacer el hijo sólo estuviera determinada una de las dos filiaciones, el Código atribuye —siguiendo el mismo criterio— la vecindad del progenitor primeramente determinado. Antes de dar entrada a otro punto de conexión, el Código sigue manteniendo como criterio prioritario del *ius sanguinis* ahora sobre la base de aplicar la regla *prior tempore*. La atribución de la vecindad del progenitor primeramente determinado tendrá así lugar en los supuestos de filiación extramatrimonial en que maternidad y paternidad se determinen en momentos cronológicos sucesivos.

La entrada en escena del punto de conexión «lugar de nacimiento» para la adjudicación primigenia de una vecindad se presenta de forma subsidiaria ya que sólo servirá cuando resulte imposible a través del factor «vecindad de los padres» o «vecindad de uno de los padres», es decir, a través de la filiación. El lugar de nacimiento será criterio de atribución en el supuesto más general en la práctica que se dará cuando los padres de vecindades diferentes no hayan ejercitado la facultad de adjudicación al hijo de una de ellas. También en los supuestos más excepcionales en los que no haya sido determinada la filiación respecto de ninguno de los padres. A este respecto establece el artículo 16.1 LRC que si se desconoce el lugar de nacimiento del niño abandonado, se inscribirá en el lugar en que se encuentre el niño.

El lugar de nacimiento es el que figura en la inscripción de nacimiento de la persona. Cuando se aprobó la Ley 11/1990, ese lugar debía ser necesariamente aquel en el que el alumbramiento se produce, pero a partir de la Ley 4/1991, de 10 de enero, se adicionó un nuevo número al artículo 16 LRC, en virtud del cual los padres pueden solicitar que el nacimiento se inscriba en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio de estos siempre que tal solicitud se presente dentro del plazo para practicar la inscripción, considerándose entonces, a todos los efectos legales, que el lugar del nacimiento del inscrito es el municipio en el que se haya practicado el asiento. Por esta vía indirecta los padres, que tengan vecindad diferente, pueden de común acuerdo atribuir una vecindad diversa: la del lugar en el que tienen fijado su domicilio (y que podrá coincidir o no con una de sus vecindades y ser diferente a la del lugar real de nacimiento del hijo). Asimismo si sólo una de las filiaciones estuviera determinada, el progenitor conocido ostenta la misma facultad. Tal posibilidad sin embargo está muy limitada en cuanto al plazo de su ejercicio, ya que sólo puede llevarse a la práctica cuando la inscripción del nacido se practica dentro de plazo y no en otro caso (art. 16.2 LRC).

Finalmente, la atribución de la vecindad civil común se erige como punto de conexión o factor de cierre, es decir, cuando no sea posible la determinación de la vecindad que por sangre corresponde o por lugar de nacimiento.

Así, para los hijos de españoles nacidos en el extranjero cuyos padres no hayan efectuado la atribución de cualquiera de sus vecindades y al no ser posible atribuir la del lugar de nacimiento, el artículo 14.3 *in fine* como criterio de cierre adjudica al sujeto la vecindad común (3).

3. LA INTRASCENDENCIA DE LOS CAMBIOS DE VECINDAD DE LOS PADRES EN LA VECINDAD DE LOS HIJOS BAJO SU PATRIA POTESTAD

Si el matrimonio no altera la vecindad de los cónyuges y los hijos pueden tener vecindad diferente a la de sus padres, es corolario lógico que las modificaciones posteriores de la vecindad de los padres no tengan por qué suponer cambio automático alguno en ese aspecto del *status* de los hijos. Así, la regla de que *el cambio de vecindad de los padres no afectará a la vecindad civil de los hijos* (art. 14.3.III) supone que la alteración de la vecindad de los padres, por sí sola, no habilita para una nueva atribución paterna de vecindad a los hijos ni para modificar la que tuvieran atribuida o determinada de origen. Dicha regla despliega sus efectos durante todo el *iter* de la vida del menor y constituye uno de los pilares básicos del actual régimen de adquisición y modificación de la vecindad civil.

Desechado el principio inspirador de unidad necesaria de vecindades en la familia en su origen, principio que presidía la regulación anterior con todo lo que ello suponía de cambio de vecindad para la mujer que contraía matrimonio y de consiguiente atribución de la idéntica vecindad a los hijos, no había razón alguna para introducir dicho principio con posterioridad tras un cambio de la vecindad de los padres. El anterior arrastre que un cambio de vecindad de los padres suponía para los hijos no es un efecto que se produzca en la actualidad por ministerio de la ley, pero puede conseguirse a través de la propia voluntad del sujeto.

Sin duda, el cónyuge que en un momento determinado opta por la vecindad de su cónyuge, facultad que puede ejercitar en cualquier momento en tanto no esté separado legalmente o de hecho (art. 14.4 CC) unificará la vecindad de ambos cónyuges, pero esa es toda la unificación que se producirá en el ámbito familiar. A partir de ese momento, a los hijos que tuvieran les será atribuida la misma vecindad de los padres, pero los hijos que hubieran tenido antes de esa opción igualatoria no verán modificado su estado de vecindad originario (4).

(3) La STC 226/1993, de 8 de julio, desestimó el recurso de inconstitucionalidad frente al artículo 14.3 *in fine* al considerar que la atribución subsidiaria de la vecindad común es acorde con la Constitución.

(4) De ahí que los artículos 236 y 237 RRC, que regulan la constancia registral de los cambios de vecindad de los sujetos y la de los afectados por dicha modificación, no

De igual modo, si los padres modifican su vecindad por residencia habitual continuada en territorio distinto al de su vecindad —ya sea voluntariamente tras la residencia por dos años o automáticamente por la de diez— tal cambio no acarrea efecto modificativo en la de los hijos. Cuestión distinta es la posibilidad de los hijos para alterar su vecindad civil por residencia continuada, cuestión a la que nos referiremos más adelante (5). De lo que no hay duda es que no hay nexo causal alguno que se contemple legalmente y que sirva de justificación para la automática alteración originaria de la vecindad de los menores de edad cuando sus padres la alteran.

4. LA INTRASCENDENCIA DE LAS VICISITUDES DE LA PATRIA POTESTAD EN LA VECINDAD DE LOS HIJOS

La Ley 11/1990 introdujo en el artículo 14 del Código Civil la regla de que *la privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad no afectarán a la vecindad de los hijos* (art. 14.3.III).

Las alteraciones en la relación de patria potestad no provocan la pérdida de la vecindad de los hijos ni la hacen mutar de manera alguna. Los criterios legales de atribución no se alteran por tales circunstancias —la privación o la suspensión— las cuales quedan al margen del *status* del hijo, ni tales hechos suponen la apertura a una nueva adjudicación modificativa de vecindad.

Por otro lado, la regla tiene una virtualidad de gran eficacia, como es la de determinar que esas circunstancias afectantes a la patria potestad no alteran el contenido de la adjudicación paterna (art. 14.3.II) o de cambio de vecindad del propio menor (art. 14.3.IV), ya que ésta se construye prioritariamente sobre la filiación y no sobre la patria potestad. Ahora bien, en todos los supuestos en que la patria potestad sea ejercida únicamente por uno solo de los progenitores (arts. 92.4, 156.III y IV CC) el menor de edad deberá ser asistido —si desea optar por una de las vecindades del art. 14.3.IV del CC y cumpliendo los requisitos de dicha norma— exclusivamente por el progenitor que ejerce la patria potestad. Puede decirse por tanto que aunque ni la privación ni la suspensión en el ejercicio de la patria potestad condicionan el contenido de la opción pudiendo el hijo optar por la vecindad del progenitor que no ejerce la patria potestad, sí condiciona el ejercicio de la misma que sólo podrá llevarse a cabo si asiente al cambio el progenitor titular o ejerciente.

tienen sentido bajo el régimen de la Ley 11/1990, que no toma en consideración la dependencia familiar como elemento de modificación de la vecindad. LUCES GL, «El nuevo régimen español de la nacionalidad y la vecindad civil (Leyes de 15 de octubre y 17 de diciembre de 1990)», en AC, 1991, núm. 9, pág. 136.

(5) Vid. *infra* V.

5. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL RÉGIMEN DE LA VECINDAD CIVIL

Frente a un sistema de adquisición originaria predeterminada por la ley que operaba *ope legis* ante el nacimiento de la persona dejando fuera toda posibilidad de elección y en el que la vecindad paterna marcaba la del grupo familiar, el sistema de la reforma de 1990 acogió un sistema fundamentalmente voluntarista que posibilita a los padres con vecindades diversas que sean ellos quienes determinen la vecindad civil del hijo mediante declaración oportuna y adjudicando al hijo la vecindad de cualquiera de ellos. Este modo de determinación tiene carácter prioritario y los restantes criterios legales son sólo en este sentido subsidiarios de la voluntad paterna. La nueva reglamentación es congruente sin duda con la ruptura del principio de unidad familiar en la vecindad de sus miembros y es precisamente el acogimiento del principio contrario el que hace que pueda entrar en escena la voluntad de atribución de los padres.

Junto al relevante papel de la voluntad de los padres con vecindades distintas para adjudicar al hijo una de las dos vecindades, el Código abre la puerta a la autonomía de la voluntad en dos aspectos distintos, pero en ambos esa libertad adquiere una distinta función pues se presenta como una libertad del propio sujeto afectado para efectuar un cambio de su vecindad inicial. Mientras que en la libertad concedida a los padres lo es para establecer la condición de un tercero (el hijo), en los aspectos que ahora nos referimos la libertad se concede al mismo sujeto para que sea él quien a través de una alteración cambie su propia vecindad. El primero de estos supuestos es el que se concede al hijo mayor de catorce años, quien podrá optar por la vecindad de su lugar de nacimiento o por la última de cualquiera de los padres (art. 14.3.IV CC). Esta opción supone el reconocimiento de un ámbito de capacidad de obrar que, aunque condicionado en cuanto a su contenido y plazo, viene a permitir al menor adoptar decisiones válidas en el ámbito de su propia esfera jurídico-personal y acerca de su estatuto personal.

Puede decirse por tanto con RAMOS CHAPARRO que en el régimen actual de la vecindad la «familiaridad» del vínculo conyugal no es una ligadura indisoluble, ni un criterio exclusivo y excluyente. Se deja al arbitrio de los interesados esta decisión personalísima sin imponer el criterio básico de la filiación en ningún caso, ni cuando determina automáticamente la vecindad ni cuando se determina alternativamente por atribución paterna, ni cuando simplemente no la determina de hecho porque se aplicó el criterio del *ius soli*, en cuyo caso el hijo podrá «cambiarse» a la conexión personal que no le fue aplicada en el nacimiento (6).

(6) *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, pág. 416.

El segundo aspecto en el que la autonomía de la voluntad adquiere relevancia se manifiesta en la opción de todo sujeto a favor de la vecindad de su cónyuge (art. 14.4 CC). A diferencia de la opción del menor en la que no se requiere una especial circunstancia personal, la opción del cónyuge por la vecindad de su cónyuge es una opción ligada a su *status* de casado. Quien contrae matrimonio con persona de distinta vecindad y sólo por eso puede adquirir la vecindad de su cónyuge, provocando además que los hijos habidos tras la igualación de las vecindades tengan por *ius sanguinis* vecindad idéntica a la de los padres. Quizá en la mente del legislador estuviera latente la idea de que por vía voluntaria se llegara al mismo resultado que antes se conseguía por ministerio de la ley. En cualquier caso, la decisión de un cónyuge de adquirir la vecindad del otro no tiene unos efectos inamovibles para los hijos, quienes podrán, cumplidos los catorce años, romper la unidad que los progenitores quizá perseguían y adquirir la vecindad del lugar de su nacimiento.

6. LA MUTABILIDAD DE LA VECINDAD POR RESIDENCIA CONTINUADA

Tanto antes de la reforma del Código por Ley 11/1990 como tras ella, el régimen de la vecindad civil tiene como una de sus bases inspiradoras la de ligar la misma al territorio con el que la persona mantiene sus vínculos residenciales. Esta idea motriz se manifiesta en el régimen general modificativo a través de una residencia continuada en territorio con vecindad propia.

El régimen actual mantiene esta vía modificativa de la vecindad vinculada a una nueva residencia continuada a través de las dos vías que ya existían en el régimen anterior: la de residencia por dos años con manifestación expresa de adquisición y la de diez años de forma automática y sin necesidad de manifestación de voluntad adquisitiva aunque con posibilidad de evitar el efecto automático con declaración en contra (art. 14.5 CC).

Aunque estas vías de modificación de la vecindad no fueron modificadas en la reforma de 1990, su conjugación con el resto de normas regidoras de la vecindad establecidas a partir de ese año lleva a conclusiones que antes no se podían mantener respecto a las implicaciones que el cambio de vecindad por residencia supone para el menor de edad. Efectivamente, siguiendo la unidad de vecindades en la familia, el cambio de vecindad de los padres por residencia continuada conllevaba en el régimen anterior también el cambio de la de los hijos menores no emancipados. Sin embargo, ahora la regla es exactamente la contraria, ya que el cambio de vecindad de los padres no altera la de los hijos (art. 14.3.III CC), lo que es tanto como decir que cuando los padres por residencia continuada por dos o diez años cambian su vecindad ello no supone alteración para los hijos que seguirán ostentando la inicialmente atribuida.

La modificación automática de la vecindad por residencia decenal es la cuestión que en la práctica plantea mayor conflictividad por varias razones. En primer lugar por la ausencia de la constancia de tal cambio en el Registro Civil, y en segundo lugar por la regulación que la propia regulación registral realiza respecto al cómputo de los diez años o, lo que es lo mismo, al valor que tiene la residencia de los menores de edad a efectos del cambio de su vecindad. Ambos factores han propiciado el surgimiento de propuestas modificativas del régimen de la vecindad que, suprimiendo el cambio de vecindad automático por residencia decenal y respetando el cambio de vecindad por residencia de dos años entre otras cosas, evidencian la necesidad de contar en todo caso con un medio de publicidad registral de la vecindad y de la necesaria voluntad expresa del sujeto en el cambio de este aspecto de su estado civil.

III. LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA AL HIJO DE LA VECINDAD DE UNO DE LOS PADRES

1. LOS TITULARES DE LA FACULTAD DE ATRIBUCIÓN

Como hemos mencionado, la atribución legal de la vecindad a la persona nacida de padres con vecindades diferentes se produce por ministerio de la ley en el caso de que los padres no hayan atribuido al hijo la de cualquiera de ellos. Son por tanto los padres quienes pueden decidir que el hijo nacido ostente originariamente la vecindad de cualquiera de ellos en los términos que establece el artículo 14.3.II del Código Civil.

Esta vía voluntaria de atribución es prioritaria y excluyente del resto de criterios de atribución aunque sintácticamente no se ofrece en la dicción del artículo 14 del Código Civil como tal y se plantea más bien como una excepción a los mismos: *sin embargo, los padres... podrán atribuir al hijo (...)*. Este planteamiento unido a la ausencia de previsiones informativas legales de carácter registral a los padres sobre la posibilidad de adjudicación de una de las dos vecindades, provoca el desconocimiento de esta facultad y que la misma no sea comúnmente ejercitada (7) ni en el momento de hacer la inscripción, ni posteriormente dentro del plazo en que legalmente debe efectuarse.

La facultad de atribución la ostentan *los padres o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad*.

En los casos de ejercicio conjunto, la adjudicación de una de las vecindades paternas es una de las decisiones que se enmarcan dentro del ámbito

(7) DURÁN RIVACOBIA, R., *Derecho interregional*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pág. 79.

de la patria potestad y en el que consecuentemente rige el principio de actuación consensuada, exigiéndose, claro está, que ambas filiaciones hayan quedado determinadas. La decisión atributiva y acorde de los padres declarada ante el encargado del Registro Civil y su plasmación registral configuran el estatuto personal del hijo desde su nacimiento, sin perjuicio de que tal atribución no se instaure como definitiva, pues el propio hijo podrá posteriormente alterarla por los cauces contemplados en el propio artículo 14 del Código Civil. La falta de acuerdo de los padres en la atribución de una de sus dos vecindades encuentra solución en los propios criterios atributivos del artículo 14.3 del Código Civil y supondrá para el hijo la adquisición *ope legis* de la vecindad correspondiente a su lugar de nacimiento. No resulta pues de aplicación el recurso a la decisión judicial contemplada en el artículo 156.II del Código Civil (8), ya que la falta de acuerdo paterno es suplida por el mecanismo previsto en la propia ley, que establece ante la falta de acuerdo de los padres cuál ha de ser la vecindad del hijo (9).

El acuerdo de los titulares y ejercientes de la patria potestad ha de ser expreso y de la declaración conjunta tomará razón el encargado del Registro. No puede pues admitirse la suficiencia del consentimiento tácito de uno de ellos ya que no puede tener plasmación registral. Tampoco cabe sostener que el acto unilateral de uno de los ejercientes de la patria potestad pueda entenderse como un acto que tenga cabida en la posibilidad de actuación unilateral de uno de los padres pues no admite la calificación de acto *conforme al uso social y a las circunstancias* (art. 156.I CC).

La facultad de atribución de una vecindad al hijo en ocasiones la ostentará uno sólo de los progenitores. Así ocurrirá en los casos de atribución legal del ejercicio de la patria potestad como son las hipótesis de ausencia, declaración de incapacidad o imposibilidad de uno de ellos (art. 156.IV CC). Lo mismo ha de decirse cuando los padres vivan separados, pues la patria potestad se ejercerá por aquél con el que el hijo conviva (art. 156 *in fine* CC), si bien, como viene a reconocer el mismo precepto, esa regla puede ser alterada por el juez a instancia del otro progenitor para determinar que la patria potestad se ejerza conjuntamente o que se distribuyan las funciones entre ambos. En los casos por tanto de falta de convivencia entre los progenitores, deberá estarse a la convivencia del hijo con uno de los progenitores

(8) *En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo, si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.*

(9) En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al artículo 14 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil* (coord.: Bercovitz), Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 516, y BERCOVITZ, «La nueva regulación...», pág. 178. Sólo DURÁN se pronuncia a favor del recurso a la intervención judicial en esta materia cuando no haya acuerdo de los padres basándose en la naturaleza de las instituciones afectadas, *Derecho interregional*, cit., pág. 78.

(de ordinario la madre), regla que admitirá las excepciones marcadas por la intervención judicial en la determinación del ejercicio de la patria potestad.

Pero el artículo 14.3.II del Código Civil al regular los casos en que la facultad atributiva la ostenta uno solo de los padres, menciona los supuestos de atribución unipersonal de la patria potestad, expresión que, como señala DELGADO, debe entenderse referida no sólo a la atribución misma de la titularidad sino también a su ejercicio, con lo que hubiera bastado que la norma hiciera alusión a los casos de ejercicio unipersonal. Así en los casos de separación, divorcio o nulidad, no basta con que el progenitor tenga atribuida la patria potestad si no va acompañada de su ejercicio (10).

Aunque textualmente el artículo 14.3.II no alude a la privación de patria potestad a uno de los progenitores, tal supuesto no plantea problemas dado que en tal caso la patria potestad será unipersonal y quien sea su titular será también el único ejerciente y legitimado para ejercer la facultad recogida en esa norma (11).

En todos los casos de ejercicio unipersonal, el progenitor titular o ejerciente único podrá atribuir al hijo, dentro del plazo legal, bien su propia vecindad, bien la vecindad del otro progenitor (privado de la patria potestad o de su ejercicio) sin necesidad de contar con el consentimiento de éste. Y es que aunque la atribución de la vecindad por los padres se hace en el ejercicio de la patria potestad, la vecindad no se vincula a la misma sino a la filiación.

2. ATRIBUCIÓN INDEPENDIENTE PARA CADA UNO DE LOS HIJOS

La atribución conjunta o por el que tenga el ejercicio de la patria potestad de una determinada vecindad al primero de los hijos no marca el *status* de los hijos posteriores que los mismos padres tuvieran pues, a diferencia de la atribución de apellidos (12), no rige el principio de unidad en esta materia, pudiendo los padres atribuir vecindades diferentes a los hijos que tuvieran, o no atribuirles la de ninguna de ellos a alguno operando entonces la *lex loci* y sí hacerlo para otros. Este sistema de adjudicación voluntaria paterna tiene de criticable el papel a veces caprichoso que puede adquirir la voluntad de los padres al adjudicar a los hijos que tuvieran diversas vecindades por un mero juego de alternancia. Es cierto, por otro lado, que a esta diferencia de vecindades en los hijos se puede llegar no ya por la voluntad de los padres, sino por el

(10) DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pág. 516.

(11) *Ibidem*.

(12) Artículo 109.III del Código Civil (redacción Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos): *el orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo.*

juego de los propios criterios legales de atribución, los cuales llegan a posibilitar que de padres de distinta vecindad los hijos tengan la vecindad del lugar de nacimiento, y que podrá ser diferente para cada uno de los hijos (13).

La adjudicación de vecindades diversas a los hijos con la consiguiente diversidad de la pluralidad de leyes personales de cada uno de ellos podrá sin embargo ser «corregida» por estos últimos una vez alcanzada la edad de catorce años en los términos en que luego se verá, si bien no necesariamente en un sentido unificador.

3. EL PLAZO PARA LA ADJUDICACIÓN DE LA VECINDAD AL HIJO

La facultad de los padres con vecindades diferentes para adjudicar al hijo la vecindad de cualquiera de ellos tiene un plazo de caducidad de seis meses a contar desde el siguiente al día de nacimiento o de la adopción, sin que tal plazo pueda reabrirse o ampliarse en ningún caso, si bien dado que la propia legislación registral posibilita la inscripción del nacimiento fuera de plazo ordinario cuando concurre justa causa (art. 166 RRC), debería sostenerse que esa misma causa conllevaría la suspensión (no la interrupción) del plazo de seis meses para la atribución de la vecindad.

El plazo se computa desde el nacimiento o desde la constitución de la adopción y no desde la inscripción de tales hechos, previsión que puede resultar un tanto extraña, habida cuenta de que la declaración de atribución por los padres legitimados para ello no podrá llevarse a cabo si tales inscripciones no se han practicado. Pero dado que, por un lado, la inscripción principal de nacimiento puede realizarse fuera de plazo y, por otro, que la práctica de la inscripción de la adopción puede dilatarse en el tiempo, el legislador ha optado por computar el plazo precisamente desde el momento del nacimiento o de la adopción. El plazo de seis meses por tanto no es real en todos los casos y sí lo es en el caso de que el nacimiento se inscribiera dentro del plazo ordinario de ocho días (art. 42 LRC) o extraordinario de treinta (art. 166 RRC), descontando los días desde el nacimiento a la inscripción. Cuando la inscripción de nacimiento se realice fuera de plazo a través del expediente previsto para ello (arts. 95,5 LRC y 311 y sigs. RRC), podría incluso darse

(13) En la conclusión segunda del Congreso de Zaragoza de 1981 se proponía la siguiente redacción: «determinarán la vecindad los padres de mutuo acuerdo, *igual para todos los hijos*, sin que puedan elegir una distinta de la que ostentan el padre o la madre. En defecto de un acuerdo conviene establecer criterios objetivos». A mi juicio, esta regla, tal como se proponía, hubiera resultado en muchos casos absurda, pues a lo largo de la vida la pareja ha podido ir alterando su propia vecindad con lo que habiéndose optado para el primer hijo por la vecindad del padre y habiéndola perdido ésta posteriormente difícilmente podría adjudicarse a los hijos posteriores una vecindad que ya no la ostenta el atribuyente.

el caso de imposibilidad de atribuir al hijo la vecindad de uno de los padres por vencimiento del plazo.

Si determinada la filiación sólo respecto a uno de los progenitores (y ostentando el hijo en consecuencia la vecindad de éste), se determinara posteriormente la filiación respecto al otro, no cabe la apertura de un nuevo plazo para la modificación de la vecindad inicial. Sólo si la determinación de la filiación última se efectuara dentro del plazo de seis meses cabría realizar la atribución de común acuerdo de la correspondiente a este último (14).

En tanto no haya vencido el lapso temporal de los seis meses y habiéndose ya atribuido la vecindad por voluntad de ambos padres o por el ejerciente, cabe preguntarse sobre la posibilidad de que pueda efectuarse una nueva atribución contraria a la anteriormente realizada. En principio la respuesta ha de ser negativa sobre la base del carácter de orden público de los estados civiles. Ni siquiera en el caso de una alteración dentro del plazo de seis meses de la vecindad de uno de ellos cabría una nueva atribución. Es decir, si los padres de vecindades diferentes atribuyen en tiempo y forma al hijo la vecindad de uno de ellos, y sin haber vencido el plazo de seis meses, uno de ellos la altera, la inicial atribución no puede ser modificada a pesar de encontrarse dentro del plazo, al impedirlo la regla de que determinada la vecindad del hijo, los cambios posteriores de vecindad de los padres no provocan alteración en la de aquél (art. 14.3.III CC) (15).

Tampoco, y por la misma razón, los padres de idéntica vecindad que tienen un hijo y con posterioridad al nacimiento uno de ellos la altera por residencia continuada carecen de la facultad de atribución, aunque tal cambio se haya producido dentro de los seis meses desde el nacimiento, pues la vecindad del hijo quedó determinada automáticamente por el *ius sanguinis* y la facultad de atribución se reserva a los padres que *al nacer el hijo* tengan vecindades diferentes.

4. LA VECINDAD DEL HIJO EN TANTO NO TRANSCURRA EL PLAZO DE SEIS MESES

La pregunta que surge necesariamente al observar el plazo de seis meses para el ejercicio de esta facultad es la de qué vecindad tendrá entre tanto el hijo, cuestión que puede tener su importancia de cara, por ejemplo, a la or-

(14) Para DURÁN esta regulación está en consonancia con la excepción a la retroactividad del reconocimiento de filiación que contempla el artículo 112 del Código Civil, *ob. cit.*, pág. 79.

(15) No lo entienden así BERCOVITZ y PÉREZ DE CASTRO, para quienes los padres podrían modificar la inicial opción, ya sea por adquisición de una nueva vecindad o por un cambio de titularidad o en el ejercicio de la patria potestad antes de transcurrir el plazo y después de que se haya producido ya una primera opción. *La vecindad civil*, Ed. La Ley, Madrid, 1996, pág. 30.

denación de la propia sucesión de ese hijo cuando sobrevenga su muerte antes de los seis meses, para la fijación de la ley personal del hijo en orden a regir las relaciones paterno-filiales o para el ejercicio de las acciones de filiación.

La respuesta a tal cuestión viene dada por la calificación de originaria o derivativa de la vecindad atribuida por los padres.

Una primera posibilidad es la de entender que durante ese tiempo de días (en caso de que la opción se realice en el mismo momento de la inscripción de nacimiento) o meses (si la declaración se hace después de haberse practicado la inscripción de nacimiento o al inscribirse fuera de plazo el nacimiento) la vecindad será la del lugar de nacimiento o la común y por tanto lo que se produce con la atribución paterna de vecindad es un verdadero cambio o modificación de la vecindad originaria del hijo. En sentido contrario podría pensarse que puesto que dicha atribución se produce dentro de un corto periodo de tiempo a partir del nacimiento y en base a la vecindad civil de uno de los progenitores, el hijo ostentará originariamente la vecindad atribuida voluntariamente (16) con una suerte de retroacción de efectos al momento del nacimiento.

Seguramente la respuesta ha de ser diversa según sea el momento en que la facultad de los padres se ejercita. Así, cuando la declaración se haya producido dentro del plazo previsto para la declaración que da lugar a la inscripción del nacimiento y al mismo tiempo que dicha declaración, estaremos ante una adquisición originaria de la vecindad; por el contrario, cuando la declaración de los padres se realizase fuera de ese plazo, lo que se producirá es un cambio de vecindad civil del hijo que pasará de tener la del lugar de nacimiento (durante unos días o meses) o la del derecho común, a tener la elegida por los progenitores, pues no podría darse eficacia retroactiva a la declaración de los progenitores más allá de la correspondiente al tiempo que media entre el nacimiento y la declaración para la inscripción del mismo en el Registro (17).

5. QUÉ VECINDAD ADJUDICAR

El artículo 14.III.2 del Código Civil permite la atribución de la vecindad de cualquiera de los padres. Como hemos mencionado *supra* el tenor literal del precepto permite atribuir al hijo la vecindad del padre que no tiene la patria potestad o que no ostenta su ejercicio y ello se debe a que la facultad se liga en su ejercicio a la patria potestad, pero en su contenido a la filiación.

La opción se ciñe a la vecindad que ostenten los padres *actualmente* —en el momento de efectuar la declaración atributiva— y sin que quepa en ningún caso la atribución de una vecindad que los padres hubieran osten-

(16) LUCES GIL, *El nuevo régimen de la nacionalidad y la vecindad civil*, cit., pág. 134.

(17) DELGADO, *ob. cit.*, pág. 515, y BERCOVITZ y PÉREZ DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 178.

tado antes de la declaración. Sobre tal dato debe admitirse por tanto la atribución de la vecindad que uno de los padres adquiere dentro del plazo de los seis meses, pero teniendo presente que la facultad de atribución la ostentan sólo los progenitores que en el momento del nacimiento tengan vecindades diversas. Es decir, si dentro del plazo de seis meses, uno ganara una vecindad nueva por residencia podrá serle ésta atribuida al hijo, ya que el artículo 14.3.II no especifica —a diferencia de lo que prevé el art. 14.3.IV— que la atribución deba producirse a favor de la última vecindad civil de uno de los progenitores (18) y sólo exige que se le atribuya la de cualquiera de ellos en el momento en que se ejercita la facultad y no en el momento de nacimiento o adopción del hijo (19).

De ahí que, siendo el punto de partida de la facultad de atribución el dato de que al nacer el hijo o al ser adoptado ambos padres *tuvieren distinta vecindad civil*, parece admisible entender que cuando en el plazo de seis meses tras el nacimiento o la adopción uno de los cónyuges optara por la vecindad del otro (art. 14.4), o que ambos progenitores la alteraran por residencia (art. 14.5) en un sentido unificador podrían atribuir la ganada, pues aun siendo idénticas vecindades se cumple el requisito de diversidad de vecindades inicial.

6. MODO DE REALIZAR LA DECLARACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS

Cuando la atribución de vecindad tenga como origen el acuerdo entre los progenitores, ambos ejercientes de la patria potestad, no es el acuerdo lo que se incorpora a la hoja en que consta la inscripción de nacimiento del hijo, sino que de lo que se toma razón o constancia es la declaración de ambos ante el encargado del Registro en idéntico sentido. Si la facultad de atribución la efectúa el progenitor que tiene la titularidad única o el ejercicio de la patria potestad, él deberá declarar ante dicho encargado con la sola demostración de su condición.

De la declaración de los padres deberá tomarse razón y deberá ser inscrita al margen de la inscripción principal de nacimiento del hijo, por lo que

(18) BERCOVITZ, «La regulación de la vecindad civil derivada de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1991, núm. 11 y 12, pág. 179.

(19) A mi juicio, si los padres son de igual vecindad, el hijo ostentará desde su nacimiento esa misma vecindad, pues la facultad de atribución se ciñe a los padres que *en el momento de nacimiento* tengan vecindades diferentes. Es indiferente que en el plazo de seis meses uno o los dos progenitores estén en trance de ganar o adquirir una vecindad distinta por residencia, pues el criterio legal del *ius sanguinis* creo que debe aplicarse automáticamente con referencia precisa al momento del nacimiento.

deberá efectuarse precisamente ante el encargado del Registro Civil en el que conste ésta (art. 68 RRC). La declaración sólo será admitida y desplegará efectos cuando se realice ante el funcionario competente sin que tenga valor la declaración extrarregistral efectuada ante funcionario o autoridad diferente (20).

Pero la declaración de atribución viene marcada por una serie de condicionantes o presupuestos, algunos de los cuales resultan problemáticos en orden a su prueba entre otras razones por la ausencia de publicidad formal respecto a ellos. En primer lugar deberá acreditarse la legitimación para el ejercicio mismo de la facultad recogida en el artículo 14.3.II del Código Civil. Si ambos padres son ejercientes de la patria potestad no hay cuestión (art. 156 CC), pero en el caso de que sólo uno de ellos ostente su ejercicio o su titularidad en el momento de realizar la declaración deberá demostrarlo bien mediante la propia inscripción marginal de la privación de la patria potestad del otro progenitor (art. 46.II RRC), o la sentencia en la que se establece el ejercicio para uno de ellos (arts. 90.a; 92.IV y 156.V CC), o la ausencia, incapacidad o imposibilidad para el ejercicio (art. 156.IV CC y arts. 46 LRC y 283 y sigs. RRC) concurrentes en el progenitor no ejerciente. Es precisamente esta última circunstancia, la imposibilidad, la que presentará más dificultades probatorias que serán, si no insolubles, si al menos impenitivas.

Acreditada la legitimación de los atribuyentes, el encargado del Registro deberá asegurarse de que la vecindad que se pretende atribuir al hijo es la de uno de los padres. Sin embargo, este dato podrá no constar en las inscripciones de nacimiento de los padres, y sólo podrá deducirse de ellas el dato de su propia vecindad cuando hubieren realizado alguna de las declaraciones modificativas o conservativas de la vecindad; e incluso a pesar de que en la inscripción de nacimiento constara una determinada vecindad adquirida en un momento dado, la misma podrá haber cambiado posteriormente por residencia decenal continuada y sin que de ello exista constancia registral.

Paradójicamente la prueba que entraña mayor dificultad es la de la vecindad de origen de uno de los progenitores que es la que precisamente se quiere atribuir al hijo. Según la fecha de nacimiento de los declarantes, éstos ostentarán la vecindad correspondiente al régimen atributivo vigente. Así, si los padres declarantes nacieron antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1990 y estuvieren casados ostentarán la vecindad del marido que será la de su respectivo padre (abuelo del sujeto a quien se quiere atribuir la vecindad), teniendo en cuenta que la presunción del artículo 68 LRC hará que se presuman de una determinada vecindad a los nacidos de padre nacido en ese territorio. Deberá

(20) Las RRDGRN de 21 de noviembre de 1992 y 13 de mayo de 1996 son claras al afirmar que queda excluida la eficacia de la declaración ante Notario, habida cuenta de que en materia de vecindad sólo puede recibir la declaración el encargado del Registro Civil, descartando la competencia compartida.

asimismo estarse a la eventual declaración de recuperación de la vecindad de la madre efectuada en virtud de la facultad que la Ley 11/1990 confirió (Disp. Ad.) Por el contrario, si los padres declarantes nacieron tras la entrada en vigor del régimen instaurado por la Ley 11/1990, a falta de atribución paterna de una determinada vecindad o de una declaración de modificación, ostentarán la vecindad de su lugar de nacimiento. Bastará entonces con que aporten la inscripción de nacimiento en la que constará el lugar del mismo.

La demostración de que se atribuye al hijo la vecindad ganada por uno de los padres *ipso iure* por la residencia de diez años viene facilitada en cierta manera por la propia legislación registral que permite que las declaraciones de voluntad relativas a la vecindad serán admitidas por el encargado del Registro Civil, aunque no se presente documento alguno, siempre que resulte de la declaración la concurrencia de los requisitos para la adquisición, modificación o conservación (art. 226 RRC). Viene este precepto a imponer la carga a los declarantes de suministrar al menos la demostración de que la vecindad que se pretende atribuir al hijo es la ganada por esta vía.

Sin embargo, la falta de acreditación de los presupuestos de la declaración no provoca la denegación automática de la inscripción, pues *si al presentarse las declaraciones a que se refiere el artículo anterior no apareciesen acreditados los requisitos exigidos, el declarante, sin perjuicio de los recursos oportunos, estará obligado a completar la prueba en el plazo de prudencia que le señale el encargado. Éste se limitará, por el momento, a levantar acta de la declaración, y en su día, cuando por acreditarse los requisitos se practique la inscripción, se considerarán hora y fecha de ésta, a partir de la cual surtirá efecto la declaración, las del acta, que se harán constar en el asiento* (art. 227 RRC).

Pasado el plazo para aportar la documentación requerida, los padres no pierden la posibilidad de volver a reiterar su facultad de atribución al hijo de la vecindad de uno de ellos, siempre que dentro del plazo de los seis meses pudieran acreditar la frustrada —inicialmente— petición de atribución.

7. LA DURACIÓN DE LA VECINDAD ATRIBUIDA POR LOS PADRES

La vecindad por atribución paterna la ostentará el menor hasta los catorce años sin posibilidad de que durante ese tiempo pueda alterarse, pues los cambios de vecindad de los padres no afectarán a la vecindad de los hijos (art. 14.3.III CC) y por ello, si desde el nacimiento hasta los catorce años los padres alteran su propia vecindad, tal alteración dejaría intacta la del hijo.

Cabe sin embargo alguna reflexión a propósito de la posibilidad de alteración por residencia continuada del menor en territorio diverso con vecindad propia. Remitimos esta cuestión a su epígrafe correspondiente.

IV. EL CAMBIO DE VECINDAD DEL MENOR A TRAVÉS DE LA OPCIÓN DEL ARTÍCULO 14.3.IV

1. ANTECEDENTES Y FINALIDAD DEL ARTÍCULO 14.3.IV DEL CÓDIGO CIVIL

En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal (art. 14.3.IV).

El otorgamiento al propio interesado de la facultad de alterar su inicial vecindad optando por otra diversa no es algo que implantase de forma original la Ley 11/1990. Ya en la redacción inicial del Código se contempló la posibilidad de que los hijos de padres con vecindad de Derecho Foral pero nacidos en provincias o territorios de Código Civil, dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declarasen su voluntad de someterse al Código Civil (21).

La posibilidad de alteración era más restringida que la recogida en el régimen actual y ello desde distintos puntos de vista. En primer lugar porque el cambio de vecindad sólo se permitía a quienes teniendo inicialmente vecindad diferente a la común por ser sus padres de aquella vecindad, hubieran nacido en territorio de Derecho Común, pero no a la inversa, es decir, quienes hubieran nacido en territorio de Derecho Foral de padres sometidos a Código Civil no podían declarar su voluntad de adquirir la vecindad de su lugar de nacimiento. En segundo lugar, la restricción se observa desde el punto de vista personal o de los legitimados para alterar su propia vecindad: sólo el mayor de edad o emancipado. Hoy la alteración abre la puerta a los menores de edad que hubieran cumplido los catorce años asistidos en su declaración por sus padres.

La reforma de 1974 conservó esta vía de alteración por opción propia, ampliándola con el fin de que tanto los nacidos en territorio de Derecho Común de padres que ostenten otra vecindad, como los nacidos en cualquiera de los territorios con Derecho Civil propio de padres con vecindad común pudieran alterar la inicial optando por la del lugar de su nacimiento. Esta opción en 1974 se otorgaba a los mayores de edad o emancipados

(21) Artículo 15 del Código Civil de 1889: *Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada e intestada declarados en este Código son aplicables:*

1.º A las personas nacidas en provincias o territorios de Derecho Común de padres sujetos al Derecho Foral, si éstos durante la menor edad de los hijos, o los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación, declararen que es su voluntad someterse al Código Civil. (...)

y dentro del plazo de un año a contar desde la mayoría de edad o emancipación (22).

Tanto en la versión inicial del Código Civil como en la de 1974, lo que inspiró al legislador fue la idea de que quien sale de la patria potestad no queda sujeto al principio de unidad familiar en la vecindad, siendo la modificación de la vecindad corolario de la autonomía que debía reconocerse a quien ya no está sometido a la autoridad paterna. Esa salida venía a instaurar —valga la expresión— una nueva unidad familiar o, por lo menos, una potencial nueva unidad. Con esta opción no se quebraba la unidad familiar sino que se conservaba sólo para quienes seguían sometidos a la patria potestad.

En el régimen vigente, la opción concedida a los hijos experimenta una notable ampliación, siendo ahora un derecho de los hijos todavía sometidos a la patria potestad y no sólo de los hijos que salen de ella. Efectivamente, la opción se ofrece a los menores de edad que hubieran cumplido catorce años, siempre que cuenten con la asistencia de los representantes legales, lo que supone una notable ampliación de la capacidad de obrar de aquéllos. Además, una vez quebrado el principio de la unidad familiar, la opción experimenta un alargamiento objetivo en congruencia con los principios adjudicadores de la vecindad, y así el menor podrá optar no sólo por la vecindad del lugar de su nacimiento sino también por la última vecindad de cualquiera de sus padres. En tercer lugar, se amplía el plazo legal para el ejercicio de la opción: desde que cumpla catorce años y hasta un año después de su emancipación.

A diferencia del régimen instaurado en 1974, la justificación de la regla contenida en el actual artículo 14.3.IV no es exclusivamente la de conceder a los sujetos el optar por su sometimiento a un Derecho Civil correspondiente a su lugar de nacimiento, sino la de adquirir una vecindad de los padres que no les fue atribuida legalmente (arts. 14.2 y 14.3.I CC) o voluntariamente por sus padres (art. 14.3.II CC). Se revela así que lo que se pretende es permitir que el sujeto ostente la vecindad a la que está unido por el arraigo determinado por razón de su lugar de origen (y seguramente también por su lugar de crianza y residencia) y, además, permitir que el sujeto adquiriera aquella de las vecindades de cualquiera de sus padres, bien porque no es la que se le adjudicó inicialmente o porque habiendo sus padres alterado su vecindad por residencia o por matrimonio, los hijos pretenden unirse a la nueva vecindad de sus padres.

El supuesto general de esta opción es independiente de la forma en que se hubiera producido la atribución originaria de vecindad al optante, puesto que puede ejercitarse *en todo caso*, es decir, tanto si se determinó por vía

(22) Artículo 14.2 del Código Civil, reforma de 1974: *Tienen vecindad civil en territorio de Derecho Común, o en uno de los de Derecho Especial o Foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad; sin embargo, si la vecindad civil así adquirida no fuese la del lugar del nacimiento, podrán optar por ésta, ante el encargado del Registro Civil, dentro del año siguiente a la mayoría de edad o emancipación.*

voluntaria como legal e incluso si se determinó automáticamente *iure sanguinis* por la vecindad idéntica de los padres.

En cierto modo se difiere hasta el lapso temporal comprendido entre la pubertad del hijo y pasado un año desde su emancipación o mayoría de edad, la última «confirmación» o fijación definitiva del estado de vecindad del sujeto. Por regla general y salvo ejercicio de esta facultad, la vecindad quedará determinada a partir de la inscripción de nacimiento y una vez transcurridos los seis primeros meses y después que el sujeto haya cumplido los diecinueve años como máximo. En el periodo comprendido entre los seis meses y los catorce años la vecindad es inmutable. En el periodo que va desde los catorce años al año siguiente a la emancipación es donde únicamente puede cambiarse de estado por esta vía opcional; después de este término sólo será posible la mutación por vía de opción conyugal o residencial (23).

2. EL SUJETO LEGITIMADO PARA LA OPCIÓN

La opción por una nueva vecindad se concede exclusivamente a quienes hayan cumplido catorce años. Se enmarca esta regla dentro de la línea de ampliación de la capacidad de obrar de los menores de edad que posteriormente experimentarían un nuevo desarrollo en otros ámbitos, fundamentalmente a partir de la LO 1/1996, de 15 de enero. La fijación en esa edad vino a igualar la capacidad de obrar de los menores respecto a la que gozan en otros ámbitos como el otorgamiento de testamento (art. 663,1.º CC), contracción de matrimonio (art. 48.II CC) o reconocimiento de hijos (art. 121 CC) con los condicionantes exigidos para cada uno de esos actos. Seguramente la elección por el legislador de la edad de catorce años tiene su razón de ser en la capacidad que los menores que hayan alcanzado esa edad tienen para el acto de testamentación y de contracción de matrimonio. El menor puede querer alterar su vecindad precisamente para acogerse al régimen sucesorio que regirá su muerte o para, una vez obtenida la dispensa de edad y contraído matrimonio, poder someter su unión a un determinado régimen económico conyugal legal.

Por otro lado, la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, que reformó el Código en materia de nacionalidad, concedió la opción por la nacionalidad española en los supuestos contemplados en el artículo 20 del Código Civil a quienes hayan cumplido catorce años asistidos por sus representantes legales y que se mantuvo tras la reforma por Ley 36/2002, de 8 de octubre.

Al ser el artículo 14.3.IV norma concedente de derechos, pueden acogerse a ella tanto las personas que hubieran nacido antes de la entrada en vigor de la

(23) RAMOS CHAPARRO, E., *Ciudadanía y familia*, cit., pág. 416.

Ley 11/1990 y por tanto hubieran adquirido la vecindad según los criterios legales anteriores, como los nacidos una vez vigente dicha norma. La RDGRN 2/1999, de 5 de enero, así lo señaló al afirmar que nacido el interesado en Aragón de padres aragoneses antes de la entrada en vigor de la Ley de 15 de octubre de 1990, y habiendo adquirido sus padres la vecindad catalana por residencia durante diez años, esta vecindad se extendió automáticamente al hijo. Sin embargo a partir de 1990 —fecha en la que dicha persona contaba con dieciséis años— podía haber ejercitado la opción del artículo 14.3.IV (redacción de 1990) hasta un año después de alcanzar la mayoría de edad.

La incapacitación de los menores de edad conllevará el establecimiento de la patria potestad prorrogada. La cuestión que a efectos de la vecindad civil se plantea es la legitimación de tales sujetos al cumplir los catorce años para optar por una de las vecindades previstas en el Código.

A diferencia de otros actos personalísimos en los que el propio ordenamiento se encarga de diseñar el régimen de capacidad que ostentan los incapacitados, así como los requisitos de validez del acto en cuestión (24) y que quedan extraídos de la representación legal, el artículo 14.3.IV nada prevé al respecto. Frente a ello y en cuestión conexas como es la opción por la nacionalidad española, el legislador estableció el modo en que el incapacitado podía adquirirla según se trate de incapacitación total o parcial. Para el primero de los casos la opción se ejercita por medio de formulación del representante del optante incapacitado, pero requiriendo la autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante y previo dictamen del Ministerio Fiscal; dicha autorización, concluye el artículo 20.2.a), *se concederá en interés del (...) incapaz*. Para el segundo, será el propio interesado quien la formula, pero asistido de sus representantes legales y siempre que *así lo permita la sentencia de incapacitación* (art. 20.2.b).

La alteración del propio *status* personal debe rodearse de las cautelas precisas con el fin de impedir la intromisión de los representantes legales en una decisión como la del cambio de vecindad en la que ellos mismos pueden tener, por ejemplo, intereses sucesorios. La ausencia de cauce legal para que el representante del incapacitado opte en su nombre hace que en virtud del artículo 267 del Código Civil quede cerrada su actuación en materia de opción de vecindad por no existir *disposición expresa de la Ley* análoga a la contenida en el artículo 20.2.a) del Código Civil (25).

(24) Tanto el acto de testamentificación, como el reconocimiento de hijos y el matrimonio de incapacitados se extraen del régimen representativo y se someten a un régimen propio de autorización judicial, intervención del Ministerio Fiscal o comprobación del juicio del actuante, según los casos (vid. arts. 56 CC y 247 RRC para el matrimonio, 633 para el testamento y 121 para reconocimiento de hijos).

(25) Así lo estima DELGADO, «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a las reformas del Código Civil...*, cit., pág. 521.

Siendo la incapacidad parcial, parece lógico pensar que el mayor de catorce años incapacitado con juicio suficiente ostenta la posibilidad de alteración del artículo 14.3.IV del Código Civil asistido de sus representantes y siempre que la sentencia de incapacidad no se hubiera pronunciado en contrario, *simili modo* a lo establecido en el régimen de la nacionalidad (art. 20.2.b) (26).

3. PLAZO

Frente a la opción que el Código Civil concede a una persona para adquirir la vecindad de su cónyuge (art. 14.4 CC), la que se concede al mayor de catorce años está sometida a plazo de caducidad, pues la ostenta *desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación*. Dependerá por tanto del modo por el que el sujeto sale de la patria potestad el que el plazo sea mayor o menor. Cuando el mayor de catorce años se emancipe por matrimonio, concesión paterna o judicial o por vida independiente el ejercicio de la opción tendrá un plazo más breve que cuando el sujeto adquiere la mayoría de edad, pues el plazo vencerá al año de la emancipación, mientras que si no se ha producido emancipación el plazo es siempre de cinco años (hasta los diecinueve años).

El establecimiento de un plazo se basa en evitar el mantenimiento indefinido de la posibilidad de cambio del estatuto personal. La facultad del artículo 14.3.IV del Código Civil tiene como fin ligar ese estatuto, bien con los lazos familiares, bien con los territoriales de nacimiento. En la primera de las finalidades el transcurso de un año desde la salida de la familia (en el sentido de salida de la patria potestad) marca el momento en que la facultad perece. Puede resultar más difícil de comprender la razón por la que una persona no pueda cambiar en cualquier momento su vecindad a favor de la del lugar de su nacimiento, pero dotar al *status* personal de una estabilidad y rodear el régimen de vecindad de unos criterios determinados de fijeza ha sido finalidad perseguida en todos los regímenes históricos de la vecindad en los que la posibilidad de alteración por opción caducaba vencido el año tras la mayoría de edad o la emancipación. No tiene sentido que la persona que comienza a gobernarse por sí conserve indefinidamente la elección de su estado civil o que la cambie en determinado momento por intereses coyunturales.

El vencimiento del plazo no cierra en todo caso la puerta a la adquisición de la vecindad correspondiente al lugar de nacimiento o de la última de cualquiera de sus padres, pues podría ganarse cualquiera de ellas a través de la residencia continuada en el territorio que corresponda. En cualquier caso se trataría de una adquisición precedida de la necesaria residencia continuada y no de la opción automática y sin necesidad de residencia del artículo 14.3.IV.

(26) *Ibidem* y BERCOVITZ, *La regulación de la vecindad...*, cit., pág. 181.

El menor que se emancipa por matrimonio presenta, a estos efectos, un abanico de posibilidades de opción más amplio, pues goza de la opción del artículo 14.3.IV, así como de la contemplada en el artículo 14.4, de forma tal que podrá adquirir sin asistencia la vecindad de su lugar de nacimiento, la última de cualquiera de sus padres y la de su cónyuge, esta última sin plazo y la dos primeras hasta que transcurra un año desde la celebración del matrimonio.

4. QUÉ VECINDAD SE PUEDE ADQUIRIR. CUÁNTAS VECES

El artículo 14.3.IV ciñe el contenido de la elección del hijo en quien concurren los presupuestos de edad y tiempo mencionados, quien podrá optar *bien por la vecindad civil del lugar de nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de los padres.*

1. La primera de las posibilidades mira por facilitar que el menor ligue su estado civil al territorio en el que nació. Por esta vía, los hijos de padres con idéntica vecindad y a quienes por imperativo legal se les habrá atribuido esa misma vecindad desde su nacimiento, pueden cambiar su condición personal y alterar la vecindad inicialmente determinada por la del lugar de su nacimiento. Todo ello con independencia del lugar de residencia de la familia y de los cambios que la vecindad de los padres hubiera experimentado a lo largo del tiempo.

Pero esta posibilidad de adquirir la vecindad del lugar de nacimiento está abierta, *en todo caso*, también por tanto para los hijos de padres que tuvieran vecindad diferente y que ostenten la de cualquiera de estos por la atribución contemplada en el artículo 14.3.II, o la correspondiente al progenitor primeramente determinado (art. 14.3.I). En cualquiera de esos supuestos, sea cual sea la vecindad atribuida y por la vía que sea, el menor podrá cambiar de vecindad adquiriendo la del lugar de nacimiento y también con independencia del lugar de residencia actual de la familia y de los cambios de vecindad posteriores de los padres.

Lugar de nacimiento es el lugar que como tal está consignado en la inscripción de nacimiento del optante y que podrá ser el real en el que el alumbramiento se produjo o el del domicilio de los padres cuando estos, en uso de la facultad del artículo 16.2 LRC, hubieran consignado su municipio domiciliario como lugar de nacimiento del hijo.

2. La segunda posibilidad de contenido de la opción es la de adquisición de la última vecindad de cualquiera de los padres, aunque no tengan la titularidad o el ejercicio de la patria potestad, ya que la privación o suspensión de la misma son circunstancias que no pueden afectar a la vecindad de los hijos (art. 14.3.III). Esta vía puede encontrar su justificación en facilitar una

relativa unificación de vecindades dentro del grupo familiar y, desde otro punto de vista, sencillamente en que el menor ostente una vecindad que es a su juicio preferente por ostentarla uno de los padres.

Por la vecindad última de cualquiera de los padres podrán optar los hijos de padres con vecindades diferentes que atribuyeron la de uno de ellos según el artículo 14.3.II, así como los hijos de padres con vecindades diferentes que no hicieron uso de la facultad atributiva de ese precepto y que por consiguiente ostentan la vecindad del lugar de nacimiento. Esta vía de opción posibilita también que el menor cuya filiación hubiera quedado determinada sólo respecto a uno de sus progenitores y posteriormente queda determinada respecto al otro, pueda adquirir la vecindad de este último.

Cuando al hijo le hubiera sido atribuida *iure sanguinis* la misma vecindad de sus padres y posteriormente uno de ellos o los dos la alterara por residencia, el hijo podrá adquirir esa misma vecindad. El precepto es claro al afirmar que el menor podrá optar por adquirir la vecindad que en el momento de efectuar la declaración tuviera cualquiera de los padres, y no por la vecindad que en algún momento hubieran ostentando. En este sentido la norma muestra su utilidad de vía de unificación de vecindades actuales dentro del grupo familiar. Sin embargo no puede desecharse la opción por la última vecindad del progenitor ya fallecido (27), ya que tal supuesto cabe dentro del tenor literal de la norma (*última vecindad de cualquiera de sus padres*) y encaja en el espíritu que inspira la opción que examinamos en cuanto posibilita que el menor «corrija» la vecindad inicialmente atribuida.

La redacción que presenta el precepto que analizamos da pie a pensar que la alteración de vecindad por opción del menor sólo puede ser ejercitada una vez, así se deduce del tenor adversativo del mismo: «...podrá optar, bien por la vecindad civil del lugar de nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres». Adquirida una de ellas no podría luego adquirir otra diferente (dentro de las que permite la norma). Sin embargo no lo entienden así algunos autores que parten de la idea de que siendo la finalidad de la opción la unificación de vecindades, debe considerarse que cuando los progenitores cambian su vecindad, por ejemplo, por residencia, una vez que el hijo hubiera ejercitado su opción, podrá ejercitarla de nuevo para volver a reunificar las vecindades dentro del grupo familiar (28). Desde el punto de vista de la estabilidad de la vecindad, de los inconvenientes que tal interpretación puede acarrear, de la arbitrariedad y de las posibilidades de fraude, tal interpretación aparece dudosa (29).

(27) PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil I, Derecho Privado. Derecho de la persona* (coord.: De Pablo), Ed. Colex, 2.ª ed., Madrid, 2001, pág. 487.

(28) BERCOVITZ, *La regulación...*, pág. 181, y DURÁN, *El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales*, Ed. Dykinson, Madrid, 1991, pág. 43.

(29) DELGADO, *ob. cit.*, pág. 521, y PARRA, *Curso de Derecho Civil, I*, pág. 487.

El único caso en el que a mi juicio podría haber una segunda opción es el de la determinación de la segunda filiación del hijo dentro del plazo del artículo 14.3.IV. Parece entonces lógico pensar que aunque el menor hubiera optado por la del lugar de nacimiento o por la del progenitor conocido y determinado, una vez determinada la filiación respecto al otro pudiera adquirir la vecindad de éste.

5. MODO DE REALIZAR LA OPCIÓN

A diferencia del régimen anterior en el que el artículo 14.2 del Código Civil (versión 1974) exigía que la opción por la vecindad del lugar de nacimiento debía realizarse ante el encargado del Registro Civil, el actual artículo 14.3.IV omite tal precisión y ello ha llevado a decir que bajo el régimen de la Ley 11/1990 no puede excluirse una declaración fuera del Registro, si bien para su eficacia habrá de hacerse llegar a él. En apoyo de tal afirmación se arguye el silencio del RRC sobre el particular (30). Sin embargo, no existe duda de que la voluntad de alteración de vecindad ha de efectuarse precisa y exclusivamente ante dicho encargado y que la inscripción marginal de la vecindad adquirida por esta opción tiene carácter constitutivo, produciéndose tanto la adquisición de la nueva vecindad por la que se opta como la pérdida de la anterior en virtud de la inscripción misma de la declaración.

Las declaraciones de voluntad relativas a la vecindad están sujetas a una determinada forma que prescribe tanto la LRC (art. 64) como el RRC (arts. 225-237). No hay, como explica PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, estrictamente en tales normas un procedimiento o expediente en el concepto que de expediente tiene la legislación registral, pero están sometidas dichas declaraciones a una serie de actuaciones registrales dirigidas a provocar una calificación por parte del encargado del Registro y la consiguiente decisión, ya sea de inscripción o de denegación. Con la inscripción culminan las formas exigidas, siendo ésta un requisito imprescindible para que las declaraciones produzcan el efecto sustantivo propio (31).

La competencia para recibir las declaraciones afectantes a la vecindad es atribuida en exclusiva a los encargados de los Registros Civiles (art. 64 LRC), quienes son los únicos encargados de levantar actas relativas a la vecindad, con la única excepción que la que se da cuando la declaración se formula en países extranjeros en los que no exista agente diplomático o consular espa-

(30) DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al artículo 14 del Código Civil*, cit., pág. 520.

(31) «Comentario a los artículos 226 y 227 RRC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, vol. 5.º, Edersa, Madrid, 1997, págs. 405-406.

ñol (32). El artículo 226 RRC somete la declaración a un control de legalidad al ordenar que las declaraciones de voluntad relativas a la vecindad serán admitidas por el encargado del Registro aunque no se presente documento alguno, siempre que resulte de la declaración la concurrencia de los requisitos exigidos, pero sólo podrá practicarse la inscripción si se justifican previamente los requisitos para la adquisición o modificación. Se deduce así que toda declaración extrarregistral de opción no puede superar ese control para el que sólo es competente el Juez encargado del Registro Civil y que sólo la superación del control de legalidad realizado por el mismo funcionario da lugar a la inscripción. Las actas levantadas por otros funcionarios no producirán efecto por razón de incompetencia.

Por lo que se refiere al modo en concreto en que el optante ha de emitir su declaración de voluntad de cambio de vecindad, y dejando a salvo las reglas propias sobre minoría de edad existentes en algunos Derechos Civiles como el aragonés (33), ha de distinguirse tal como hace el propio Código, según sea el momento en que la opción se ejercita.

Si el mayor de catorce años no está emancipado, la declaración ante el encargado del Registro Civil correspondiente deberá efectuarse con la asistencia de su representante legal (art. 14.3.IV *in fine*), quien deberá asentir a la declaración del sujeto en unidad de acto. Esta colaboración de los representantes que implica un verdadero asentimiento a la opción, podría no prestarse por éstos, con lo que podrían impedir el cambio de vecindad hasta el momento de la mayoría. Las razones y finalidades de la opción del hijo pertenecen a su esfera privada, por lo que se trata de una decisión en la que no debe entrar en cuanto al fondo la jurisdicción de los tribunales en caso de posible conflicto, sin perjuicio del derecho del menor a ser oído o de la impugnabilidad de la opción por la no concurrencia de alguno de sus requisitos materiales o formales (34).

Siendo representantes los dos padres, ambos deberán concurrir asintiendo a la voluntad manifestada por el hijo (35). Cuando sólo uno de los padres

(32) Las RDGRN de 21 de noviembre de 1992 y 13 de mayo de 1996 niegan la competencia de los Notarios para recibir dichas declaraciones y en consecuencia para practicar en base a ellas una inscripción, vid. nota 15.

(33) El artículo 2.3 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, establece que la representación legal del menor termina al cumplir los catorce años y que desde entonces su capacidad se completa con la asistencia que en cada caso proceda. Es decir, a partir de los catorce años, el menor aragonés actúa siempre por sí (sin representante), con la asistencia de las personas llamadas a prestarla para la plena validez de sus actos. Vid. CALATAYUD SIERRA, A., «Adquisición de la vecindad civil por opción en Aragón y pérdida de la vecindad civil aragonesa por el menor de edad mayor de catorce años», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1995, núm. 1, págs. 105-108.

(34) RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y Familia*, cit., pág. 415.

(35) A mi juicio, sólo tratándose de un caso de urgente necesidad (art. 156 *in fine*) o de ausencia, incapacidad, o imposibilidad (art. 156.IV) cabrá la asistencia de uno de los

ostente la patria potestad o tenga atribuido el ejercicio de la misma, bastará con que sea él quien asienta. Respecto a los menores sometidos a tutela, el tutor será quien concurra al acto asintiendo.

Cuando el hijo adquiere la mayoría de edad o sale de la patria potestad por emancipación, su declaración no precisa la concurrencia de una voluntad que complemente la suya y la efectuará por sí solo.

Emitida la declaración en la forma que proceda —con asistencia o sin ella— el encargado de recibirla deberá practicar la inscripción sólo si se justifican previamente los requisitos para la modificación de la vecindad (art. 226 RRC *in fine*). Por ello el optante deberá aportar la copia de su inscripción de nacimiento, la cual acreditará su edad, su eventual emancipación (36), así como la identidad de sus representantes. En los casos de tutela deberá aportarse la copia de la inscripción de la tutela.

Junto a estas acreditaciones que conforman los presupuestos subjetivos de la opción, el optante deberá demostrar que opta por una de las vecindades posibles del artículo 14.3.IV. En concreto, si opta por la vecindad de su lugar de nacimiento, el mismo constará ya en su inscripción de nacimiento; si opta por la vecindad última de uno de los padres, deberá aportar la demostración de la ostentación de ésta.

Tal elemento sin embargo puede ser el que más dificultad probatoria entrañe. No habrá problema si la vecindad por la que opta el hijo consta en la inscripción del nacimiento de su progenitor; así ocurrirá en los casos en que hubiera optado por la vecindad de su cónyuge, o en los casos en que por residencia continuada durante dos años hubiera modificado su vecindad inicial. Tampoco habrá problema en el caso en que el progenitor, por cuya vecindad se quiere optar, hubiera manifestado en el Registro su voluntad de conservación de su vecindad por residencia continuada antes de los diez años. Tampoco hay cuestión si consta en el Registro la recuperación de la vecindad originaria por la madre en virtud de la Disposición Transitoria de la Ley 11/1990 (37).

Los supuestos más problemáticos de acreditación, por tanto, son fundamentalmente dos: la adquisición por el progenitor de una vecindad por residencia de diez años en territorio distinto al de su vecindad anterior, y la vecindad originaria de uno de los padres.

padres, en el primer caso por razones de conveniencia, en los segundos por tratarse de supuestos de atribución legal del ejercicio de la patria potestad.

(36) La emancipación por vida independiente (art. 319 CC) conlleva, a estos efectos, mayor esfuerzo probatorio, pues al tratarse de una emancipación de hecho, el optante que se encuentre en tal situación deberá aportar todos los datos que la demuestren. A ello se añade el inconveniente de la revocabilidad del consentimiento paterno para que el menor viva independientemente y que, de haberse producido, exigiría la asistencia de los padres en el momento de la declaración de opción.

(37) «La mujer casada que hubiere perdido su vecindad por seguir la condición del marido, podrá recuperarla declarándolo así ante el Registro Civil en el plazo de un año a partir de la publicación de esta Ley».

En el primer caso el hijo optante deberá aportar las pruebas necesarias que acrediten la residencia continuada de su padre en un determinado territorio con Derecho Civil propio, fundamentalmente la copia del empadronamiento de su progenitor en municipio perteneciente a dicho territorio, así como su residencia habitual, continuada e ininterrumpida.

En el segundo caso (demostración de que uno de los progenitores ostenta en la actualidad una vecindad de origen), la prueba dependerá del régimen legal de la vecindad a la que dicho progenitor estuviere sometido. Si dicho progenitor nació después de la entrada en vigor de la Ley 11/1990, la prueba deberá extenderse a la demostración de la vecindad de los abuelos y a falta de tal prueba entrará en juego la presunción de vecindad del artículo 14.6 del Código Civil, entendiéndose entonces que el padre por cuya vecindad se quiere optar es la correspondiente a su lugar de nacimiento. Si se trata de progenitor varón casado nacido antes de 1990 tendrá en principio y a falta de cambios posteriores la vecindad de su padre (abuelo del optante). Si todo este bagaje probatorio no fuera aportado, fuera insuficiente o se mantuviera la duda entrará en juego la presunción del artículo 68.2 LRC en virtud de la cual se tendrá por vecino de un determinado territorio quien hubiera nacido en ese territorio de padres nacidos en el mismo. Cuando se opte por la vecindad de la madre, nacida antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1990, deberá aportarse la copia de la declaración de recuperación de la vecindad realizada al amparo de la Disposición Adicional de dicha Ley.

Finalmente téngase en cuenta que la no acreditación de los requisitos exigidos para el cambio de vecindad no impide su posterior cumplimiento (art. 227 RRC) y que es en el momento de la declaración cuando el funcionario levanta acta de la misma, siendo la fecha del acta la que se hará constar en la inscripción (38).

V. RESIDENCIA CONTINUADA DEL MENOR EN TERRITORIO CON DERECHO CIVIL PROPIO

1. EL SISTEMA DE CAMBIO DE VECINDAD POR RESIDENCIA CONTINUADA

El artículo 14.5 del Código Civil recoge el tradicional sistema español de adquisiciones sobrevenidas de vecindad —o de cambios de vecindad— por residencia continuada en territorio con Derecho Civil propio. Lógicamente la residencia con trascendencia en este punto es la que se desarrolla o tiene lugar en territorio español, y de ahí que la residencia del sujeto fuera del territorio nacional no tenga, a los efectos de este precepto, ninguna virtualidad.

(38) Vid. *supra*, III, 6.

La primera posibilidad de cambio de vecindad que ofrece ese precepto (art. 14.5.I.1.º CC) es el de la residencia continuada del sujeto durante dos años en territorio de vecindad distinta a la que el sujeto ostenta cuando el interesado manifieste o declare ser esa su voluntad. La declaración deberá constar en el Registro Civil al margen de la inscripción de nacimiento y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 64 a 66 LRC y 225 a 237 RRC. La declaración tiene así valor constitutivo; tanto el régimen registral como el sustantivo prevén que el cambio se operará por la inscripción marginal. Al establecer el Código que las declaraciones *se harán constar en el Registro Civil* (art. 14.5.II) se evidencia la necesidad de la inscripción para que el cambio opere.

La segunda posibilidad de alteración de vecindad por residencia es la que el Código Civil recoge en el artículo 14.5.I.2.º: residencia continuada por diez años sin declaración en contrario durante ese plazo. El modo de funcionar de esta alteración del *status* difiere de la anterior, pues se caracteriza por su operatividad fuera de la voluntad del sujeto. Ahora bien, aunque el cambio se produce *ope legis*, el propio interesado puede evitarlo mediante declaración en contrario, manifestando precisamente su voluntad de mantener su actual vecindad a pesar de su residencia continuada y habitual en territorio diverso. El cambio depende por tanto de la ausencia de declaración conservativa, que viene a configurarse como un freno al automatismo de la residencia por diez años (39).

Ni la declaración de adquirir por la vía de residencia bianual ni la de conservación antes de transcurrir una residencia decenal precisan ser reiteradas (art. 14.5.II *in fine* CC). Esta previsión normativa carece de sentido para la declaración de voluntad del artículo 14.5.I.1.º (residencia de dos años) pues, efectivamente, declarada por el sujeto una voluntad de adquisición, no tiene sentido su posterior reiteración. La correcta interpretación del artículo 14.5.II *in fine* se ofrece en el artículo 65 LRC, que dedica párrafos distintos a cada una de las declaraciones. Así, para la declaración de conservación de vecindad, el párrafo 2.º dispone que: *una vez prestada la declaración de querer conservar (...) la vecindad civil, no es necesario reiterarla, cualesquiera que sean el tiempo transcurrido o los cambios de residencia*. Por su parte, el párrafo 3.º *dispone que tampoco necesita prestar la declaración de conservarla quien haya declarado su voluntad de adquirir la misma (...) vecindad*, declaración que en este caso no es una reiteración de la anterior, que lo fue de adquisición y no de conservación (40).

Obsérvese que habiéndose producido ya una declaración de conservación, si el sujeto cambiara de residencia a territorio diverso con Derecho Civil

(39) RAMOS, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, cit., pág. 417.

(40) BERCOVITZ, R. y PÉREZ DE CASTRO, N., *La vecindad civil*, cit., págs. 50-51.

propio, la declaración de conservación seguiría desplegando sus efectos. No otra cosa establece la LRC al precisar que no se precisa reiteración de la voluntad de conservación *cualesquiera que sean el tiempo transcurrido y los cambios de residencia*.

Una de las cuestiones que se suscita a propósito de la declaración de conservación de la vecindad que se ostenta, es la de si una vez inscrita ésta, puede el sujeto intentar posteriormente adquirir la vecindad del lugar de residencia aun después de haber manifestado su voluntad de querer conservar la anterior. En definitiva, se trata de plantear el carácter revocable o definitivo de la misma. La irrevocabilidad o no de la declaración de conservación merece, creo, distinto enfoque según sean los cambios de residencia.

RAMOS plantea la irrevocabilidad de tal declaración pero partiendo del hecho de que el sujeto no cambia de lugar de residencia y defiende entonces que la declaración de conservación presenta indudablemente el carácter de irrevocabilidad por tratarse de norma de *ius cogens*. La ausencia en el régimen legal de toda contemplación directa o indirecta de una forma de adquirir vecindad derivada de la pretendida revocación de la declaración de conservarla, debe interpretarse como una prohibición implícita de dicha facultad revocatoria. Por otro lado, la seguridad jurídica y la buena fe objetiva que prohíbe ir contra los propios actos avalaría esta conclusión, pues en otro caso se dejaría al arbitrio del sujeto la subsistencia del vínculo conservado (41). Todo ello, añade, no impediría que en virtud de un nuevo título legitimador como puede ser la opción por la vecindad del cónyuge (si tras la declaración contrae matrimonio), el sujeto adquiriera precisamente la vecindad de su lugar de residencia pero que no se basaría en la residencia misma sino en el vínculo conyugal posterior (42).

La irrevocabilidad puede plantearse también cuando se alteran las circunstancias objetivas del supuesto y el sujeto vuelve a cambiar su residencia (tras haber declarado su voluntad de conservar) a territorio con Derecho Civil diverso. Entonces, DÍEZ-PICAZO (43) y RIBAS (44) señalan que la previsión del artículo 65 LRC no tiene sentido, pues el traslado a otro lugar de vecindad diferente en donde la persona reside durante diez años debería provocar la adquisición de una nueva vecindad ante la falta de declaración en contrario. El interesado pudo perfectamente no querer adquirir la vecindad de su resi-

(41) *Ciudadanía y familia...*, cit., págs. 418-419.

(42) En contra DELGADO ECHEVERRÍA que considera que quien declaró no querer perder la vecindad que tenía al residir en determinada región —aun permaneciendo en la misma región cuya vecindad no quiso antes adquirir— podrá declarar su voluntad de dejar sin efecto su anterior declaración, sin efecto retroactivo, y transcurridos otros diez años, o dos con declaración, pasará a tener la vecindad que antes rechazó. Comentario al artículo 14 del Código Civil, en *Comentarios...*, cit., pág. 523.

(43) *Sistema de Derecho Civil*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 318.

(44) *La vecindad civil*, cit., págs. 249-251.

dencia anterior y pretender luego la del lugar en que ahora reside. La declaración negativa que en su momento se hizo no se refiere a una genérica voluntad de no cambiar la vecindad que se ostenta sino de no adquirir una determinada. Lo mismo opina DURÁN RIVACOBIA, para quien la declaración de conservar la anterior vecindad no supone un irremediable apeamiento a la propia, sino la preferencia del declarante de su vecindad actual sobre la que evita con su declaración, sin perjuicio de que dicho criterio decline si las circunstancias le hacen enfrentarse a otro tipo ulterior de vecindad. A su juicio, el artículo 65 LRC se refiere a los dos mismos tipos de vecindades enfrentadas y en el único supuesto de la declaración para conservar la ostentada con anterioridad (45).

2. RESIDENCIA, VECINDAD CIVIL Y VOLUNTAD DE CAMBIO

El cambio de vecindad por residencia no ha tenido una igual valoración, no ya en cuanto al sistema mismo o, lo que es lo mismo, a que la vecindad pueda alterarse por residencia, sino en cuanto a la manera en que tal cambio se implementa en el Código Civil. No hay duda de que es deseable que el arraigo del sujeto en el territorio en el que fija su residencia y desarrolla su actividad laboral, familiar y de relaciones sociales marque su *status* personal. Pero mientras que para algunos ese arraigo ha de producirse «de una forma natural, voluntaria, sin forzar de ninguna manera el criterio personal de los ciudadanos que pudieran encontrarse en esas circunstancias» (46), para otros la vecindad de una persona debiera ser aquélla que le permita acogerse al ordenamiento jurídico vigente en el lugar donde reside habitualmente (47).

La manifestación más evidente de la primera de las posiciones se materializó en el Proyecto de Ley de reforma del Título Preliminar del Código Civil elaborado por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación en 1983 y que suprimía en su texto (art. 15) la adquisición automática de la vecindad por residencia decenal manteniendo exclusivamente la voluntaria reduciendo a la vez el plazo para ello a seis meses (48). De esta forma

(45) *El nuevo régimen de la vecindad civil...*, págs. 56-58. De entre los autores, sólo BERCOVITZ mantiene que la irreiterabilidad del artículo 65 LRC no tiene excepción alguna, ni siquiera si se cambia de residencia a un territorio de vecindad civil distinta, «La regulación de la vecindad...», pág. 185.

(46) Ponencia sobre vecindad civil presentada al Congreso Jurídico celebrado en Zaragoza en octubre de 1981, inédita, citada por RIBAS, *ob. cit.*, pág. 165.

(47) ROCA y PUIG FERRIOL, *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1979, pág. 342.

(48) Sobre ese Proyecto ampliamente PARRA LUCÁN, M. A., «La vecindad civil: en torno a un proyecto de reforma», en *RJN*, 1988, núm. 5, pág. 53 y sigs.

se encadenaba residencia y vecindad sólo cuando el sujeto afectado así lo manifestara.

Desde la perspectiva de la práctica notarial se alzan en la actualidad también algunas voces abogando por una reforma legislativa en la que se suprima la vía de los diez años de residencia para el cambio de vecindad con el objetivo de conseguir seguridad jurídica (49).

Contrariamente y de forma mayoritaria se considera que en el régimen actual la ley suple la falta continuada de una declaración formal de voluntad con la finalidad última de conservar el significado territorial de la foralidad ante la pasividad personal del interesado, que podría dar lugar a perpetuaciones artificiales de vecindad, en un sistema que parte de la primacía de la determinación originaria basada en la filiación. La figura del artículo 14.5.I.2.º del Código Civil tendría una doble virtualidad positiva en cuanto suple la voluntad indiferente y preserva el sentido racional y genuino de la conexión foral que es la sujeción a un Derecho especial, principalmente por razón de territorio (50). Aplicar automáticamente la primacía de la determinación originaria (o anterior), salvo opción expresa por la vecindad de residencia, supondría equiparar totalmente a estos efectos la vecindad con la nacionalidad española, lo que demostraría su inconveniencia y absurdidad y daría lugar a un arbitrio ilimitado del particular sobre la subsistencia del vínculo, ya que en todo momento se podría optar por el estado residencial, cosa contraria a la naturaleza del estado civil y que podría prestarse fácilmente al abuso y al fraude (51).

A mi juicio es loable que el legislador quiera conseguir una ligazón entre residencia y vecindad de forma tal que el sujeto pueda llegar a adquirir la vecindad del territorio en el que ha establecido su residencia de forma continuada e ininterrumpida. Sin embargo, de ahí a establecer un mecanismo legal de adquisición de una determinada vecindad por ministerio de la ley colocando la carga de su evitación al propio sujeto me parece un camino muy poco deseable y que, de hecho, no provoca sino problemas. Así lo demuestra el hecho de que casi todas las sentencias del Tribunal Supremo español que se han pronunciado sobre la vecindad civil recaen sobre pleitos ocasionados

(49) En este sentido, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L., «La vecindad civil en relación con el matrimonio y las parejas de hecho. Un problema de seguridad jurídica», en *Academia Sevillana del Notariado*, 2006, T. 14, págs. 303-330, en especial pág. 311. DELGADO RAMOS, tras la sentencia del TS, de 20 de mayo de 2008, que anuló el artículo 161 del Reglamento Notarial, defiende también la desaparición de la residencia decenal, «La vecindad civil. Reflexiones tras la sentencia de anulación del artículo 161 RN. Propuesta de nueva regulación», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2007, núm. 147, pág. 1567 y sigs.

(50) RAMOS CHAPARRO, *ob. cit.*, pág. 421. LAMARCA Y MARQUÉS señala también la bondad del sistema porque la integración de las personas en el territorio se produce con un escrupuloso respeto a la decisión individual y en la actualidad, cada español pierde su vecindad si así lo ha querido, *Veintatge civil...*, cit., pág. 38 y sigs.

(51) RAMOS CHAPARRO, *ob. cit.*, pág. 419.

a raíz o con ocasión de la vía automática de adquisición. Si a la propia extrañeza de un cambio de *status* por obra de la ley —que en muchas ocasiones pasa inadvertido para el afectado— añadimos la ignorancia que sobre ese cambio y la evitabilidad del mismo tiene el sujeto obtendremos la respuesta a la conflictividad sobre el particular.

La residencia debiera configurarse como presupuesto de adquisición de una nueva vecindad para que de forma voluntaria y mediante declaración positiva el sujeto pudiera alterar su anterior vecindad cuando así lo estime oportuno por estar vinculado más intensamente al nuevo territorio. Pero que la ley opere un cambio de vecindad, de estado civil, incluso sin la voluntad del sujeto en tal sentido carece de los mínimos necesarios de seguridad jurídica y de respeto a la configuración jurídica de la persona. El arraigo no debe ser impuesto o, dicho en otras palabras, la trascendencia del arraigo la debe determinar el propio afectado sin establecer mecanismos legales automáticos que en el fondo vienen a presumir una voluntad tácita sin fundamento y sin demostración en contrario. Por mucho que doctrina y jurisprudencia se hayan esforzado en reiterar que el cambio de vecindad opera al margen de la voluntad, el fundamento de este mecanismo no puede ser otro que esa tácita voluntad, salvo que se diga que la voluntad del legislador sea la de alterar la vecindad de los sujetos porque entiende producido en todo caso el arraigo por residencia de diez años.

Por otro lado, al producirse el cambio de vecindad fuera del Registro Civil, el sujeto se ve abocado a acudir para su demostración a una serie de expedientes y vías probatorias añadidas que en muchos casos acarrearán situaciones de incertidumbre.

3. EL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS DE RESIDENCIA

A) *Trayectoria legislativa*

Las consideraciones anteriores permiten introducir una cuestión de singular importancia en orden a la vecindad civil de los menores de edad y que ha planteado divergencias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. El tema es el cómputo de los plazos de residencia del artículo 14.5 del Código Civil para las personas que carecen de capacidad de obrar. El problema se plantea en los siguientes términos: en los plazos de diez y dos años, ¿se computa el tiempo en que el sujeto no se gobierna por sí mismo? ¿Qué capacidad se requiere en las personas para que la residencia efectiva en lugar de distinta vecindad les sea computable a los efectos de adquirir nueva vecindad?

El recorrido legislativo de la cuestión demuestra una trayectoria determinada que viene marcada por el hecho de que un tema trascendental como lo

es el modo de computar los plazos de residencia, venga fijado en una norma reglamentaria, el Reglamento del Registro Civil. Dilucidar si la norma jerárquicamente inferior se adecua a lo preceptuado en el Código Civil deviene así la cuestión nuclear.

1. En la primera versión del Código Civil, el artículo 15, párrafo 5.º, no resolvía cómo debían computarse los plazos para la alteración de la vecindad por residencia, preceptuando sólo que *para los efectos de este artículo, se ganará vecindad por la residencia de diez años en provincias o territorios de derecho común, a no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario; o por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser esta su voluntad, Una y otra manifestación deberán hacerse ante el Juez municipal para la correspondiente inscripción en el Registro Civil.*

La respuesta al problema vino a través del Real Decreto de 12 de junio de 1899, dictado para la inteligencia y aplicación de dicho precepto y que establecía las reglas dirigidas a los encargados de los Registros Civiles con el fin de dar cumplimiento al artículo 15 del Código Civil: *a los efectos del artículo anterior (regulador de la inscripción en el RC de las declaraciones a que se refiere el art. 15 CC), el párrafo 5.º del citado artículo 15 empezará a contarse conforme a las siguientes reglas: (...) 2.º Para los menores de edad no emancipados legalmente, desde que cumplan la mayor edad con arreglo a la legislación a que estaban sometidos al tiempo del fallecimiento de sus padres; 3.º Para los dementes y pródigos declarados por sentencia firme, desde que en virtud de declaración judicial haya cesado la causa de su incapacidad.*

El Real Decreto de 1899 vino a suplir los silencios del artículo 15, párrafo 5.º del Código, estableciendo o diseñando en suma un sistema de alteración por residencia que sólo resultaba aplicable a los mayores de edad o emancipados que no fueran dementes o hubieran sido declarados pródigos (52). Los plazos de diez y dos años no corrían ni en contra ni a favor de esos sujetos, quienes por sí mismos no podrían declarar su voluntad de cambiar su vecindad acreditando dos años de residencia continuada, ni tampoco la alteraban por residencia decenal puesto que no podían oponerse mediante declaración ante el Registro.

Este sistema llevaba a la conclusión de que sólo a partir de que el sujeto alcanzara la mayoría de edad podía empezar el cómputo de plazos de residencia continuada en territorio distinto, pues hasta entonces quedaba indefectiblemente sujeto a la vecindad del padre, quien si cambiaba de vecindad pro-

(52) Señalaba DE CASTRO respecto a los pródigos, que la referencia a ellos no era admisible pues tienen capacidad para cambiar su vecindad, *Derecho Civil de España*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, reedición de las obras de 1949 y 1952 en un solo volumen, pág. 476.

vocaba el cambio de la de los hijos sometidos a su patria potestad. El menor de edad por tanto podía cambiar su vecindad pero no por su propia residencia continuada sino por el cambio que la residencia provocaba en la vecindad de su padre y que afectaba a todos los miembros de la familia.

Al alcanzar la mayoría de edad o la emancipación comenzaba para el sujeto un cómputo desde cero de la residencia de dos o diez años, sin que en tales plazos pudiera computarse el tiempo que esa persona hubiera residido en el territorio del que pretendiera ganar la vecindad.

2. Este mismo sistema se mantuvo tras la entrada en vigor de la LRC de 1957 y del RRC de 1958, aunque en términos que daban pie a alguna duda y a interpretaciones diversas. El artículo 225 RRC, tras establecer que *el cambio de vecindad civil se produce ipso iure, por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario*, añadió en su segundo párrafo que *en el plazo para las declaraciones de voluntad ante el encargado, no se computa el tiempo en que el interesado no pueda, legalmente, regir su persona*.

Ciertamente el segundo párrafo, aun con la utilización del plural «declaraciones», parecía aludir exclusivamente al plazo de diez años al que dedicaba su atención el primer párrafo, por lo que podía interpretarse que para el cómputo del plazo de dos años por residencia continuada la persona podía hacer valer el tiempo en que residió en el territorio del que quería ganar vecindad mientras estuvo bajo patria potestad.

Una lectura distinta del artículo 225 RRC llevaría por el contrario a la conclusión de que, al referirse genéricamente a las declaraciones de voluntad ante el encargado del Registro, quedaban bajo el mismo régimen tanto las declaraciones de no perder la vecindad anterior por residencia de diez años, como la de adquirir la vecindad por residencia de dos años.

Para ABRIL CAMPOY con la redacción dada al artículo 225 RRC en 1958 sí se computaba el tiempo que transcurría durante la minoría de edad a efectos de la adquisición de la vecindad por parte de los hijos sujetos a patria potestad. Lo que ocurría era que esos lapsos de tiempo no se tomaban en cuenta a efectos de llevar a cabo las declaraciones que debían efectuarse ante el encargado del Registro Civil, en relación con la adquisición del mismo por residencia (53). A partir de la emancipación o de la mayoría de edad podía el interesado declarar su voluntad de adquirir la vecindad por transcurso de dos años en territorio con Derecho Civil propio, o bien cabía desde ese mismo momento (mayoría o emancipación) la declaración de que no deseaba perder

(53) Es esta la tesis que también defiende la STS de 28 de enero de 2000, que declara que el espíritu del precepto reglamentario es el de interrumpir el plazo para la declaración de voluntad pero no para la adquisición automática de la vecindad para los menores (F.º D.º 3.º).

la vecindad previa por residencia de diez años. En este último caso, advierte el autor, no se impedía el cambio de vecindad sino que el menor había ganado la residencia por diez años y lo que se producía con esa declaración era la readquisición de la anterior (54).

Considero que la interpretación del artículo 225 RRC en su redacción de 1958 no puede pasar por alto el entero sistema codificado de adquisición y cambio de vecindad al que el precepto reglamentario dio servicio y en el que, por cierto, no había mecanismo alguno de readquisiciones de vecindad ni posibilidad alguna de que el menor alterara su vecindad por residencia de forma independiente a la del padre (por ejemplo, si éste residiera un tiempo de esos diez años en el extranjero sin trasladar con él a sus hijos menores).

Aun con la equívoca expresión (*en las declaraciones de voluntad... no se computa el tiempo*) era clara la intención del precepto. La pretensión del artículo 225 RRC era que la propia residencia autónoma del mayor o emancipado fuera precisamente el factor que marcara el cambio de su propia vecindad. De ahí que la declaración de querer conservar la vecindad debiera producirse junto con la acreditación de una residencia autónoma en territorio diferente al de la vecindad que ostenta, sin que sirviera para ello la residencia mantenida y continuada de diez años (o parte de ellos) pero fijada en todo caso por el padre. Si quería oponerse a la pérdida de vecindad por residencia de diez años, debería acreditar que su residencia antes del vencimiento de ese plazo se desarrolló desde que fue mayor o emancipado. En otras palabras, la pérdida de la vecindad anterior no se producía, dado que la residencia del menor bajo patria potestad no era computable, evitándose así un evidente acortamiento del plazo para emitir la oposición al cambio de vecindad.

Cosa distinta podría mantenerse respecto a la residencia de dos años durante la minoría de edad. En ese caso tal residencia sí podía hacerse valer y la razón para ello es que se trataba de una vía en la que la voluntad positiva es el elemento definitivo para adquirir (no para no perder) la residencia del sujeto transcurrida bajo patria potestad (55).

3. Tras la reforma del régimen de la vecindad por Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y Decreto legislativo de 31 de mayo de 1974, se mantuvo el mismo sistema de cambio de vecindad por residencia —dos años con declaración y diez años sin declaración en contrario (art. 14.3)—. Por su parte la legislación registral fue modificada puntualmente (RD 3455/1977, de 1 de diciembre) para acomodarla al Código. Es en este momento cuando el legislador restringe la operatividad del cómputo de los plazos aclarando las dudas que con la anterior versión se habían provocado. El artículo 225 RRC quedó

(54) «El cómputo de los diez años de residencia para la adquisición de la vecindad civil (art. 14.5.2.º CC y art. 225.2 RRC)», en *RJC*, 2001, núm. 3, págs. 184 y 190.

(55) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en «Comentario al artículo 225 RRC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, vol. 5.º, cit., pág. 397.

igual en su primero de los párrafos, dándosele al segundo la siguiente redacción: *En el plazo de diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona*. Obsérvese que la regla del cómputo se ciñe ahora exclusivamente a la alteración de la vecindad por residencia decenal y que, por otro lado, expresa inequívocamente que se trata de una estricta regla del cómputo del plazo y no de la declaración.

Bajo el régimen vigente a partir de 1977 y hasta 1990 el sujeto que se emancipaba o alcanzaba la mayoría de edad podía cambiar su vecindad mediante declaración ante el Registro acreditando dos años de residencia continuada aunque ese tiempo hubiera estado sometido —en todo o en parte— a patria potestad. Es indiferente que los dos años de residencia, que actúan como presupuesto/base inmediatamente anterior a la declaración positiva de adquisición de la vecindad, hubieran transcurrido aunque sea parcialmente durante la minoría de edad o incapacitación del sujeto.

Sin embargo, para que el cambio de vecindad por residencia continuada de diez años operara automáticamente (y por tanto para que el sujeto pudiera oponerse a que el cambio se produjera) era preciso que los diez años comenzaran a computarse desde el día de la emancipación o de alcanzar la mayoría de edad, sin que el tiempo de residencia vivido con los padres en el territorio del que se desea ganar vecindad fuera computable. Esta interpretación es por lo demás acorde con el hecho de que el interesado no es capaz para actuar sobre su esfera jurídico personal y no habría tenido la oportunidad de ejercitar el derecho de conservar una vecindad civil distinta a la territorial (56).

ABRIL CAMPOY ofrece también una interpretación distinta a ésta afirmando que «con la reforma de 1977 el transcurso del tiempo (de diez años) no se computa, en su literalidad, para una posible adquisición de la vecindad civil por parte del menor no emancipado con lo que (...) se distorsiona el criterio de la unidad familiar entonces imperante, al no poder seguir el hijo, en muchas ocasiones, la vecindad que los padres han adquirido por residencia continuada de diez años en un territorio con derecho propio, mientras el hijo era menor» (57). Por ello y a partir de esta interpretación entiende que en el periodo 1977-1990 los años transcurridos durante la minoría de edad deben computarse pese a la dicción del precepto reglamentario sobre la base de la automaticidad u operatividad *ipso iure* de la residencia decenal, de la imposibilidad de negar al menor la conexión entre residencia y vecindad y de la adecuación al principio de unidad familiar que no se conseguiría de seguirse el mandato del artículo 225 RRC (58). A ello añade que entender que el plazo de residencia durante la minoría no se computa a efectos de adquirir la ve-

(56) RIBAS ALGUERÓ, *La vecindad civil: en torno a su régimen jurídico y a su prueba*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 181.

(57) *Loc. cit.*, pág. 176.

(58) *Ibidem*, págs. 191-192.

ciudad civil por residencia de diez años, significa que si los padres adquirían la vecindad civil del territorio en el que habían residido con sus hijos durante más de diez años de forma continuada e ininterrumpida, éstos no lo hacían más que si los diez años de residencia acontecían a partir de su emancipación o mayoría de edad, lo que, como es de ver, suponía la no consecución de la unidad familiar perseguida por la regulación legal.

De nuevo, creo, se trata de una interpretación poco acorde con el Código Civil (versión 1974). Lo único que se deduce del artículo 225 RRC en la redacción de 1977 es que el sujeto cambia de vecindad si vive autónomamente durante diez años tras salir de la patria potestad. Ello no contradice el hecho incontestado —pero que ABRIL obvia— de que los hijos no emancipados siguen, en tanto dure esa situación, la vecindad del padre. En suma, el 225 vino a completar el Código en lo referente al cambio de vecindad por residencia apuntalando el sistema sustantivo y reforzándolo: siempre que el padre cambie su vecindad por residencia de diez años, todos los hijos sometidos a su patria potestad la cambiarán (art. 14.4 CC) y una vez salido de la patria potestad, el sujeto no verá alterada su vecindad anterior *ipso iure* si parte de esos diez años residió bajo autoridad paterna.

De no interpretarse así el mecanismo de cambio de vecindad, se llegaría a resultados que el propio régimen codificado desechaba. Piénsese, por ejemplo, en el sujeto que vivió desde los nueve años con sus padres en territorio con Derecho Civil propio sin que el padre hubiera alterado su vecindad por residencia decenal. Al cumplir los diecinueve años, es decir, al año de haber salido de la patria potestad, habría perdido *ipso iure* su vecindad anterior que es precisamente lo que se quiere evitar. La norma reglamentaria es así un medio de protección del sujeto en la medida en que no le impone la carga de tener que realizar en el plazo de los dieciocho a los diecinueve años la declaración de querer conservar su anterior residencia.

4. El artículo 225 RRC no ha sido reformado en este punto tras la modificación del régimen de vecindad civil recogido por el Código Civil en 1990. De esta forma puede decirse que el sistema actual de cambio de vecindad por residencia de diez años en lo que atañe a los menores de edad (en general a quien *no pueda regir legalmente su persona*), sigue siendo en su literalidad igual al anterior. El sujeto podrá, una vez que alcanza la mayoría de edad o la emancipación, cambiar su vecindad declarando que ha residido de forma continuada en territorio diverso al de su vecindad anterior durante dos años con independencia de que parte de esos dos años fuera menor. Pero el cambio de vecindad por residencia continuada de diez años no se producirá automáticamente más que si los diez años los ha vivido mientras ha sido mayor de edad o emancipado, pudiendo, claro está, antes de que venza ese plazo oponerse a la pérdida de la anterior.

B) *Interpretación jurisprudencial*

Atendiendo a los años de vigencia del régimen instaurado en 1990, no existen todavía resoluciones del Tribunal Supremo ni de la DGRN sobre si en el cómputo del plazo decenal se incluye el tiempo en el que el sujeto no puede regir su persona. Todas las recaídas hasta el momento se refieren a supuestos en los que son aplicables los regímenes anteriores al actual.

Diversas sentencias del Tribunal Supremo se pronunciaron en el sentido de excluir de ese cómputo el tiempo transcurrido durante la minoría de edad (59). Mención especial merecen algunas de esas sentencias y otras que se separan de tal criterio.

La STS de 20 de diciembre de 1985 ni trata ni se pronuncia en ningún momento acerca de la cuestión del cómputo de plazos de residencia decenal. Y ello porque en realidad no resultaba necesario. La sentencia versa sobre un supuesto en el que se trataba de dilucidar si en el momento en que el esposo contrajo matrimonio había adquirido la vecindad catalana. Declara el TS que la vecindad civil de origen es susceptible de ser modificada de forma automática, por la simple residencia del interesado en territorio distinto del de su vecindad originaria, nueva vecindad que de inmediato se proyecta sobre el cónyuge del adquirente y sobre sus hijos no emancipados y que opera por el transcurso de diez años a no ser que antes de terminar dicho plazo el interesado manifieste su voluntad en contrario (antiguo art. 15,3). Por eso, si una persona adquiere la vecindad en un territorio de Derecho Foral automáticamente la adquieren su esposa e hijos, salvo que estos al llegar a la mayoría de edad hicieran uso del derecho que en el artículo 15.1.º se les confiere, tanto a los mayores como a los emancipados. Si los padres del demandado trasladaron su domicilio a Barcelona antes de 1945 y adquirieron la vecindad catalana en 1955 cuando el demandado no había alcanzado la mayoría de edad, éste la adquirió sin necesidad de otro requisito y que le relevaba de tener que emitir ninguna otra declaración de adquirir algo que ya tenía adquirido.

La STS de 23 de marzo de 1992 sí tuvo que entrar a analizar el tema de cómputo de residencia, dado que se trataba de determinar si la residencia decenal parcialmente transcurrida durante la minoría de edad servía a los efectos de alteración de vecindad. El Supremo casó la sentencia dictada en apelación al estimar que la misma se había limitado (con una *simplista argumentación y sin plantearse siquiera el tema*) a considerar solamente que el demandado adquirió la vecindad civil catalana por su residencia continuada durante diez años en Barcelona, olvidando que llegó a dicha ciudad con doce años en unión y bajo la patria potestad de sus padres sin que éstos alteraran

(59) Así las de 2 de marzo de 1977 y las Resoluciones de la DGRN, de 3 de julio de 1967 y 6 de noviembre de 1980.

su vecindad y conservando la vecindad común que tenían, por lo que en virtud del artículo 14.4 a los hijos no emancipados les corresponde la vecindad de sus padres bajo cuya patria potestad se encuentren (hasta los veintidós años *ex art.* 320 CC anterior). Afirma la sentencia que el artículo 225 RRC es plenamente coherente con el artículo 14.3.2.º del Código Civil aplicable al supuesto siendo que la automaticidad de ese precepto no está en pugna con la imposibilidad de la persona para regirse por sí, presentándose ambos aspectos como complementarios.

Rompiendo parcialmente esta línea argumental, la STS de 20 de febrero de 1995 falló que el recurrente no adquirió por residencia decenal la vecindad civil catalana, pero no por el hecho de que dicha residencia hubiera transcurrido en tanto se encontraba bajo la patria potestad, sino por el hecho de que la persona en cuestión había residido en Francia de forma continuada y estable durante un determinado lapso temporal, no pudiéndose computar dicha residencia a efectos de adquisición de la vecindad.

Sin embargo, *obiter dicta*, la Sala realiza una serie de consideraciones que vendrían a avalar la tesis de que la residencia decenal opera automáticamente para la persona con independencia de sus circunstancias personales y de la voluntad del sujeto: «si los sometidos a patria potestad no pudieran, al llegar a la mayoría de edad, hacer valer los años de residencia pasados durante su minoría de edad para montar su vecindad civil, se daría la incongruencia de que la vecindad que el padre se apresta a perder permanecería con sus hijos durante diez años después de su mayoría», en contra del principio de unidad familiar (F.º D.º 4.º *in fine*). Por ello el precepto reglamentario (art. 225 RRC) a juicio del Tribunal, se coordina mal con el artículo 15.3 del Código Civil (versión 1889) y de ahí que no pueda tenerse en cuenta en virtud del principio de jerarquía normativa (60).

Con posterioridad a estas sentencias, en el año 2000 el Tribunal Supremo español resolvió en dos ocasiones a favor de la tesis que interpreta el automatismo de la adquisición de vecindad por residencia de diez años sin tomar en consideración la menor o mayor edad de la persona, obviando cualquier cuestión de cómputo de plazo.

La primera de ellas, de 28 de enero de 2000, se pronunció sobre un caso en que resultaba de aplicación la versión del Código de 1889 y el Real

(60) Efectivamente, tal como señala la sentencia, la vecindad que el padre estaba a punto de perder no la perdería el hijo que sale de la patria potestad y sí la perderían los hijos que todavía están bajo ella y ello no atenta contra el eje inspirador de la unidad familiar, pues tal principio sólo es de aplicación en cuanto la autoridad paterna determinaba el estado civil de los hijos pero no iba —no podía ir— más allá hasta alcanzar a los hijos que salen de ella. Pero todavía más: a partir de la reforma de la legislación registral de 1977 es el propio hijo una vez que se emancipa o es mayor de edad el que tiene la posibilidad de adquirir la vecindad por residencia pues bastaba que declarase su voluntad de que así fuera alegando los dos años de residencia.

Decreto de 12 de junio de 1899. En el fallo se hace valer la residencia de los menores afirmando que ambos esposos litigantes cambiaron su vecindad común originaria y adquirieron la catalana por residencia de diez años al trasladarse con sus respectivos padres desde municipios de la provincia de Córdoba a Cataluña, sin que en ese tiempo anterior ni aún en el de después rechazasen tal vecindad.

Lo más chocante de la sentencia es que ni siquiera entra a valorar un hecho trascendental, cual es que uno de los litigantes (el esposo) habría adquirido la vecindad catalana pero no por su propia residencia sino por el hecho de que antes de alcanzar la mayoría de edad, su propio padre había alterado su vecindad provocando un cambio en la del hijo. La sentencia no se para en analizar este fundamental dato, crucial en el régimen legal aplicable al caso. El esposo (nacido en 1940) alcanzó la mayoría de edad en 1961, pero antes ya habría adquirido la vecindad catalana por la residencia decenal de su padre con el que convivía en territorio catalán, ya que allí vivieron desde 1949, luego en 1959 el padre la había adquirido y «transmitido» a su hijo. La Sala ni siquiera entra a valorar cuál era la vecindad que el padre del litigante (el esposo) tenía ni si la alteró y comunicó tal vecindad a su prole.

La de 21 de septiembre de 2000 declara categóricamente que tanto el artículo 15 del Código Civil (versión 1889) como el 14.3 (versión 1974) prescriben que el periodo de residencia decenal es un periodo taxativo en donde la vecindad se adquiere por la mera constatación de dicha residencia, en general por el cauce habitual del previo empadronamiento, mandato que se altera por la prescripción del artículo 225 RRC al establecer que en los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona. Para la Sala esa pretendida alteración se solventa afirmando que no es posible limitar el contenido imperativo del Código Civil con una norma de carácter reglamentario que cercena un «posibilismo actuatorio», como es el acceso a una vecindad. Apoyándose en la STS de 20 de febrero de 1995 casa la sentencia de la Audiencia y declara adquirida la vecindad catalana respecto a un sujeto que había residido durante seis de los diez años precisos de residencia bajo patria potestad. Para el TS esos seis años de residencia en domicilio paterno deben integrarse en el cómputo de los diez años.

Diversas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona han seguido esta línea argumental que han iniciado las STS del año 2000, como las SSAP de Barcelona, de 16 de diciembre de 2003, 8 de septiembre de 2005, 11 de mayo de 2007 y 22 de noviembre de 2007. En la SAP de Barcelona, de 16 de diciembre de 2003, se planteaba por el recurrente la alegación de que vivió durante parte de diez años en Cataluña como menor de edad y que al contraer matrimonio no habían transcurrido diez años completos bajo los que pudo regir su persona. La Sala afirma que no puede compartir este criterio de la STS de 23 de marzo de 1992, traída a colación por el recurrente en apoyo de su postura,

habida cuenta de que el RRC contradice lo dispuesto por el Código. «Esta interpretación habría producido el fenómeno de que los hermanos del señor Fernando (recurrente) que siguiesen siendo menores de edad al cumplir sus padres los diez años de estancia en Catalunya adquiriesen *ipso facto* la vecindad catalana y él, en cambio, no la adquiriese por la circunstancia de que, cuando pasó a ser mayor y ya podía regir su persona, quiso quedarse en Catalunya y no quiso optar por conservar la vecindad civil de origen. O sea, que a mayor grado de autodeterminación personal, menor trascendencia jurídica se habría conferido a esa posibilidad de decidir por sí mismo. Como se ve la tesis es absurda. Si se acepta la aplicación del párrafo segundo del artículo 225 RRC, ha de hacerse en el sentido de que el tiempo de residencia de un menor en un lugar determinado, cuando es en compañía de sus padres, también cuente a efectos de adquirir la vecindad civil, precisamente por respeto a ese principio de unidad familiar a que se refería el artículo 14.4 del Código Civil» (61).

Aunque esta SAP de Barcelona afirma que la interpretación que de estos preceptos realizó la STS de 1992 no había sido reiterada, lo cierto es que la misma siguió la línea de sentencias anteriores, fundamentalmente la de 1985. Pero además, tal criterio ha sido retomado recientemente en la STS de 27 de junio de 2007, en un caso extraordinariamente semejante al que se resolvió en la STS de 1995. Señala el Tribunal en la sentencia de 2007 que el problema planteado *no es el de si la vecindad por residencia decenal es automático o no* (siendo éste uno de los motivos en que el recurrente basaba su demanda), *sino si en el cómputo de los diez años se incluye el tiempo en que el adquirente carecía de capacidad de obrar*, cuestiones que no son incompatibles entre sí. El Tribunal considera que cuando el demandante contrajo matrimonio ostentaba la vecindad de Derecho Común, pues al alcanzar la mayoría de edad y empezado el cómputo como ordena el artículo 225 RRC, no habían transcurrido diez años antes del matrimonio y por ende no la había perdido, ni ganado en consecuencia la vecindad catalana.

Finalmente ha de decirse que en sentencia de 12 de enero de 2009, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha venido a alinearse con la línea de pronunciamientos mayoritarios del TS español sobre el particular al afirmar que no es posible computar a los efectos de la adquisición de la vecindad civil por residencia los años de la minoría de edad en que el sujeto estuvo bajo la patria potestad de sus padres. Esta sentencia ha sido criticada por considerar, entre otras cosas, que aplica irretroactivamente el artículo 225 RRC a un supuesto en el que tal norma no estaba en vigor (61bis). Y efectivamente la mención de este precepto reglamentario es incorrecta pero no así

(61) Vid. nota anterior.

(61bis) VIOLA DEMESTRE, I., «Minoría de edad y cómputo del plazo de diez años para la adquisición de la vecindad civil por residencia. Comentario a la STSJC 1/2009, de 12 de enero», en *Indret*, octubre de 2009, www.indret.com.

la solución, pues al mismo resultado se hubiera llegado aplicando la norma que sí estaba vigente en el momento de producirse los hechos (Real Decreto de 12 de junio de 1899, mencionado anteriormente) y que contenía similar mandato que el artículo 225 RRC.

C) *La doctrina ante el 225 RRC en relación al régimen actual de vecindad*

El modo de computar el plazo decenal del actual artículo 14.5.2.º, así como la cohonestación de este precepto con el RRC, sigue siendo un tema candente que, obviamente, siguen planteándose los autores. Las posturas al respecto pueden ser reconducidas a dos posiciones fundamentales.

a) *La implícita derogación de artículo 225.2 RRC*

La mayoría de autores defienden que actualmente en el cómputo de los diez años han de incluirse los transcurridos bajo la minoría de edad. Todos ellos parten del dato objetivo del automatismo de esta vía de alteración de la vecindad proclamado tanto en el Código como en el propio RRC y en la necesidad de prescindir de toda indagación sobre la capacidad del sujeto y sobre su voluntad (62). A partir de ahí entienden que la conexión entre residencia y vecindad (idea que mueve al legislador en esta vía de cambio) acontece también en el menor de edad que reside ordinariamente con sus padres en territorio diverso al de su vecindad durante el lapso temporal fijado. A ello se añade que no cabría negar al menor, como hace el 225 RRC, la posibilidad de adquirir la vecindad civil por residencia, así como la imposibilidad de que un precepto normativo contravenga lo previsto por norma legal (63).

Por último, se arguye también que esta interpretación no generaría ningún inconveniente al menor porque a partir de los catorce años (con asistencia o por sí, según el caso) podría declarar su voluntad de conservar la anterior vecindad de acuerdo con las facultades que le reconoce el actual artículo 14 del Código Civil. En otras palabras, desde el momento en que el actual artículo 14.3.IV permite optar por determinadas vecindades civiles al menor de catorce años no emancipado asistido por su representante legal, parece lógico reconocerles también capacidad para realizar en las mismas condiciones las dos declaraciones previstas en el artículo 14.5. Con el fin de evitar cambios de vecindad forzosos se defiende que ahora, de acuerdo con el vigente ar-

(62) ABRIL CAMPOY, «El cómputo de los diez años de residencia...», cit.; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al artículo 14 del Código Civil», en *Comentarios...*, cit., pág. 524.

(63) ALBALADEJO, *Derecho Civil, I, Introducción y Parte general*, 17.ª ed., Edisofer, Madrid, 2006, pág. 308, nota 4 bis.

título 14.3.IV, debería admitirse la eficacia de una declaración en contra del cambio de vecindad por el mero transcurso de los diez años del mayor de catorce años o del incapacitado con juicio, debidamente asistido de su representante legal, por lo que podría quizá cuestionarse el sentido actual del 225 RRC (64). «De la capacidad para optar desde los catorce años se sigue, al menos, la de oponerse a la adquisición por residencia mediante la declaración en contrario y por tanto en la lógica del RRC el cómputo de los diez años desde esta edad» (65).

Aun con el riesgo que entraña toda generalización, debe advertirse que esta postura mayoritaria soluciona el problema del cambio de vecindad *ope legis* que se produce cuando el menor, antes de que pasen los diez años de residencia haya cumplido catorce, pues es entonces cuando puede oponerse asistido por sus representantes. Pero entonces, ¿*quid* respecto a los menores que antes de cumplir catorce años y por tanto antes de tener capacidad de oposición, hayan consumado los diez años de residencia? En este punto sólo algunos autores señalan expresamente que han de ser los representantes legales del menor de catorce los que resulten legitimados para oponerse en nombre del menor al cambio de vecindad (66); otros consideran que si el menor ya no puede efectuar la declaración de conservar por haberse consumado el transcurso de diez años, la opción del 14.3.IV le permitiría optar por la vecindad del lugar de residencia (*sic*) (67) o la de los padres, que en la mayoría de los casos coincidirá con la de la residencia decenal (68).

El resultado de esta interpretación que defiende la implícita derogación del artículo 225.2.º RRC es que el menor de edad alteraría su vecindad por residencia decenal, pero con el fin de soslayar la falta de capacidad para la declaración en contrario se introduce un «factor de corrección» (69), cual es que los representantes legales queden legitimados para declarar por (si es menor de catorce años) o con (si es mayor que esa edad) el menor la voluntad de conservar la vecindad que ostenta.

(64) BERCOVITZ, *La regulación de la vecindad...*, pág. 185, y CARRASCO, *Derecho Civil, Introducción, Derecho de la persona, Derecho subjetivo, Derecho de propiedad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 182.

(65) DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al artículo 14 del Código Civil», en *Comentarios...*, cit., pág. 524. En el mismo sentido, DURÁN, *El nuevo régimen de la vecindad civil...*, cit., págs. 58-62.

(66) GARCÍA GARCÍA, J. A., «Régimen de adquisición de la vecindad civil por residencia decenal: ¿contradicción entre el artículo 14.5 del Código Civil y el artículo 225.2.º del Reglamento del Registro Civil», en *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna*, 2006, núm. 23, pág. 232.

(67) Así lo afirma ABRIL CAMPOY (*El cómputo de los diez años de residencia para la adquisición de la vecindad civil*, cit.), aunque seguramente quiere referirse al lugar de nacimiento y no de residencia.

(68) ABRIL CAMPOY, *ibidem*, págs. 192-194.

(69) PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil* (I), cit., pág. 490.

b) La no contradicción entre el artículo 225 RRC y el artículo 14.5.I.2.º del Código Civil

Apoyándose precisamente en la inevitabilidad que la anterior interpretación provoca en los menores así como en el peligro que entraña la representación de los representantes en este asunto, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS entiende que no hay bajo el régimen actual contradicción alguna entre el artículo 14.5.2.º del Código Civil y el RRC (70).

Para este autor debe valorarse antes que nada que el menor —al igual que el incapacitado— no puede decidir sobre su propia residencia y que en coherencia con tal premisa la norma evita que la misma les afecte *ope legis*, haciéndose entonces inútil la concesión de legitimación para enervar el efecto adquisitivo automático de la residencia decenal.

Pero es más, la misma imposibilidad de fijación de residencia de los menores hace que los representantes legales no puedan decidir cuál ha de ser la vecindad del menor, y de ahí que los representantes carezcan de la posibilidad de decidir en nombre del menor la conservación o no de la vecindad de éste. El cambio de vecindad civil afecta personalísimamente a la persona y por ello los representantes legales quedan excluidos de la decisión. Decisión especialmente grave en la medida en que determina cuál es el estatuto personal y sucesorio del menor o el régimen mismo de la representación legal, y que hace que deba excluirse para los menores e incapacitados tanto el cambio de vecindad por residencia de diez años como, en consecuencia, la legitimación de los representantes para declarar o no sobre la conservación de la vecindad originaria del representado. A todo esto debe sumarse el hecho de que el representante legal ordinariamente es pariente próximo y el cambio de vecindad civil afectaría profundamente al régimen de las relaciones familiares, conyugales, patrimoniales, y a los derechos sucesorios.

Aunque es cierto que los representantes legales tienen en el actual régimen un papel decisorio en la vecindad del menor (así el art. 14.3.II CC) esta facultad determinante de la vecindad de los hijos se concede por ley excepcionalmente, por un breve periodo de tiempo y, además, de forma limitada en cuanto a la vecindad que puede ser elegida (71). En este caso el representante puede determinar el estado civil del representado, pero es norma de Derecho excepcional y de interpretación estricta. Sería ilógico con el sistema que lo que los representantes legales no pueden hacer directamente, lo puedan hacer con los traslados de residencia del menor o del incapacitado.

(70) «Comentario al artículo 225 RRC», en *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 396 y sigs.

(71) La atribución por los padres de la vecindad de uno de ellos es una manifestación por otro lado, del criterio de *ius sanguinis*, criterio considerado preferente por el sistema actual.

Ni siquiera extendiendo la autonomía de la voluntad que el propio Código concede a los mayores de catorce años para poder optar en determinadas circunstancias por un cambio de vecindad (art. 14.3.IV) podría entenderse que el menor está legitimado para la declaración de conservación prevista en el artículo 14.5.I.2.º

D) *Mi opinión*

a) Residencia, minoría de edad y cambio de vecindad

Los hijos menores de edad tienen la residencia de sus padres, pues con ellos conviven y éstos tienen la obligación de tenerlos en su compañía. Puede decirse, por tanto, que los menores carecen de la facultad de tener residencia habitual y continuada diferente a la de sus padres o tutores. Como explica PARRA LUCÁN, quienes están sometidos a representación legal (menores, incapacitados sometidos a tutela) carecen de la capacidad suficiente para fijar por su sola voluntad su residencia habitual en determinado lugar. Por otro lado, si el domicilio es la sede jurídica con trascendencia en las relaciones con terceros y es el representante quien asume de manera eficaz el ejercicio de las mismas, la sede relevante debe ser la del representante legal. Así, el domicilio legal de los menores es el de sus padres o tutor (72).

Esta idea hace que los cambios de residencia de los menores —o por mejor decir, de la residencia que los padres o tutores han fijado para ellos— no sean voluntarios y en esa medida no debieran tener influencia determinante en la modificación de vecindad de los hijos, quienes no pueden fijar su residencia habitual ni su domicilio de forma autónoma. Resultaría contrario a la situación de los menores en este aspecto que los cambios de residencia supusieran una alteración automática de su *status*, máxime cuando uno de los *leit motiv* del régimen de vecindad es que las alteraciones de la vecindad de los padres no afecten a la de los hijos (art. 14.3.III CC).

Pero DELGADO otorga a este último precepto una interpretación totalmente distinta al ligarlo con el artículo 14.5.I.2.º: «Puesto que el legislador de 1990 ha querido que la vecindad de los hijos no siga las vicisitudes de la de sus padres, ha de entenderse que quiere que operen plenamente los hechos que

(72) *Curso de Derecho Civil* (I), cit., pág. 375. De la regulación de las relaciones paterno-filiales en el Código Civil parece inferirse la posibilidad de que los hijos, de común acuerdo con sus padres, tengan su residencia en lugar distinto al del domicilio familiar (arts. 155.2.º, 165 y 319). Para estos casos, DELGADO ECHEVERRÍA (*Elementos de Derecho Civil*, I, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, pág. 208) sostiene que puede admitirse la subsistencia del domicilio familiar como legal del hijo no conviviente en él, frente a terceros de buena fe, es decir, que ignoren esta independencia familiar.

determinan las vicisitudes de la propia vecindad del hijo: de otro modo se retrasaría extraordinariamente la adquisición de la vecindad correspondiente a la residencia en muchos casos» (73).

Considero que la regla de la inmutabilidad de la vecindad de los menores por alteración de la de los padres no quiere decir otra cosa que, determinada por los criterios legales una vecindad al sujeto, las adquisiciones sobrevenidas de una vecindad distinta por los progenitores (bien por opción o por residencia) no acarrear modificación de *status* en los hijos. No puede dársele a esa norma (art. 14.3.III CC) más valor hasta hacerle decir que la residencia de los menores tiene idéntico valor que para los mayores. El «retraso» en la adquisición de la vecindad por residencia en los menores no es efecto del modo de cómputo de la misma, sino del valor que ha de tener la residencia de éstos, unido al propio principio inspirador de la reforma de 1990. Por otro lado, y como a continuación se dirá, la residencia del menor tiene un determinado valor contemplado en el propio ordenamiento.

- b) Minoría de edad y (relativa) capacidad de obrar en materia de vecindad.
La residencia bianual del menor

La anterior premisa de la falta de libertad en la fijación de la residencia debe compatibilizarse con uno de los pilares del actual régimen de la vecindad, como es la relativa autonomía de la voluntad reconocida a determinados menores: los mayores de catorce años.

(73) DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al artículo 14 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 524. Por ejemplo, señala este autor, quien llegó a un determinado territorio con vecindad distinta cuando tenía un año seguiría normalmente con su vecindad de origen hasta los veintiocho (cuando sus padres, normalmente, adquirirían la del lugar de residencia diecisiete años antes, cuando él tenía once; edad a la que él mismo la habría adquirido, según la regulación anterior).

El ejemplo —a mi juicio— sirve en tanto se le dé al adverbio «normalmente» que el autor utiliza un significado concreto, entendiendo esta vía de cambio como el modo ordinario de cambiar la vecindad, cuando es una vía extraordinaria y anormal en cuanto opera al margen de declaraciones positivas del sujeto. El menor del supuesto podrá a los catorce años, según se defiende en el texto, adquirir la vecindad del lugar de residencia, pero mediante *declaración positiva* en tal sentido y sobre la base de la residencia continuada e ininterrumpida de dos años anteriores a la declaración.

El planteamiento de este autor es una muestra del modo de pensar que la vía de adquisición por residencia decenal ha calado en los juristas y en la sociedad en general.

LAMARCA I MARQUÈS entiende igualmente que a pesar de que el Código prevea que el cambio de vecindad de los padres no afecta a la de los hijos, dado que los hijos como mínimo hasta la emancipación viven con los padres, el cambio de vecindad se producirá entonces. Se perderá una vecindad y se ganará una nueva presumiblemente al mismo tiempo que los padres, si bien no por comunicación paterna o materna sino por efecto de la residencia. *Veïnatge civil. Determinació...*, cit., pág. 39.

Como sabemos la persona que haya cumplido esa edad tiene reconocido un derecho de opción para cambiar su vecindad si lo desea por otra de entre dos: la última de cualquiera de sus padres o la del lugar de nacimiento (art. 14.3.IV CC). Se trata, como se ha señalado *supra*, de un derecho que insta el propio menor pero que ejerce asistido, a no ser que lo ejerza cuando ya se haya emancipado o haya alcanzado la mayoría de edad. Esta opción se liga a un reconocimiento de capacidad del menor para unir su estatuto personal a un elemento familiar (la vecindad de uno de los padres) o a un elemento de *ius soli* (vecindad del lugar de nacimiento). ¿Por qué no puede decidir su estatuto ligándolo a su lugar de residencia de dos años mediante manifestación de voluntad en tal sentido?

En efecto, esa pregunta ha sido respondida en el sentido de que no hay razón para que, reconocido en el artículo 14.3.IV una opción por un determinado cambio, no deba reconocerse éste basado en la residencia continuada siempre que, claro está, reúna el requisito de residencia habitual e ininterrumpida de dos años anterior a la declaración, lo mismo que los sujetos con plena capacidad de obrar.

A mi juicio, este razonamiento debe completarse con otros argumentos a su favor. En primer lugar, con el hecho de que la propia legislación registral compute a efectos del cambio de vecindad por residencia los años transcurridos durante la minoría de edad para adquirir una nueva vecindad si la vía elegida es la del artículo 14.5.1.º Lo único que impide el artículo 225 RRC es que el sujeto pueda hacer valer la residencia transcurrida en tanto era menor de edad para la adquisición automática.

Quien haya salido de la patria potestad o de la tutela puede alterar su vecindad demostrando dos años de residencia, que indudablemente habrán transcurrido total o parcialmente durante su minoría de edad, o lo que es lo mismo, podrá alegar una residencia determinada por sus representantes legales. Es intrascendente en esta vía de cambio el modo en que la residencia se fijó, bien por el propio sujeto, bien por sus representantes. Por eso, la especial posición de capacidad que el mayor de catorce años tiene atribuida en el artículo 14 del Código Civil hace que sea posible defender también para este sujeto la opción de adquirir la vecindad de su lugar de residencia; tanto si ha alcanzado la mayoría de edad o la emancipación como si ha cumplido los catorce años «vale» o se computa la residencia bianual transcurrida durante su menor edad.

Se trataría, en cualquier caso, de un cambio que viene provocado por una declaración de voluntad positiva. Al producirse en virtud de una manifestación explícita de voluntad, la vinculación residencial de la persona debe ser tomada en consideración aunque dicha vinculación no haya sido determinada por su voluntad.

En otro orden de cosas, el régimen de adquisición de la nacionalidad española concede a los extranjeros mayores de catorce años la posibilidad de decla-

rar su voluntad de adquirirla asistido de su representante legal (art. 21.3.b CC) acreditando una residencia en España de diez, cinco o un año, según los casos. No parece entonces lógico que los nacionales españoles que hayan cumplido la citada edad no puedan alterar en base al mismo hecho (residencia continuada) un aspecto de su propio estatuto personal como es la vecindad, cuando en ambos casos la residencia que sirve de base a la adquisición del estado civil no ha sido determinada por el propio menor.

Todos los datos y consideraciones expuestas, creo, llevan a aseverar que la correcta interpretación del régimen de cambio de vecindad por residencia bianual es la de entender que quienes hayan cumplido catorce años deberían poder declarar ante el Registro su voluntad de hacerlo asistidos por los representantes legales. La solución expuesta estimo que es la coherente con el entero sistema de capacidad de obrar de esos menores en el tema que nos ocupa y con la legislación registral.

- c) El automatismo del cambio de vecindad por residencia decenal sólo opera para los mayores de edad

No cabe duda alguna en cuanto al modo en que el cambio de vecindad por residencia continuada e ininterrumpida de diez años se produce. Es un cambio automático, *ipso iure* o por ministerio de la ley. Si en un momento determinado pudieron existir dudas acerca del carácter voluntarista o no de esta figura, las mismas han quedado disipadas: para nada cuenta la voluntad del sujeto ni otros pretendidos indicios de los que se deduzca una voluntad tácita. La persona sólo puede evitar el cambio si declara su voluntad de conservar su vecindad antes del transcurso de esos diez años.

En los anteriores regímenes en los que el cambio de vecindad por residencia del padre arrastraba el de los miembros de la familia (esposa e hijos), pues toda la unidad familiar debía tener una única vecindad, la cuestión «minoría de edad-residencia» no presentó mayores discusiones. Siendo el eje de la vecindad de las personas la vecindad que el padre ostentara, sólo debía preocupar si éste la alteraba. Sin duda, no había problema respecto a los hijos que eran menores cuando el cambio de la vecindad del padre se produjo. Pero respecto a los hijos que alcanzaban la mayoría de edad cuando su padre con el que habían residido no había consumado el plazo de diez años de residencia, se planteó el tema de cómo debía computarse el plazo de diez años. Y la solución la conocemos: para ellos el cómputo de diez años comenzaba a contarse desde que alcanzan la mayoría de edad. De esta forma se conseguía que el mayor de edad pudiera dar a la residencia transcurrida durante su minoría el valor que deseara bastando con que declarara en el Registro Civil su voluntad de hacer valer una residencia de dos años. Así se evitaba para

esta persona el automatismo y se impedía que el sujeto se viera en la carga de tener que evitarlo mediante declaración en contrario (74). DE CASTRO afirmó, en referencia al régimen de vecindad derogado, que el relativo valor dado a la voluntad (en referencia a la manifestación de oposición al cambio de vecindad por residencia decenal) hace que respecto a quienes no tienen capacidad no pueda imponerse una nueva vecindad por el transcurso de los diez años (75).

Veamos si ese mismo sistema es adecuado al régimen actual, a los principios que lo rigen y a la coherencia con la situación de los menores.

A mi juicio las consideraciones clave que se han venido exponiendo hasta aquí más ampliamente y que nos sirven para extraer posteriormente conclusiones son las siguientes:

- La falta de capacidad del menor para fijar su residencia. Siendo el dato objetivo básico de la hipótesis del artículo 14.5.I.2.º una nueva residencia mantenida en el tiempo, el automatismo en el cambio y la efectividad de dicha residencia sólo se puede predicar respecto de los mayores de edad, de quienes pueden regir su persona, no respecto de los que no fijan voluntariamente su residencia ni pueden decidirla. Esta sola consideración ya de por sí hace que resulte contrario a la protección del menor la defensa de un cambio de residencia por ministerio de la ley.
- La voluntad expresa del legislador de 1990 de que los cambios de vecindad de los padres no afecten a la de los hijos bajo su guarda. Aunque es cierto que ello por sí solo no conlleva necesariamente la defensa de la no aplicación de la residencia decenal a los menores, sí sirve para afirmar que si el cambio de vecindad de los padres no afecta a la de los hijos, el cambio de residencia tampoco debería afectarles, a menos que ellos mismos la hicieran valer por la vía más arriba expuesta. Entender lo contrario —que el legislador quiso que operen plenamente para los menores los hechos que determinan las vicisitudes de la vecindad— supone entender que el legislador dejó en manos de los representantes legales la determinación del estado civil de sus representados, en contra por tanto de la regla de tutela de los intereses de los menores.
- Del contenido de la representación legal no forman parte aquellos actos que suponen para el representado una alteración de su *status*,

(74) Así, por ejemplo, si al cumplir la mayoría de edad con veintiún años la persona había vivido en territorio con Derecho Civil propio durante los nueve años anteriores, al año de cumplir la mayoría de edad tendría que declarar su voluntad de no perderla.

(75) *Derecho Civil de España*, cit., pág. 476.

máxime cuando ese *status* determina aspectos paterno-filiales o sucesorios en los que están implicados directa o indirectamente los propios representantes. Coherentemente, éstos no tienen legitimación para declarar en nombre del menor la conservación de la vecindad con el fin de que no la pierda. La ley debe velar por que el menor no se vea afectado por un efecto legal que el menor no puede evitar y que sus padres puede que no eviten.

Planteados los elementos de partida analicemos ahora la cuestión según sea la edad del menor, dado que la misma está presente de una u otra manera en el régimen de vecindad.

Si el sujeto no ha alcanzado los catorce años, en manera alguna la residencia por diez años en territorio con Derecho Civil propio diferente al de su vecindad le afectará de forma automática en su estado civil, y en consecuencia sus padres o representantes legales no vienen «obligados» a evitar la pérdida de la anterior mediante declaración en contrario. Como se ha señalado *supra* (76), determinada la vecindad para el hijo por los criterios legales del propio artículo 14 del Código Civil, esta vecindad es inamovible hasta la citada edad de catorce años y la conserva sean cuales sean sus propias vicisitudes y sean cuales sean las vicisitudes del *status* de sus padres.

Al cumplir catorce años el sujeto entra en una fase de capacidad relativa de cambio de *status*. Esta capacidad quedó legal y explícitamente determinada en el artículo 14.3.IV del Código Civil, precepto que le permite optar por determinadas vecindades entre las que no se incluyen la vecindad de su lugar de residencia pero para la que, tal como hemos planteado, debiera también considerarse capacitado. La opción precisa en todo caso una declaración de voluntad positiva del propio menor manifestando su expresa voluntad.

Considero que al cumplir catorce años seguiría sin tener apoyo argumental la idea de que comienza a correr el plazo de diez años de residencia y de que a partir de ese momento tiene (o debería tener) reconocida la posibilidad de declarar, asistido en su caso por sus representantes, su voluntad de conservación. Téngase en cuenta que no es lo mismo legitimar para manifestar una voluntad adquisitiva que legitimar para evitar un cambio que se producirá si el sujeto no lo evita. Obsérvese además que si a partir de los catorce años empezara a correr el cómputo de residencia decenal ostentaría su derecho de oposición durante diez años, es decir, hasta que el sujeto cumpla veinticuatro (seis desde la mayoría de edad) con lo que el plazo se acortaría en su contra.

En suma, el actual artículo 14.5.I.2.º del Código Civil está en plena coherencia con el artículo 225.2 RRC, pues este último precepto, además de ser una regla de protección de los menores al eludir la carga para el propio sujeto

(76) III.7.

y para sus representantes legales de declarar en contra de la pérdida de la anterior vecindad, es una norma que encuentra su perfecto acomodo y complementariedad en el régimen sustantivo de la vecindad del Código Civil.

d) **Recapitulación**

Las reglas que a mi juicio rigen el cambio de vecindad por residencia de los menores de edad serían las siguientes:

Primera. El menor de catorce años que hubiera vivido diez años en territorio diferente al de su vecindad no pierde por efecto del artículo 14.5.I.2.º su vecindad. En este sentido el artículo 225.2 RRC sigue teniendo virtualidad bajo el actual régimen codificado de la vecindad porque impide los cambios de vecindad automáticos y excluye de la representación legal la legitimación para declarar por el menor. Tanto esta norma como el artículo 14 del Código Civil en su conjunto hacen que los menores sigan teniendo hasta esa edad su vecindad originaria y exime a los padres de declarar en nombre del menor la voluntad de conservar la vecindad anterior.

Segunda. A partir de los catorce años el menor podrá cambiar de vecindad adquiriendo la del lugar de residencia acreditando la residencia continuada por dos años anteriores a la declaración y asistido en la misma por sus representantes legales. Así se deduce del tenor literal del artículo 225 RRC, que no excluye del cómputo de los años de residencia los transcurridos durante la minoría de edad y del espíritu del 14.3.IV del Código Civil.

Tercera. El sujeto, al adquirir la mayoría de edad o a partir de la emancipación, podrá por sí solo declarar su voluntad de adquirir la nueva vecindad por residencia acreditando que ha vivido en dicho territorio dos años antes de la declaración y con independencia de que esos dos años o parte de ellos hubieran transcurrido mientras no pudo registrar legalmente su persona (*ex art. 225 RRC y 14.5.1.º CC*).

Cuarta. Entre los catorce y los dieciocho años, el menor sigue manteniendo su vecindad. Su residencia continuada en territorio diverso al de aquélla tiene el mismo valor que antes de esa edad a efectos de pérdida automática. Por eso carece de legitimación para declarar su voluntad de conservación porque nada puede perder. Pero si su deseo es adquirir la del lugar de residencia tendría abierta la vía de manifestación positiva de adquisición por residencia de dos años anterior a la declaración, declarando ser esta su voluntad y asistido por sus representantes. Los argumentos legales son los mismos que para la regla segunda.

Quinta. Sólo desde la mayoría de edad o la emancipación empieza a correr el plazo de diez años de residencia para perder automáticamente la vecindad anterior y ganar la del lugar de residencia, pues sólo a partir de

esa edad está plenamente habilitado para fijar por sí su residencia y poder dar a la misma el sentido que desee pudiendo, a partir de ese momento, declarar su voluntad de conservar la anterior (art. 225.2 RRC). Desde que el sujeto se gobierna por sí mismo —y nunca antes— la persona puede quedar afectada por el mecanismo de pérdida de su anterior vecindad (art. 225.2 RRC).

VI. ADOPCIÓN Y VECINDAD CIVIL DEL ADOPTADO

1. LA ADOPCIÓN COMO FACTOR DE MODIFICACIÓN O DE ADQUISICIÓN DE LA VECINDAD

Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes (art. 14.2.II CC).

Determina en primer lugar esta regla que la adopción altera la vecindad de los adoptados nacionales que no estén emancipados, rompiéndose los criterios de atribución conforme a su familia biológica. Tras la adopción, la vecindad del adoptado se independiza de la de sus padres biológicos para adquirir la del adoptante o adoptantes según las reglas del propio artículo 14. Aunque la norma se presenta como una consecuencia del principio de equiparación de efectos en la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza, no deja de resultar un tanto contradictoria con el criterio de independencia de la vecindad de los hijos respecto de la de los padres (77).

La modificación de la vecindad de los adoptados no emancipados es una regla que tiene como únicas excepciones las del artículo 178.2 del Código Civil en las que por la adopción no se extinguen los vínculos jurídicos entre adoptado y familia anterior. En tales casos es lógico entender que la vecindad del adoptado no se altera y será la que proceda según la regla del artículo 14.3; es decir, el adoptado conservará la vecindad que tuviera atribuida y que será la de su padre/madre biológico o la del adoptante en primer lugar al ser la filiación primeramente determinada (78).

Si el adoptado español estuviere emancipado o fuere mayor de edad, supuesto que exige la existencia de una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido catorce años (art. 175.2 *in fine*), no rige la regla modificativa de su ve-

(77) De ahí que como afirma DELGADO ECHEVERRÍA la regla contenida en el artículo 180.3 del Código Civil (*la extinción de la adopción no es causa de pérdida [...] de la vecindad civil adquirida*) ha dejado de tener relevancia tras la reforma del régimen de la vecindad, pues la vecindad de todos los hijos ha dejado de estar vinculada a la de los padres. «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a las reformas...*, cit., pág. 519.

(78) BERCOVITZ, *La regulación de la vecindad...*, cit., págs. 173-174; DELGADO ECHEVERRÍA, *ibídem*.

ciudad civil, conservando entonces tras la adopción la que ostentara hasta ese momento. La adopción no tiene aquí virtualidad suficiente para alterar la vecindad de un sujeto que puede regir su vida y persona de manera autónoma y que no está sujeto a la patria potestad de los adoptantes. Sin embargo sí le es de aplicación el régimen de cambio de vecindad, por lo que podrá optar por la del lugar de nacimiento o por la última de cualquiera de los adoptantes durante el año siguiente al de la emancipación o mayoría de edad (art. 14.3.IV CC) (79).

En segundo lugar, la regla del artículo 14.2.II del Código Civil implica para los adoptados extranjeros no emancipados la adquisición —no la modificación— de una vecindad originaria que se determinará conforme a los propios criterios del artículo 14. Aunque según el tenor literal del artículo 14.2.II, tal regla debiera aplicarse sólo a los adoptados extranjeros no emancipados, se defiende que debiera serlo también a los emancipados, siempre que sean menores de dieciocho años, por dos razones: el espíritu y finalidad de los artículos 14 y 15 y la inaplicabilidad del artículo 15.1 precepto que prevé el ejercicio de la opción que concede «al inscribir la adquisición de la nacionalidad» y dicha inscripción no está prevista en el supuesto del artículo 19.1 del Código Civil (80).

No deja de causar extrañeza que el adoptado emancipado menor de dieciocho años adquiera en virtud del artículo 19.1 la nacionalidad española, pero se vea sometido a los criterios de adjudicación legales sin posibilidad de decisión en orden a su vecindad, máxime cuando a los nacionales a partir de los catorce años se les permite un campo de actuación en materia de alteración de la vecindad y cuando, por otro lado, desde la última reforma de la nacionalidad el Código haya posibilitado a los menores de edad emancipados la posibilidad de actuar por sí mismos en los supuestos de los artículos 20 y 21. La solución correcta, a mi juicio, sería la de entender que en los supuestos de adopción de emancipados menores de edad, estos pudieran optar por una de las vecindades del artículo 15 y que tal opción debiera ejercitarse en el momento de la inscripción de la adopción (y no de la nacionalidad) puesto que es la adopción la que determina la adquisición de la nacionalidad española.

Los extranjeros mayores de edad adoptados no adquieren la nacionalidad española en virtud de la adopción, pero pueden optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción (*ex arts. 19.2 y 20.1.c CC*) y en el momento en que inscribe la adquisición de la nacionalidad deberá manifestar su opción por una de las siguientes vecinda-

(79) Téngase en cuenta que el plazo del año, al contarse desde la emancipación o la adquisición de la mayoría de edad, se acorta e incluso que puede haber vencido si la adopción se constituye pasado el año desde la emancipación o mayoría de edad.

(80) BERCOVITZ, *La regulación de la vecindad...*, pág. 173, y DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pág. 519.

des: la del lugar de residencia, la del lugar de nacimiento, la última vecindad de cualquiera de sus adoptantes o la de su cónyuge (art. 15 CC). Podrá también adquirir la nacionalidad por otra vía como la carta de naturaleza, en cuyo caso la vecindad será la que el Real Decreto de concesión determine (art. 15.2 CC) o por residencia (art. 22.2.b CC), siendo entonces de aplicación la vecindad prevista en el artículo 15.1 del Código Civil.

2. EL RÉGIMEN ATRIBUTIVO DE LA VECINDAD DE LOS MENORES ADOPTADOS

A) *Adopción de españoles*

La ubicación de la regla del artículo 14.2.II del Código Civil tras la que establece que los hijos nacidos de padres con idéntica vecindad tiene tal vecindad, hace que la misma sólo pueda ser aplicable a los adoptados por adoptantes que tengan la misma vecindad o por un solo adoptante.

Cuando el menor es adoptado por padres de diferente vecindad, el régimen de atribución es, en principio, idéntico al aplicable a la de los hijos habidos por naturaleza. Así ostentarán primeramente la vecindad de uno de los adoptantes que voluntariamente éstos le atribuyan en el plazo de seis meses *siguientes a la adopción* (art. 14.3.II), es decir, desde la resolución judicial que constituyó la adopción.

Los problemas se presentan en el resto de criterios legales de atribución cuando la adopción se constituye conjuntamente por dos personas —casados o pareja estable— y ostentan distinta vecindad sin ejercitar la facultad de atribución. En tal caso, el criterio temporal de la primera filiación determinada no puede ser un criterio aplicable y ello no sólo porque la filiación adoptiva carece de criterios de determinación, siendo éstos sólo los de la sentencia que constituye el vínculo adoptivo, sino también porque por definición una adopción conjunta determina la filiación simultáneamente para ambos adoptantes.

Todavía más interrogantes suscita el siguiente criterio de atribución y que es el del lugar de nacimiento del adoptado (*ius soli*) hasta el punto de que se ha puesto en duda la oportunidad de semejante solución, pues al no poderse atribuir la vecindad de los adoptantes por ser ésta diversa, hubiera sido preferible la de mantener la vecindad civil del adoptado anterior a la adopción (81), en vez de modificar enteramente su vecindad retro trayéndola al lugar de nacimiento. Puede pensarse que quizá lo razonable hubiera sido que en defecto de los criterios de atribución voluntarios por los adoptantes, la vecindad fuera la del lugar en que se constituye la adopción o la del domicilio de los adoptantes. Esta última posibilidad (domicilio de los padres) que en 1990 era impracticable ha quedado abierta tras las últimas reformas de la

(81) BERCOVITZ, *La regulación de la vecindad civil...*, cit., pág. 175.

LRC y del RRC, tal como se examina más adelante, pudiéndose decir que bajo determinadas circunstancias, es posible que el nacional adoptado ostente la vecindad del lugar de domicilio de los adoptantes.

En otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta que el artículo 16.2 LRC (redacción Ley 4/1991, de 10 de enero) permite que los nacimientos acaecidos en territorio español puedan inscribirse en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio del progenitor o progenitores conocidos cuando éstos así lo soliciten, y que en las inscripciones de nacimiento así practicadas se considerará a todos los efectos legales que el lugar de nacimiento del inscrito es el municipio en el que se haya practicado el asiento. Puede entonces que el adoptado llegue a ostentar la vecindad del lugar de nacimiento que consta en su inscripción de nacimiento y que puede no coincidir con el lugar en que el nacimiento tuvo lugar.

Para el menor abandonado, el lugar de nacimiento a efectos registrales es el lugar donde se le encuentra y donde se practicará su inscripción de nacimiento (art. 16.1.II LRC), siendo ese lugar el que determine la vecindad que le habrá correspondido de forma originaria y que se mantendrá tras la adopción por la imposibilidad de los criterios prioritarios. Lo mismo puede decirse cuando sea desconocido el lugar de nacimiento del adoptado —es decir, en los casos de ausencia de inscripción— en los que al niño se le atribuirá la vecindad civil común, criterio subsidiario de segundo grado.

B) *Adopción de extranjeros*

La adopción de menor extranjero provoca la adquisición por el adoptado de la nacionalidad española de origen tal como establece el artículo 19.1 del Código Civil: *el extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen*. Los criterios de adjudicación de vecindad no son, en tal caso, diferentes a los aplicables a los menores españoles adoptados. Así, adquirirán:

- la vecindad del adoptante o de los adoptantes si tienen la misma;
- siendo de diferente vecindad, una de la de los adoptantes que éstos le atribuyan en el plazo de seis meses desde la adopción;
- la vecindad del lugar de nacimiento que, aun habiéndose producido fuera de España, podrá ser la del domicilio de los adoptantes cuando estos hayan solicitado la práctica de nueva inscripción de nacimiento del adoptado en las condiciones y por la vía que prevé la legislación del Registro Civil (82);
- en defecto de la anterior, la vecindad civil común.

(82) *Infra* 3, A y B.

3. ADOPCIÓN, LUGAR DE NACIMIENTO DEL ADOPTADO Y VECINDAD CIVIL

A) *Los cambios legales sobre la consignación registral del lugar de nacimiento de los adoptados*

Hasta la Instrucción de la DGRN, de 15 de febrero de 1999, la adopción debía inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado (art. 46 LRC). No había posibilidad de cancelar la inscripción original de nacimiento del adoptado, ni hacer una nueva inscripción con la nueva filiación adoptiva y sin que se hiciera mención a la filiación biológica, acumulándose ambas en el mismo folio. De esta forma en la inscripción de nacimiento debía constar el lugar en que el mismo ha acaecido o, en su caso, el del domicilio de los progenitores biológicos (*ex art. 16 LRC redacción Ley 4/1991, de 10 de enero*).

La Dirección General de los Registros y del Notariado justificó en varias ocasiones que tal solución venía a proteger el derecho del adoptado a conocer sus orígenes (83).

Pero la citada Instrucción —con el fin de congeniar intimidad y derecho a conocer los orígenes— ordenó que se pudiera cancelar la inscripción de nacimiento original y practicarse una nueva en la que se reflejaran únicamente los datos del nacimiento del hijo y los datos de los padres adoptivos. En la nueva inscripción que se practicara debía consignarse en la casilla destinada a observaciones el tomo y la página de la inscripción original sin mencionar la adopción. La inscripción original se cancelaba y quedaba limitada en cuanto a su publicidad, que sólo podría darse mediante autorización del Juez, pudiendo el adoptado a partir de su mayoría de edad conocer el contenido de la anterior inscripción de nacimiento.

La solicitud de práctica de nueva inscripción de nacimiento debía presentarse por ambos padres adoptantes y durante la minoría de edad del adoptado.

Pero una las circunstancias reveladoras de la adopción es el lugar de nacimiento del niño, y si lo que se pretendía con la Instrucción de 1999 era preservar la intimidad de la adopción si así los deseaban los adoptantes, tal intimidad no se conseguía plenamente ya que el lugar de nacimiento del adoptado no podía quedar oculto. De ahí que una nueva Instrucción de la DGRN, de 1 de julio de 2004, modificó la Instrucción de 1999, posibilitando que la publicidad del lugar de nacimiento pudiera quedar también restringida, si los adoptantes así lo solicitaban durante la minoría de edad del adoptado, permitiéndose que no constara en la nueva inscripción de nacimiento del adoptado el lugar real de nacimiento y que en su sustitución se consignara como lugar de nacimiento el del domicilio de los padres adoptivos.

(83) Así, RRDGRN de 23 de abril de 1993 y 25 de octubre de 1996.

En cualquier caso, la Instrucción de la DGRN, de 1 de julio de 2004, ciñó la solicitud de consignación de domicilio de los padres como lugar de nacimiento del adoptado sólo a los casos de adopción internacional. En las adopciones de españoles, en la nueva inscripción de nacimiento que los adoptantes solicitaran no podía constar como lugar de nacimiento el del domicilio de los adoptantes, siendo éste un dato que debía constar necesariamente sin poder ser alterado en la nueva inscripción que se practicara.

Todas estas medidas adoptadas por la DGRN tuvieron su plasmación normativa en la nueva redacción que se le dio al artículo 20.1.º LRC, introducida por la Disposición Final 2.ª de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La reforma consistió en que en los traslados de las inscripciones de nacimiento del adoptado al Registro Civil del domicilio de los adoptantes puedan éstos solicitar *en caso de adopción internacional* que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado, añadiendo que *a las inscripciones así practicadas les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16*. La remisión —que debe entenderse hecha al párrafo último del núm. 2 del art. 16, puesto que con posterioridad se han añadido tres nuevos números al art. 16 por Ley 24/2005, de 18 de noviembre— tiene la virtualidad de aclarar que el domicilio de los padres será considerado como lugar de nacimiento del adoptado a todos los efectos legales, evitando que este dato quede en situación de indeterminación jurídica. Se trata de una ficción legal idéntica a la que introdujo respecto a la filiación natural la Ley 4/1991, de 10 de enero, reconociendo así en tales casos una facultad similar a la que el artículo 16.2 LRC otorga a los padres biológicos.

Junto a la reforma de la LRC se efectuó su desarrollo y acomodo reglamentarios en el Real Decreto 820/2005, de 8 de julio, que modificó los artículos 77 y 307 RRC. En el primero se añade un párrafo 2.º en virtud del cual: *en caso de adopción, si los solicitantes del traslado así lo piden, en la nueva inscripción de nacimiento constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y, en su caso, la oportuna referencia al matrimonio de éstos*. Se recoge así una excepción al principio de que el traslado de una inscripción al Registro Civil domiciliario debe realizarse mediante el trasvase íntegro por certificación literal de los datos de la inscripción a cancelar (art. 77.1.º RRC).

La posibilidad de modificar el lugar de nacimiento del adoptado queda circunscrita, como ya lo estaba, a las adopciones internacionales y en todo caso a través del mecanismo registral del traslado del folio desde el Registro Civil Central al Registro Civil del domicilio de los promotores. Hasta el momento no se habían atendido los supuestos de adopciones nacionales en los que no se evitaba la acumulación en un único folio registral de la doble filiación biológi-

ca y adoptiva. En tales casos, no siempre era posible el mecanismo del traslado del folio registral en que conste el nacimiento, pues éste podía coincidir además con el propio Registro Civil del domicilio de los padres adoptivos.

Con la reforma del artículo 307 RRC, párrafo 1.º, se vienen a cubrir los supuestos de traslado de inscripción sin alteración del Registro Civil competente y se establece un procedimiento especial de rectificación de asientos en el que se prescinde del expediente gubernativo por medio del cual se omite cualquier referencia a los datos de la filiación originaria: «En la resolución (84) puede ordenarse, para mayor claridad del asiento y mayor seguridad de los correspondientes datos reservados, la cancelación del antiguo asiento con referencia a otro nuevo que, con las circunstancias a que se refiere el artículo anterior, lo comprenda y sustituya; tratándose de inscripciones principales, se trasladará todo el folio registral. Igual traslado total se realizará, a petición del interesado mayor de edad o de quien tenga la representación legal del menor, en los casos de rectificación o modificación de sexo o de filiación. *En el caso de adopción, el traslado no requerirá expediente, y se estará, en cuanto a los datos de la nueva inscripción de nacimiento, a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 77.* De la nueva inscripción se podrán expedir certificaciones literales a favor de cualquier persona con interés en conocer el asiento».

La última reforma legislativa en este punto se produce por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad en cuya Disposición Adicional 7.ª quedó modificado el artículo 16 de la LRC mediante la adición de tres nuevos párrafos de los que interesan el 3.º y el 5.º: 3.º *En los casos de adopción internacional, el adoptante o los adoptantes, de común acuerdo, pueden solicitar directamente en el Registro Civil de su domicilio que se extienda la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, así como la extensión en el folio que entonces corresponda, de una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos, la oportuna referencia al matrimonio de éstos y la constancia de su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado. (...)* 5.º *El Registro Civil en el que se practique la inscripción de nacimiento acecido en el extranjero conforme a lo dispuesto en los apartados 3.º y 4.º del este artículo, comunicará dicha inscripción al Registro Civil Central, que seguirá siendo competente para todos los demás actos de estado civil que afecten al inscrito» (85).*

(84) Se refiere a las Resoluciones —autos que resuelvan expedientes gubernativos y sentencias recaídas en juicios declarativos— de todo procedimiento entablado con el fin de modificar el contenido de los asientos.

(85) Además, la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, modifica el artículo 18 LRC, dando al segundo párrafo la siguiente redacción: «Igualmente se llevará al Registro Civil

Con esta última reforma queda alterada la competencia de los Registros Civiles respecto a la inscripción de nacimiento en los casos de adopción internacional. Si hasta el momento la competencia para la inscripción de nacimientos acaecidos en el extranjero la ostentaba el Registro Central, si bien con la posibilidad de traslado (art. 20 LRC), desde la reforma del artículo 16 los adoptantes pueden solicitar directamente la inscripción del nacimiento en el Registro de su domicilio (que asume competencia en tal sentido) y podrá practicarse la inscripción de la adopción de dos maneras: o bien al margen de la de nacimiento sin alteración de datos, o mediante la práctica de nueva inscripción de nacimiento con omisión de datos originales y con constancia del lugar del domicilio de los adoptantes como lugar de nacimiento.

B) *Incidencia de la nueva regulación registral en la vecindad de los adoptados*

Si en los supuestos de adopción en los que los adoptantes ostentan diversa vecindad, la aplicación de los criterios de atribución del artículo 14 conllevará en muchos casos la atribución de la vecindad del lugar de nacimiento —a falta de atribución expresa por los adoptantes de una de sus vecindades—, la nueva regulación registral sobre inscripción de la adopción y alteración de la misma, hará que la vecindad de los adoptados sea precisamente la del lugar de domicilio de los adoptantes.

Pero ello sólo ocurrirá cuando se acuda a los mecanismos que articula la propia legislación registral y que son, para las adopciones internacionales, o el traslado de las inscripciones de nacimiento desde el Registro Central al domicilio de los adoptantes con práctica de nueva inscripción con consignación de éste como lugar de nacimiento (arts. 20 LRC y 77 RRC) o la inscripción directa de la adopción internacional en el Registro Civil del citado domicilio con el ejercicio por los adoptantes de la misma facultad (art. 16.3 LRC) En las adopciones nacionales, la vía establecida es la del traslado sin expediente gubernativo de la inscripción de nacimiento del adoptado al domicilio de los adoptantes, siempre que éstos hagan uso de la facultad del artículo 307 RRC.

Todo este nuevo sistema en el que se arbitran soluciones que miran por conciliar intimidad y derecho a conocer los orígenes no deja de provocar en el tema de la vecindad de los adoptados algunas cuestiones.

La primera de ellas es que en el fondo se deja en manos de los adoptantes la vecindad de los adoptados pues dependiendo de que *en el momento de ins-*

Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones consulares y de las inscripciones de nacimiento practicadas en los Registros Municipales del domicilio, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 16».

cribir la adopción hagan uso o no de la facultad de practicar nueva inscripción de nacimiento con omisión del lugar de nacimiento y consignación del lugar del domicilio de los adoptantes, el adoptado tendrá una u otra vecindad. En las adopciones internacionales, si no se practica nueva inscripción tendrá vecindad civil común, y si se practica se le atribuirá la vecindad del domicilio de los adoptantes. Más dudoso es en las adopciones nacionales puesto que en ellas —a diferencia de las anteriores— la legislación registral no prevé un mecanismo de inscripción directa de nacimiento del adoptado con consignación de «nuevo» lugar de nacimiento y ello sólo se puede conseguir mediante la vía del traslado con lo que la adopción en principio siempre se tendrá que inscribir al margen de la original de nacimiento y posteriormente acudir a la vía del artículo 307. Salvo que se entienda que quepa efectuar primero el traslado de inscripción de nacimiento y posteriormente practicar la nueva inscripción.

La segunda cuestión viene dada por el hecho de que la práctica de nueva inscripción de nacimiento con cancelación de la anterior y consignación del domicilio como lugar de nacimiento puede realizarse pasado un tiempo desde que se inscribió la adopción al margen de la inicial inscripción de nacimiento. La práctica de nueva inscripción con alteración del lugar de nacimiento ¿supondrá cambio de vecindad? En las adopciones nacionales, cuando se haya inscrito la adopción al margen de la inscripción original de nacimiento, el adoptado ostentará la vecindad que corresponda al lugar en que consta el adoptado como nacido, pero ¿qué consecuencias tiene en orden a su vecindad que *a posteriori* los adoptantes utilicen la facultad de practicar una nueva inscripción en que figure como lugar de nacimiento el de su domicilio?

Lo mismo puede plantearse para las adopciones internacionales en las que tras una primera inscripción en la que consta como lugar de nacimiento el acaecido en el extranjero, posteriormente los adoptantes soliciten la práctica de nueva inscripción con consignación del lugar de domicilio como lugar de nacimiento ¿Habrá pasado el adoptado de tener vecindad común a adquirir una nueva?

Parte de la respuesta a estos interrogantes la ofrece la propia LRC que en su artículo 20 en la redacción dada en 2005 tiene especial precaución en establecer que a las nuevas inscripciones practicadas a resultas de un traslado de inscripción con constancia de lugar de nacimiento el del domicilio de los adoptantes *les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16*, precepto éste que viene a consagrar que el domicilio de los padres será considerado como lugar de nacimiento del adoptado *a todos los efectos legales*, también por tanto a efectos de la vecindad. Lo mismo puede decirse en lo que respecta a las adopciones nacionales, pues en ellas y en virtud de la doble remisión que efectúa el artículo 307 RRC (al art. 77 RRC y al art. 16 LRC) el lugar de domicilio de los padres como lugar de nacimiento deberá ser también a todos los efectos legales.

Pero esta respuesta no hace sino plantear otras preguntas: ¿la nueva inscripción supone cambio de vecindad?, ¿con efecto retroactivo? Si el adoptado al alcanzar la mayoría de edad o durante su minoría representado por sus padres puede conocer el contenido de la primera inscripción de nacimiento cancelada (art. 180.4 CC, redacción Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional) ¿podrá optar por la vecindad de su real lugar de nacimiento en las condiciones del artículo 14.3.IV del Código Civil?

VII. AUSENCIA DE UN SISTEMA DE PUBLICIDAD FORMAL OBLIGATORIA

1. LA PRUEBA DE LA VECINDAD MEDIANTE PRESUNCIONES

Ni el régimen civil sustantivo ni el registral exigen la necesaria constancia en la inscripción de nacimiento de la persona de su vecindad originaria por razón de su filiación y el folio registral no refleja dato alguno respecto de la vecindad de los padres. Salvo en el supuesto de atribución expresa al hijo recién nacido por los ejercientes de la patria potestad de la vecindad de uno de los padres, en cuyo caso la declaración de voluntad ha de ser objeto de una inscripción registral, no existe una evidencia registral de la vecindad *iure sanguinis* de la persona y de ahí que la concreción de la vecindad que originariamente y por filiación haya tenido el sujeto precisa la averiguación de una serie de circunstancias atinentes a la fecha de su nacimiento (con el fin de determinar el régimen de atribución vigente en ese momento), a la fecha de matrimonio de sus padres, a las declaraciones de modificación o conservación que éstos hubieran realizado, al lugar de nacimiento de los padres, a los territorios de las sucesivas residencias de éstos...

Por otro lado, una vez fijada la vecindad del sujeto en cuestión, deberá estarse a la eventual realización de alguna de las declaraciones atributivas o modificativas que en cada momento le permitiera el régimen vigente (cambio por residencia de dos años, opción por la vecindad del cónyuge, opción del mayor de catorce o del mayor de edad según sea el sistema aplicable, etc.) Sólo en tales casos existirá una constancia registral de la vecindad dado que tales declaraciones de voluntad se realizan ante el encargado del Registro civil y la inscripción marginal correspondiente tiene entonces valor constitutivo. Y aun así, tampoco esa constancia registral será la prueba definitiva de la vecindad de una persona en un momento determinado pues se habrá podido producir un posterior cambio de residencia que mantenido durante diez años habrá operado un nuevo cambio de vecindad sin la actividad voluntaria del adquirente y que tampoco es objeto de constatación registral, salvo que antes de vencer el plazo de los diez años se formule por el interesado una declaración expresa en contrario.

El actual artículo 14.6 del Código Civil, como el anterior artículo 14.5.º, sin negar la demostración de la vecindad por todas las pruebas admitidas en Derecho establece que *en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento*. Pone de relieve DELGADO ECHEVERRÍA que en la regulación anterior a la Ley 11/1990 esta misma regla tenía un diferente sentido y función, pues servía para atribuir una vecindad subsidiaria o supletoria cuando no se dieran en el caso ninguno de los hechos constitutivos propios de los otros criterios de atribución legal, cediendo por tanto ante la prueba de cualquiera de ellos (86). Hoy la conclusión es la misma, si bien no por aplicación de esta «prevalencia» de la vecindad correspondiente al lugar de nacimiento, sino por los criterios de aplicación del artículo 14.3 del Código Civil de forma que el mantenimiento del artículo 14.6 del Código Civil hoy resultaría redundante (87).

El criterio final a favor del lugar de nacimiento tiene sin embargo valor y utilidad en hipótesis en las que después de producida la inscripción de nacimiento en la que consta el lugar de acaecimiento del mismo, se susciten dudas sobre la validez o subsistencia de cambios posteriores que deben ventilarse en la acción correspondiente (declarativa o impugnatoria) y en cuyo marco, la presunción del artículo 14.6 del Código Civil operará como criterio de solución ante el supuesto de falta de prueba concluyente en sentido distinto aportada por el interesado. En los casos de falta total de inscripción de nacimiento y por tanto de inexistencia de acreditación oficial del lugar de nacimiento, el artículo 14.6 del Código Civil carecerá de operatividad práctica en tanto la inscripción no se produzca (vid. art. 313.2 RLRC) (88).

El actual artículo 14.6 del Código Civil evidencia otro aspecto especialmente importante que viene dado por su falta de sintonía con la regulación que la LRC efectúa sobre la materia en el artículo 68.2: *sin perjuicio de lo dispuesto en el Título I, Libro I del Código Civil y en tanto no conste la extranjería de los padres, se presumen españoles los nacidos en territorio español de padres también nacidos en España. La misma presunción rige para la vecindad*. Esta norma viene a establecer que cuando no pueda determinarse la vecindad del sujeto a través de los criterios atributivos del Código, se le presume la vecindad correspondiente a su lugar de nacimiento si además los padres hubieran nacido en ese territorio, y siempre que no conste otra vecindad de éstos. Así, se presumirá de vecindad navarra al nacido en Navarra de padres nacidos en Navarra; catalán al nacido en Cataluña de padres nacidos en Cataluña, etc.

(86) Así ocurría cuando se trataba de padres desconocidos o de españoles hijos de padres extranjeros; en ambos casos, la vecindad resultaba ser la del lugar de nacimiento en virtud de la citada regla.

(87) «Comentario al artículo 14 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas*, cit., pág. 525.

(88) RAMOS CHAPARRO, *ob. cit.*, pág. 421.

Este precepto redactado conforme a la LRC de 1957 y que no ha sufrido modificación tras la reforma del Código de 1990, asimiló bajo una misma presunción la nacionalidad y la vecindad —a falta de posibilidad de aplicación de los criterios del Código—. La presunción resultaba útil respecto a la nacionalidad, pues estaba en consonancia con el entonces artículo 17.3 del Código Civil, según el cual tenían la nacionalidad española los nacidos en España de padres extranjeros, si éstos hubieran nacido en España y en ella estuvieran domiciliados al tiempo del nacimiento. No puede decirse lo mismo respecto a la vecindad, ya que no existía en el Código una norma de adquisición originaria semejante, por lo que la presunción no tenía norma de apoyo. Además, la vecindad del sujeto quedaba determinada por la vecindad del padre, no de los padres, por lo que quizá debiera interpretarse que se presumía de una determinada vecindad al sujeto nacido en el territorio de su lugar de nacimiento siempre que su padre (en singular) hubiera nacido en el mismo lugar; si el padre fuera desconocido o no existiera, las circunstancias del artículo 68.2 LRC debía darse respecto de la madre. Si de los datos registrales o fácticos se deducía que el padre alteró su vecindad por residencia, la presunción de una determinada vecindad de los hijos no tendría lugar, habida cuenta de que el hijo habría variado también la suya. Tampoco, lógicamente, se aplicaría en los casos en que hubiera sido el propio hijo una vez hubiera salido de la patria potestad quien la hubiera modificado por residencia continuada o por opción (89).

En cualquier caso, a pesar de la inadecuación del artículo 68.2 al anterior régimen codificado de la vecindad, el mismo fue considerado al menos como un precepto útil y práctico al coincidir en la mayoría de casos con la realidad dado que, en virtud del mecanismo de la adquisición por simple residencia, lo normal sería que el nacido en un territorio de padres también nacidos en él, tuviera esa misma vecindad (90).

La vigencia actual del artículo 14.6 del Código Civil (prevalencia en caso de duda de la vecindad correspondiente al lugar de nacimiento) y del artículo 68.2 LRC (presunción de la vecindad correspondiente al lugar de nacimiento siempre que los padres hubieran nacido en ese mismo territorio) hace que coexistan dos preceptos aparentemente incompatibles entre sí para los nacidos a partir de la vigencia de la Ley 11/1990. Además, mientras que el artículo 14.6 del Código Civil sólo exige la probanza del lugar de nacimiento —de fácil realización a través de la inscripción de nacimiento (91)—, el artículo 68.2 LRC

(89) RIBAS, *La vecindad civil...*, cit., págs. 263-267, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentario al artículo 68 LRC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo y Díaz Alabart), T. IV, vol. 3.º, Madrid, 1996, págs. 749-751.

(90) PERÉ RALUY, «La prueba de la vecindad civil», en *RJC*, 1970, número extraordinario, pág. 161.

(91) La inscripción de nacimiento no puede válidamente omitir el lugar en que éste se considera acaecido, puesto que da fe del mismo (art. 41 LRC) y en el caso de desco-

se basa en dos criterios: uno personal y otro territorial que conjuntamente sientan una presunción inapropiada respecto a los principios que presiden la determinación originaria de la vecindad. Obsérvese además que en la práctica la operatividad de la presunción del artículo 68.2 LRC tendría un juego muy limitado ya que sólo sería útil para los sujetos que han nacido en el mismo lugar que sus padres y que no conste respecto de ninguno de ellos otra vecindad; también se aplicaría si quien ha nacido en el mismo territorio es el progenitor respecto del cual la filiación haya sido determinada antes. Para el resto de sujetos en quienes no concurren las circunstancias que contempla esta regla presuntiva no podrá ser de aplicación en la duda y sí la del artículo 14.6 del Código Civil: tendrán la vecindad del lugar de nacimiento.

Puede decirse, por tanto, que la vecindad de los nacidos tras la Ley 11/1990 será la de sus padres si ostentan la misma y si hay un desconocimiento o indeterminación sobre la vecindad de éstos se les atribuye la vecindad del lugar de nacimiento en virtud de los propios modos de determinación originaria que cierran el círculo atributivo, obviando el lugar de nacimiento y vecindad de los padres.

Ahora bien, dado que la regla del artículo 14.6 del Código Civil es una norma de prevalencia, su aplicación cederá si se demuestra que por el nacimiento (*iure sanguinis*) o por modificación residencial o de opción posterior fue otra la vecindad adquirida. Y es a estos efectos cuando la presunción del artículo 68.2 LRC pudiera resultar útil. Para acreditar que *iure sanguinis* fue otra la vecindad originaria de la persona (y no la del lugar de nacimiento) bastará con demostrar que regía respecto al padre y a la madre la presunción del artículo 68.2 LRC y que ambos tenían la misma vecindad en el momento de nacimiento del hijo, distinta a la del lugar en que se produjo (92). Conviene insistir aquí de nuevo en lo limitado de la operatividad que tendría hoy esta norma al exigir que coincidiera el lugar de nacimiento de ambos padres.

2. LA VECINDAD CIVIL: ¿ESTADO CIVIL PROBABLE O SEGURO?

El TS en su sentencia de 20 de mayo de 2008, recaída en recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, anuló diversos artículos del citado Reglamento. Uno de los preceptos afectados por la sentencia es el artículo 161 respecto al que el Tribunal anuló el inciso resaltado a continuación: «Respecto de españoles la nacionalidad y su

nocerse realmente el lugar, el 16.1.2 RRC ordena la inscripción en el Registro correspondiente a aquel municipio en que se encuentre el niño abandonado.

(92) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario al artículo 68 LRC*, cit., pág. 751.

identidad se acreditarán por el pasaporte o el documento nacional de identidad y la vecindad por el lugar de otorgamiento salvo que manifieste el interesado otra cosa». La razón de la anulación se basa en la falta de sintonía del inciso anulado con la regulación de la vecindad en el Código Civil, ya que establece reglamentariamente una presunción sobre la realidad de tal vecindad que no corresponde con la regulación de la adquisición de la misma, establecida en el artículo 14 del Código Civil. Afirma el Supremo que la presunción de conexión del lugar de otorgamiento del documento público con la acreditación de una determinada vecindad es contraria a las previsiones del Código Civil, sin que guarde relación alguna con las formas de adquisición de una concreta vecindad civil, que tampoco resulta de la simple manifestación del interesado.

Presumir que la vecindad del otorgante de un documento público es la del lugar en que la escritura se otorga y, lo que es más, entender acreditada la vecindad por el silencio del otorgante, hubiera implicado una tergiversación de las normas atributivas de la vecindad. Sin embargo el otorgante sigue teniendo las mismas dificultades probatorias a la hora de acreditar su vecindad. No es admisible que la mera alegación de ostentar una determinada vecindad deba bastar a efectos de calificación registral, ya que tener una u otra vecindad determina la ley aplicable a la capacidad y estado civil, a los deberes de familia y sucesión por causa de muerte, entre otras cuestiones (art. 9 CC) cuando además la afirmación de una vecindad falsa o errónea puede tener repercusión en la posición jurídica de otras personas (93).

El caballo de batalla sigue siendo el mismo. Si es el otorgante el que debe asumir la responsabilidad por la afirmación de una determinada vecindad, ¿cómo acreditarla? Precisamente con ocasión de la STS mencionada, se han puesto de manifiesto las dificultades que se presentan en la práctica notarial y registral de cara a la prueba de la vecindad, ya que en muchas ocasiones queda determinada por hechos de difícil comprobación como la vecindad de los padres (94) o la residencia continuada. Desde esta perspectiva no resulta extraña la afirmación de que en materia de vecindad, materia sustraída legal y secularmente a la publicidad del Registro Civil, se procede en la práctica notarial con criterios no tanto de seguridad como de probabilidad. Pero la seguridad jurídica exigiría que el hecho determinante de la adquisición o cambio de vecindad civil tenga obligada constancia registral, pues sólo un

(93) DELGADO RAMOS, J., *La vecindad civil. Reflexiones tras la sentencia de anulación del artículo 161 del Reglamento Notarial. Propuesta de nueva regulación*, cit., págs. 1567-1571.

(94) Humorísticamente MARTORELL, V., afirma que si ya es difícil que el compariante «venga armado» de su DNI original y vigente, cabe imaginar la dificultad si se le pide el de los padres (que, además, pueden haber sido enterrados con ellos) (vid. www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2008/21-cuestionespracticastrassentencia)

registro público es capaz de proporcionar tal publicidad y oponibilidad (95). Por otro lado, el artículo 18 LH obliga a calificar en todo caso la capacidad de los otorgantes y tal capacidad se rige por su ley personal que viene determinada por su vecindad civil. Tales extremos han de quedar acreditados al registrador que ha de calificarlos sin que pueda bastar su mera alegación por el otorgante, práctica que no tiene sustento alguno al no haber norma alguna que permita estimar suficiente a tales efectos la simple declaración del interesado (96).

Todo ello ha llevado a la elaboración de propuestas modificativas del régimen codificado de la vecindad construidas a partir de la fijación del lugar de nacimiento como criterio primordial de atribución de la vecindad, salvo alegación y prueba de opción por otra distinta que, en cualquier caso, habrá de haber sido inscrita en el Registro Civil (97).

(95) DELGADO RAMOS, *La vecindad civil. Reflexiones...*, pág. 1568.

(96) Aunque el artículo 51.9 RH afirma que en el asiento se hará constar la nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan, este precepto sólo tiene el alcance de indicar el contenido del asiento, no el de predeterminar el ámbito y sentido de la calificación registral que es el que se contempla en el artículo 18 LH. *Ibidem*.

(97) La nueva regulación que propone DELGADO RAMOS (*La vecindad civil. Reflexiones tras la sentencia...*, cit., págs. 1570-1571) se articula como sigue:

Artículo 1. *Efectos de la vecindad civil*

La vecindad civil de la persona determina cuál es la legislación civil española, estatal o autonómica, que rige como su ley personal a los efectos de los conflictos de leyes regulados en los artículos 8 a 11 del Código Civil.

Artículo 2. *Determinación de la vecindad civil*

Por nacimiento. La vecindad civil se determina por el lugar de nacimiento dentro del territorio español. Los nacidos fuera de España tienen vecindad civil común.

Por opción de los padres. Los padres, actuando de común acuerdo o el que de ellos ostente la patria potestad, podrán atribuir al hijo menor de edad la vecindad de cualquiera de ellos mediante declaración inscrita en el Registro Civil del lugar de nacimiento en cualquier momento mientras esté vigente la patria potestad.

Por opción de la propia persona. Toda persona mayor de edad podrá optar por la vecindad civil correspondiente al lugar de residencia continuada durante los dos últimos años, acreditando tal extremo con certificación de empadronamiento o acta notarial de notoriedad. También podrá optar por la vecindad civil de su cónyuge. En ambos casos, habrá de inscribir tal opción en el registro civil de su nacimiento.

Artículo 3. *Acreditación de la vecindad civil*

A todos los efectos legales, se presume que una persona tiene la vecindad civil correspondiente a su lugar de nacimiento, conforme al artículo 1, salvo que se alegue y acredite haber optado por otra distinta mediante declaración inscrita en el Registro Civil del lugar de nacimiento.

Disposición Transitoria

La vecindad civil de los nacidos, antes de la entrada en vigor de esta ley, se rige por la legislación anterior.

En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, los nacidos antes de ella podrán optar por cualquier vecindad civil mediante declaración que habrá de inscribir en el Registro Civil de su nacimiento.

Transcurrido ese plazo de dos años, la presunción del artículo 3 será aplicable también a los nacidos antes de la entrada en vigor de la presente ley.

Al legislador compete tomar en consideración estas propuestas si estima que la seguridad jurídica sólo se consigue a través de la adecuada publicidad que confiere un registro público. Mientras tanto no quedará para muchas personas sino seguir sujetas a un camino de investigaciones en muchos casos con resultados inseguros. Curiosamente el principal criterio determinante de la vecindad civil que rige en la actualidad (tener la misma vecindad que los padres) seguirá siendo en la práctica el más difícil de acreditar y como hemos visto, ello hará que la regla de prevalencia del artículo 14.6 del Código Civil lleve al resultado de ostentar la vecindad del lugar de nacimiento. Cuando el sujeto, con el fin de efectuar un determinado acto jurídico, precise demostrar una vecindad civil por filiación idéntica de los padres deberá acudir a dos medios específicamente diseñados en nuestro ordenamiento para ello, las actas de notoriedad y el expediente gubernativo regulado en la legislación del Registro Civil. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de acudir al oportuno procedimiento judicial con el fin de obtener sentencia declarativa sobre la vecindad de la persona.

Cabe, en primer lugar, que el sujeto inste un expediente gubernativo cuya resolución deberá ser anotada en el folio registral correspondiente a la inscripción de nacimiento del interesado. El artículo 96 LRC prevé tal cauce para determinar la vecindad civil o cualquier otro estado civil del que no resultase una expresa constancia registral: *En virtud de expediente gubernativo puede declararse con valor de simple presunción: 1.º Que no ha ocurrido hecho determinado que pudiera afectar al estado civil. 2.º La nacionalidad, vecindad o cualquier estado, si no consta en el Registro (...)*. Pero tanto la LRC como el RRC (arts. 335-340) consideran con valor de simple presunción las resoluciones recaídas en expediente gubernativo por las que se hubiera determinado alguna cuestión referente al estado civil. De ahí que tal resolución no constituye prueba plena y definitiva de dicho estado, proporcionando simplemente una presunción destruible mediante prueba en contrario.

Por su parte, el Reglamento Notarial contiene también (arts. 209 y 209.bis) un instrumento para la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados hechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica. Estas actas de notoriedad pueden efectuarse siempre que no exista oposición de parte interesada y la instrucción del acta se interrumpirá si se acreditase al Notario haberse entablado demanda en juicio declarativo. El valor de este acta es simplemente presuntivo y la vecindad resultante de un acta de notoriedad no deja de representar una presunción *iuris tantum* susceptible de ser contradicha y anulada judicialmente. Ello se debe a que la narración del hecho en el acta no es exhaustiva porque la parte o aspecto de él no reflejados en el acta pueden ser probados por cualquier otro medio de prueba.

Así, la prueba definitiva de la vecindad sólo puede proporcionarla la sentencia declarativa firme recaída en el oportuno juicio ordinario. Es evidente que un sistema de estado civil basado en la seguridad que únicamente proporciona, a falta de inscripción registral, un pronunciamiento judicial sitúa muchos actos jurídicos en situación provisional o incierta.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, «El cómputo de los diez años de residencia para la adquisición de la vecindad civil (art. 14.5.2.º CC y art. 225.2 RRC)», en *RJC*, 2001, núm. 3, pág. 171 y sigs.
- ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, *Introducción y Parte general*, 17.ª ed., Edisofer, Madrid, 2006.
- BERCOVITZ, R., «La regulación de la vecindad civil derivada de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1991, núm. 11 y 12, pág. 169 y sigs.
- BERCOVITZ y PÉREZ DE CASTRO, *La vecindad civil*, Ed. La Ley, Madrid, 1996.
- CALATAYUD SIERRA, A., «Adquisición de la vecindad civil por opción en Aragón y pérdida de la vecindad civil aragonesa por el menor de edad mayor de catorce años», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 1, 1995.
- CARRASCO, A., *Derecho Civil, Introducción, Derecho de la persona, Derecho subjetivo, Derecho de propiedad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, reed. de las obras de 1949 y 1952 en un solo volumen.
- DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario al artículo 14 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil* (coord.: Bercovitz), Ed. Tecnos, Madrid, 1993. — *Elementos de Derecho Civil*, I, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2000.
- DELGADO RAMOS, «La vecindad civil. Reflexiones tras la sentencia de anulación del artículo 161 RN. Propuesta de nueva regulación», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2007, núm. 147, pág. 1567 y sigs.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- DURÁN RIVACOBA, R., *Derecho interregional*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996. — *El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992.
- GARCÍA GARCÍA, J. A., «Régimen de adquisición de la vecindad civil por residencia decenal: ¿contradicción entre el artículo 14.5 del Código Civil y el artículo 225.2.º del Reglamento del Registro Civil», en *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna*, 2006, núm. 23.
- LAMARCA I MARQUÈS, A., «Veïnatge civil. Determinació del règim econòmic-matrimonial i llei aplicable a la successió. Check-list i criteris d'actuació professional» (I), en *RJC*, 2006, núm. 4, pág. 19 y sigs.

- LUCES GIL, «El nuevo régimen español de la nacionalidad y la vecindad civil (Leyes de 15 de octubre y 17 de diciembre de 1990)», en *AC*, 1991, núm. 9, pág. 119 y sigs.
- MARTORELL, V., en www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2008/21-cuestiones-practicastrassentencia
- PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil, I, Derecho Privado. Derecho de la persona*, (coord.: De Pablo), Ed. Colex, 2.^a ed., Madrid, 2001.
- «La vecindad civil: en torno a un proyecto de reforma», en *RJN*, 1988, núm. 5, pág. 53 y sigs.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentario a los artículos 225, 226 y 227 RRC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, vol. 5.º (dir.: Albaladejo y Díaz Alabart), Edersa, Madrid, 1997.
- «Comentario al artículo 68 LRC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: Albaladejo y Díaz Alabart), T. IV, vol. 3.º, Edersa, Madrid, 1996.
- PERÉ RALUY, «La prueba de la vecindad civil», en *RJC*, 1970, número extra, pág. 159 y sigs.
- RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999.
- RIBAS ALGUERÓ, *La vecindad civil: en torno a su régimen jurídico y a su prueba*, Bosch, Barcelona, 1984.
- ROCA y PUIG FERRIOL, *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1979.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L., «La vecindad civil en relación con el matrimonio y las parejas de hecho. Un problema de seguridad jurídica», en *Academia Sevillana del Notariado*, 2006, T. 14, pág. 303 y sigs.
- VIOLA DEMESTRE, I., «Minoría de edad y cómputo del plazo de diez años para la adquisición de la vecindad civil por residencia. Comentario a la STSJ 1/2009, de 12 de enero», en *InDret*, octubre de 2009, www.indret.com.

RESUMEN

VECINDAD CIVIL

El régimen actual de la vecindad civil sigue planteando cuestiones problemáticas que se vienen arrastrando a través del tiempo y de los diversos regímenes jurídicos a los que esta materia ha estado sometida. Por otro lado, la reforma legislativa de materias conexas o relacionadas con la vecindad civil ha incidido en la misma modificando o matizando su régimen. El presente trabajo, partiendo de los caracteres básicos del actual régimen de la vecindad en el Código Civil (arts. 14 y 15), trae de nuevo a

ABSTRACT

LEGAL RESIDENCE

The current system of rules concerning legal residence continues to raise problematic issues that have persisted over time and through the diverse laws to which this matter has been subjected. Furthermore, legislative reform of matters connected to or related with legal residence has affected the question of legal residence by modifying or otherwise creating nuances in the rules concerning legal residence. This paper starts with the basic features of the Civil Code's current rules on residence (articles 14

colación alguno de los problemas que tanto antes como hoy es objeto de posiciones doctrinales diversas y de interpretaciones jurisprudenciales dispares, como es la modificación por residencia de la vecindad civil de los menores de edad o la prueba de la propia vecindad civil de la persona. Junto a ello el trabajo analiza la trascendencia que las recientes reformas de la legislación del Registro Civil han provocado sobre la vecindad civil de los adoptados. El trabajo se completa con el análisis de alguna de las vías adquisitivas (la atribución de los padres) o modificativas (la opción del menor de edad) de la vecindad.

and 15) and brings to the discussion some of the problems that have been and today remain the object of diverse positions in doctrine and different interpretations of case law, such as modification of the legal residence of minors by de facto address and evidence of a person's own legal residence. In addition, the paper analyses the importance that recent reforms of Civil Registry legislation have had for the legal residence of adopted persons. The paper is completed with an analysis of some of the ways of acquiring legal residence (assignment by parents) or modifying legal residence (choice of a minor).

(Trabajo recibido el 29-9-09 y aceptado para su publicación el 30-6-2010)

Concepto y límites del daño moral: el retorno al *pretium doloris*

MARÍA LINACERO DE LA FUENTE
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL:

PLANTEAMIENTO GENERAL.

- 1.1. EL ORIGEN DEL DAÑO MORAL.
- 1.2. POSICIONES DOCTRINALES PARA SU DETERMINACIÓN.

2. CONSTRUCCIÓN DEL DAÑO MORAL: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN:

- 2.1. GRAVEDAD DE LOS HECHOS. DAÑO MORAL DE ESPECIAL ENTIDAD Y RELEVANCIA.
- 2.2. LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL INTERÉS COLECTIVO. OBLIGACIÓN GENERAL DE SOPORTAR CIERTAS MOLESTIAS O DAÑOS DERIVADOS DEL CURSO NORMAL DE LA VIDA. DAÑO MORAL EN SENTIDO ESTRICTO Y CONTRARIEDADES, PENAS, MOLESTIAS O DISGUSTOS NO INDEMNIZABLES.
- 2.3. BIENES O VALORES QUE LA ESTIMACIÓN COLECTIVA JUZGUE DIGNOS DE ESPECIAL TUTELA. LA CONEXIÓN DEL DAÑO MORAL CON LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSAGRADOS CONSTITUCIONALMENTE.

3. CONCEPTO PROPUESTO.

INTRODUCCIÓN

DE CASTRO, fiel a su convicción de que el Derecho Civil debe tender a humanizarse en sentido ético y social, recuerda las palabras de Séneca referidas a aquellos bienes sin los cuales, ciertamente, se puede vivir, pero sin los cuales es preferible la muerte: «*sine quibus possumus vivere, sed mors potius est*» (1).

(1) DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad», en *ADC*, 1959, pág. 1274: «*En este mundo moderno... cunde ya el temor de que estos bienes libertas, pudicitia, et mens bona y la tranquillitas animi están en peligro*».

Concluye DE CASTRO su estudio sobre los bienes de la personalidad afirmando: «*Si tuviéramos más fe en nuestras posibilidades, y mayor constancia en la obra colectiva, no sería imposible echar las bases para un nuevo ius commune, respecto a la protección de la persona. Pero esto quizá sea soñar*» (2).

El epicentro del daño moral es la protección general de los bienes de la personalidad (3), de ahí que una concepción excesivamente cicatera de aquél frustraría los sueños que también en el Derecho permiten el progreso científico.

En efecto, la creciente preocupación por el daño moral resulta coherente con la idea de un Derecho Civil que debe tender a la protección íntegra de la persona, superando la concepción de la etapa codificadora, centrada exclusivamente en los intereses económicos, por efecto del lastre de las viejas ideas romanistas (4) contrarias a la protección de la persona en el Derecho Privado General (5).

Ahora bien, una concepción amplia del daño moral puede asociarse a una visión excesivamente utópica y romántica del Derecho, pretendiendo que éste venga a proteger a la persona de cualquier perturbación y a restaurar o «compensar» cualquier quebranto o adversidad que la misma haya padecido.

En dicho sentido, la investigación del concepto de daño moral exige una labor previa y rigurosa de delimitación de dicha categoría jurídica que debe excluir, en principio, la identificación del daño moral con el elenco de molestias, frustraciones, malestares, contrariedades, disgustos o zozobras, de mayor o menor intensidad, que —lamentable pero inevitablemente— acompañan al ser humano a lo largo de su existencia.

De lo contrario, en una sociedad como la actual, expuesta a multitud de situaciones generadoras de riesgos de sufrir molestias o quebrantos, asistiríamos a un verdadero desbordamiento de dicha categoría, a un imparable e ilimitado reconocimiento y expansión de la misma, que produciría efectos económicos indeseados y perturbadores.

(2) DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad»..., *ob. cit.*, pág. 1273.

(3) DíEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Civitas, 2008, pág. 89, recordando a SCOGNAMIGLIO, señala que: «*todo daño moral arranca de una lesión de bienes y derechos de la personalidad*».

(4) DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 1268 y sigs.: «*la vieja y continuada enemiga de los romanistas contra la protección de la persona en Derecho Privado... parecía haber triunfado en España. Afortunadamente, si bien es cierto que los prejuicios de escuela retardan el progreso científico, la verdad es que nunca han logrado detenerlo de modo definitivo*».

(5) GARCÍA SERRANO, «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», en *ADC*, 1972, julio-septiembre, Tomo XXV, Fasc. III, pág. 800.

DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 1268: «*respecto a la protección de la persona, la doctrina sobre los daños ex delicto y quasi ex delicto, aquélla que determinada la situación jurídica anterior al código, derivaba de las ideas de los teólogos morales (SOTO, MOLINA, etc...) y se basaba en la legislación de las Partidas. Siendo de advertir que los civilistas y la misma práctica judicial civil se desentienden de estas cuestiones que estiman propias de los penalistas y de la jurisdicción penal*».

Dicho lo anterior, los razonables límites del daño moral lo que persiguen es evitar extender la aplicación de la doctrina del daño moral a perjuicios de toda clase y circunscribir éste a las lesiones graves del patrimonio moral (6).

La idea central que sirve de base y fundamento a la doctrina del daño moral no es otra que la noción misma de justicia, como aspiración que, de modo natural y universal, siente todo ser humano.

Repugna a las ideas de Derecho y Justicia que puedan lesionarse los sentimientos, afectos y valores más nobles o elevados de una persona, sin que haya ningún tipo de responsabilidad.

El daño moral forma, por derecho propio, parte integrante del Derecho de daños.

La evolución del Derecho de daños ha producido en el tiempo una ampliación de su campo de aplicación, que se ha extendido lenta pero incesantemente hasta dar cobertura al daño moral.

Se trata de una realidad innegable en el panorama doctrinal y jurisprudencial actual del Derecho de daños.

El principio que predica la necesidad de reparación del daño moral es incuestionable. Su función —dicho escuetamente— no es otra que restablecer integralmente el equilibrio roto, lo que inexorablemente exige la reparación o resarcimiento del daño moral inflingido.

La cuestión que tradicionalmente se ha suscitado en esta materia es la medición en dinero de un bien inmaterial tan especial como el daño moral.

En palabras de ALBALADEJO: «¿Cómo puede fijarse el precio al honor perdido, o a la difamación o descrédito experimentados, o al sufrimiento, privaciones, malos tratos, o dolor o ansiedad padecidos?» (7). Obviamente la respuesta unánime a dicha cuestión debe ser la irreparabilidad —en forma específica— del daño moral en cuanto lesión del patrimonio espiritual del ser humano (pues cuando se destruyen o quebrantan bienes de la personalidad, o determinados valores o expectativas legítimas, la indemnización no borra el dolor y sufrimiento padecidos).

Sin embargo, como en otros casos de imposibilidad de ejecución en forma específica, no hay más remedio que acudir —aunque se trate siempre de un sucedáneo pobre e incompleto— al resarcimiento en forma genérica, mediante el equivalente pecuniario. De ahí que tanto la legislación como la jurisprudencia admiten la compensación en dinero del daño moral.

El daño moral se indemniza con independencia del eventual perjuicio económico irrogado, lo que se mide en dinero es el dolor.

(6) QUINTANO, «Antijuricidad civil y penal en el evento jurídico de daño», en *RDP*, 1949, pág. 866: «El Derecho Civil tiende irresistiblemente a humanizarse en un sentido ético, psicológico y social, lo que de forma fatal lo aproxima a la técnica... propia del Derecho Penal... Su macizo materialismo, de estirpe romana, ha sufrido y sufre continuamente sensibles brechas».

(7) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, Vol. 2, 1994, pág. 502.

Cuestión distinta es que la reparación integral de la lesión de un derecho fundamental o de un derecho de la personalidad, pueda resultar por el propio reconocimiento de su vulneración sin necesidad de indemnización (8).

La discusión actual, por tanto, no se centra ya en la indemnizabilidad de este tipo de daños —que es una discusión decimonónica agotada y resuelta afirmativamente (9)—, ni en la forma inevitablemente pecuniaria de realizar dicha indemnización como sustitutivo de la imposible reparación específica. El punto crítico del debate consiste hoy en determinar *hasta qué punto deben admitirse las sucesivas ampliaciones en los tribunales del ámbito del daño moral que pueden producir una distorsión del mismo y alejarle de lo que tradicionalmente ha consistido y debe seguir constituyendo su verdadero ser y, en definitiva, su esencia.*

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

PLANTEAMIENTO GENERAL

La imprecisión del concepto, la objetiva imposibilidad de medir su intensidad y la arbitrariedad que entraña su cuantificación, han generado diversidad de posiciones doctrinales y pronunciamientos judiciales en torno a la «borrosa» figura del comúnmente denominado «daño moral».

DÍEZ-PICAZO advierte acerca de las dificultades que la admisibilidad del daño moral suscita sobre todo en punto a la arbitrariedad que siempre existe en su cuantificación, así como en la utilización que a veces se hace de este concepto para indemnizar daños de difícil prueba o para establecer indebidamente daños larvadamente punitivos (10).

El problema estriba en que últimamente el resarcimiento del daño moral se viene admitiendo por los tribunales con extraordinaria amplitud (11), alcanzando a ámbitos inicialmente insospechados.

(8) En dicho sentido, STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5; STEDH de 20 de diciembre de 2005, Wisse c. Francia, § 38.

(9) DÍEZ-PICAZO, «Derecho de daños», *ob. cit.*, pág. 239.

(10) DÍEZ-PICAZO, «Derecho de daños», *ob. cit.*, pág. 46: «*En síntesis hay que sostener que la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos de corte europeo doctrinal y que hay poderosas razones para ello. Si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió daños, sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo.*»

MARTÍN-CASALS, «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», Asociación de Profesores de Derecho Civil, en *Estudios en Homenaje al Código Civil*, Madrid, 1989, pág.1231 y sigs.

(11) PANTALEÓN, *cit.*, DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, págs. 307-308: «*No sólo en casos de lesión del honor, la intimidad personal y familiar, o la propia imagen (art. 9.3 LHI); o en casos de muerte: dolor por la pérdida de un ser querido; o de lesiones:*

La falta de uniformidad, las enormes discrepancias entre algunas sentencias judiciales y la «trivialización» del concepto del daño moral, permiten hablar de «caos», «lotería judicial» o, si se prefiere, del escándalo del daño moral (12).

En la línea de trivialización y difuminación del concepto, técnicamente entendido del daño moral, pueden citarse las sentencias siguientes:

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4.ª), de 29 de octubre de 2002*. Estima el daño moral que implica la frustración por la imposibilidad de obtener el vehículo comprado con mando a distancia integrado en la llave.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de febrero de 2004 (AC 2004/528)*. Daños morales por incumplimiento del vendedor de la obligación de entregar la vivienda adquirida. En la misma línea, *sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 31 de mayo de 2005 (JUR 2005/159306)*, daños morales sufridos como consecuencia del retraso en la entrega de la vivienda adquirida.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de mayo de 2004 (JUR 2004/306241)*. Procedencia de la indemnización de daños morales derivados del incumplimiento de un contrato de compraventa mercantil (venta de limones).

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de noviembre de 2004 (JUR 2005/15045)*. Admite la indemnización de daños morales invocando una posible lesión de derechos fundamentales del reclamante por haberse visto privado del uso de la energía eléctrica en su vivienda, durante diecinueve días. En la misma línea, *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de julio de 2004 (JUR 2004/299332)*, estima el daño moral sufrido por la oposición de una comunidad de propietarios al corte de suministro de agua para que el reclamante sustituyera un radiador.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 20 de diciembre de 2004 (JUR 2005/33972)*. Indemnización de daño moral por pérdida de vacaciones.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5.ª), de 25 de enero de 2005*. Concede 600 € por demora en la entrega de la silla de ruedas por parte de la Compañía Aérea.

sufrimientos hasta la curación, “daño a la vida de relación”, incluido el “daño sexual”, “daño estético”; o daño de afecciones de carácter psíquico; sino llegando a estimar daño moral resarcible: el aparecer un inquilino como mal pagador a causa de un desahucio conseguido mediante fraude del arrendador; la frustración de un viaje turístico a causa de lesiones sufridas por culpa del dañante; las molestias que reporta verse privado de la propia vivienda, destruida por culpa del responsable; el haber quedado privada la mujer del lesionado de la posibilidad de mantener relaciones sexuales con él; el sufrido por el autor de una escultura por haber sido atribuida la autoría de ella a otra persona; la “frustración de la esperanza de lograr una familia legítima constituida” a causa de la nulidad de un matrimonio dolosamente provocada por el responsable; o el impacto psíquico que, en un caso de abusos deshonestos, supuso para la ofendida el verse privada del “signo de la virginidad”».

(12) DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Civitas, 2008.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.ª), de 1 de marzo de 2005*. 350 € por retraso de vuelo de salida de viaje contratado. Desazón y sensación agrídulce consecuente con la incertidumbre sobre el futuro viaje.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 20 de junio de 2005 (AC 2005/1174)*. Indemnización de los daños morales inflingidos como consecuencia de la pérdida de una maleta en un contrato de transporte aéreo. En idéntico sentido, por pérdida de maletas, *SAP de Madrid, de 11 de abril de 2005*, *SAP de Alicante, de 7 de octubre de 2004* y *SAP de Baleares, de 7 de marzo de 2005*.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 13 de julio de 2005 (AC 2005/1346)*. Indemnización del daño moral debido a la situación de frustración como consecuencia de un banquete mal servido.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.ª) de 18 de julio de 2005*. 5.000 € de indemnización por el desasosiego, malestar y contrariedad que le supuso que el concesionario no le instalase en el vehículo la tapicería elegida.

— *Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 1999 (RJ 1999/4770)*. Indemnización de daños morales derivados de la aflicción causada por la resolución del contrato de compraventa que ligaba a las partes con fundamento en un defecto de cabida en el inmueble adquirido que era aproximadamente de doce metros cuadrados.

— *Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000/5089)*. Considera procedentes daños morales derivados del incumplimiento de un contrato de transporte aéreo por retraso en el vuelo.

— *Sentencias del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2003, 18 de junio de 2004, 28 de abril de 2005 y 14 de julio de 2005*. Daño moral y pérdida de oportunidad procesal por incumplimiento de obligaciones profesionales de Abogados y Procuradores de los Tribunales. En la misma línea, *sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 2 de febrero de 2005 (JUR 2005/83493); Huelva, de 9 de diciembre de 2004 (JUR 205/53373) y Madrid, de 22 de julio de 2004 (JUR 2004/234770)*.

Ante las dificultades y perplejidades que suscita la determinación del concepto de «daño moral» parece necesario precisar del modo más nítido posible los perfiles de dicha figura y los criterios que justifican su indemnización.

1.1. EL ORIGEN DEL DAÑO MORAL

DE CASTRO (13) recuerda que en el Derecho antiguo (en el que los casos de tortura eran algo usual) se conocen disposiciones que castigaban las ofensas físicas y morales inflingidas a la persona: en el Derecho griego, la llamada «diké categorías» (bien conocida por la oración décima de Lysias contra

(13) DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad», *ob. cit.*, pág. 1240.

Theomnestos), y en el Derecho romano, la *actio iniuriarum* (originada, según los romanistas por el «desprecio de la personalidad ajena») (14).

La expresión «daño moral» tiene su origen en lo que en el antiguo Derecho común se llamaba *Pretium doloris*, y en el antiguo Derecho germánico *Wergeld* o rescate de la sangre o dinero del dolor (15).

A partir de dicha acepción nació el concepto moderno del Derecho alemán *Schmerzensgeld* (16).

(14) WINDSCHEID, *Lehrbuch des pandektenrechts*, II, § 472, ed. 1872, pág. 712.

SCHULZ, *Classical roman law*, 1951, pág. 595.

(15) BARRIENTOS, «El resarcimiento del daño moral», *ob. cit.*, pág. 224, nota 548.

«En los derechos tribales de la época de los francos se habían creado ciertas tipicidades para actos delictivos o *Missethaten*, en cuyo cumplimiento el delincuente tenía que pagar una multa, *Buâe*, emenda o *satisfactio* al lesionado. El sistema alemán de multas tenía en la época de los francos una función punitiva y compensatoria, ya que no existía una división entre el Derecho Penal y Civil. La multa era entonces por un lado represalia por un delito y además, servía como reparación de un daño causado. Para la mayoría de las faltas, la multa ya no se pagaba en especie a partir de los francos, sino generalmente en dinero, es decir, en tasas de multas fijas y en determinados casos también se exigía la restitución en especie. Así, de la *Lex Salica* “Arrancar una mano, un pie, un ojo o la nariz, 100 sueldos, pero solamente 63 si la mano queda colgando. Arrancar el dedo pulgar, 50 sueldos; pero sólo 30 si queda colgando. Arrancar el índice (el dedo que sirve para tirar con el arco), 35 sueldos. Otros dedos, 30 sueldos; dos dedos a la vez, 35 sueldos; tres dedos al mismo tiempo, 50 sueldos”. La *Ley Sállica* (del latín *Lex Salica*) o más exactamente, las leyes sállicas, fueron un cuerpo de leyes promulgadas a principios de siglo V por el rey Clodoveo I de los francos. Debe su nombre a la tribu de los Francos *Salios*. Fue la base de la legislación de los reyes francos hasta que en el siglo XII el reino de los francos desapareció, y con él sus leyes. Este código regía las cuestiones de herencia, crímenes, lesiones, robo, etc., y fue un importante elemento aglutinador en un reino como el franco, compuesto por varios grupos y etnias. Una parte muy concreta de este código, que sobrevivió a los reyes francos y pervivió en la historia europea durante varios siglos, establecía la prohibición de que una mujer heredara el trono de Francia, y fue aprobada en 1317». LE GOFF, J., *La civilización del Occidente Medieval*. Traducción de J. de C. Serra, Ed. Juventud, 1969 (París, 1965), Barcelona, pág. 66. Sobre el tema, vid. también, la ley de los francos ripuarios, escrita en el siglo VII, que era similar a la *lex sállica* de los francos sállicos. En esta ley se tipificaban los delitos de la época y las cuantías de la pena en «sueldos» (*solidi*). De la *Lex Rituaria* y una tabla de los *Widrigild*, en CANTÚ, C., *Historia Universal*. Traducción de A. Ferrer, Mellado Ed., Nueva Ed., 1848, Madrid, vol. XII, págs. 40-42. Los términos «daño moral», que designan este tipo de perjuicio extrapatrimonial en su acepción más extendida, tendrían su origen en una interpretación latina del término del Derecho germánico antiguo «*Wergeld*» o «rescate de la sangre» o «dinero del dolor». Acepción desde la cual nació el concepto moderno del Derecho alemán *Schmerzensgeld*. Sobre esta acepción alemana y su impacto en el concepto de daño no patrimonial italiano y daño moral, SCOGNAMIGLIO, «El daño...», *ob. cit.*, pág. 38; «*Il danno...*», *op. cit.*, pág. 296. HOFSTETTER, *Zur Geshichte des Schmerzensgeldes*, 1961, S. 9. En el diccionario de las lenguas española y alemana, vol. II, 1994, SALBY/ GROSSMANN/LLIG, ha sido traducido *Wergeld* como «rescate de la sangre».

(16) SCOGNAMIGLIO, «El daño...», *ob. cit.*, pág. 296.

HOFSTETTER, *Zur geschichte des Schmerzensgeldes*, 1961, S. 9. El espejo de Sajonia o *Sachsenspiegel* (de 1220/1230) incluía la siguiente norma: Artículo 1.685: «*Si se lesiona a alguien la boca, la nariz, los ojos, las orejas o la lengua, a un hombre en su zona testicular o en manos y pies, se le debe pagar medio Wergeld*».

La Constitución Criminalis Carolina (arts. 20 y 21) (17) del Emperador Carlos V (1532) ya reconocía a una persona injustamente torturada el derecho a la reparación de los daños sufridos. El resarcimiento se concedía también a la mujer, previamente honrosa, que a causa del daño veía disminuir sus perspectivas de matrimonio y manutención (18).

Según WINDSCHEID, la máxima recogida en la *Constitutio Carolina*, se fundaba en la práctica y había encontrado un punto de apoyo en una ordenanza judicial donde se decía que el juez que aplicaba tortura a alguien sospechoso sin indicios suficientes, estaba obligado a resarcirle convenientemente por los gastos y por los daños (19).

Por lo que se refiere al Derecho español, constituye un lugar común en la doctrina la idea de que el reconocimiento de la indemnizabilidad de los daños morales arranca de la famosa sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de diciembre de 1912, que enjuició el siguiente hecho: «*un importante periódico de difusión nacional había publicado una falsa noticia en que, con gran alarde tipográfico, se decía de un capuchino que era “fraile raptor y suicida” y se ponía en tela de juicio el honor y la fama de una señorita con la que se pretendía que el fraile había tenido escandalosa sucesión*» (20).

BARRIENTOS, *ob. cit.*, pág. 227: «*El derecho a Schmerzensgeld*» ya aparece en la *Crónica de la ciudad de Colonia o «Kölner Stádtchronik» de 1499, donde se relata que en 1431 se le concedió a una víctima inocente de la tortura diez florines «para sus dolores».*

Existen tales antecedentes también en Sajonia y Tubingia, así como el Derecho de la ciudad y los alrededores de Gotha. STOBBE, *Handbuch des deutschen privatrechts*, Bd III, 1878, S. 417, FN 26.

(17) El artículo 20 de la Constitución Criminalis Carolina disponía que sólo en caso de necesidad se podía torturar.

El artículo 21 impedía al juez torturar por indicación de un adivino: «*Si el juez siguiera por las indicaciones expeditas por el adivino, deberá ser culpable de entregar los costes, dolores, injurias y daños (...)*».

(18) En el Derecho alemán, el antiguo parágrafo 1300 BGB se aplicaba a favor de una novia que sufría pérdidas en su valoración social por conceder relaciones sexuales a su prometido que defraudaba su confianza retirando la promesa nupcial.

(19) WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, traducción de Fadda y Bensa, Turín, 1930, pág. 764, cit. Díez-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, pág. 60.

(20) Díez-PICAZO, *El escándalo...*, págs. 67-68.

«Derecho de daños», *ob. cit.*, págs. 96-98, se analiza detalladamente la citada STS de 6 de diciembre de 1912.

DE CASTRO, «Bienes de la personalidad», *ob. cit.*, págs. 1270-1271.

Se considera que el texto de las Siete Partidas, en su Ley 21, T. IX, Partida Séptima, ayudó al resarcimiento del daño moral, afirmando por primera vez, en la referida sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de diciembre de 1912, «una indemnización pecuniaria que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó y que llevan consigo, con consecarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales, conforme al criterio tan sabiamente manifestado en la Ley 21, título 9, de la Partida 7, cuando al disponer que: “*cualquiera que reciba tuerto o desonrra, que pueda demandar en una destas dos maneras qual más quisiere. La primera que paga*

La idea del daño moral, según relata Díez-PICAZO, reaparece en un asunto relacionado también con el honor y la fama. Se trata de la STS de 13 de noviembre de 1916, «*en que un Catedrático de Derecho Mercantil y prestamista, había sufrido lo que consideraba un escrito difamatorio de un colega suyo, prestatario, dirigido al Rector de la Universidad, proponiendo la apertura de un expediente administrativo*» (21).

el que la desonre, enmienda de pecho de dineros. La otra es en manera de acusación pidiendo que el que le hizo el tuerto que sea escarmentado por ello. E la una destas maneras se tuelle por la otra; porque de un yerro no debe ome de recibir dos penas por ende. E desde ouiere escojido la una, no la puede dexar e pedir la otra”, y en cuya aplicación ha sido tradicional en España».

(21) El pretendido escrito difamatorio relataba hechos tales como que el referido Catedrático: «*da el ejemplo a sus discípulos de no pagar las deudas, de constituirse en insolvencia para no pagar las costas, de pedir que se le declare pobre para litigar... Dicho Catedrático se proporcionó refugio en este Claustro Universitario donde se adoctrina a la juventud en la asignatura de Derecho Mercantil: no la edifica, seguramente, con su ejemplo al respeto de los derechos de los demás ni al fiel cumplimiento de los contratos válidamente celebrados, mientras en conferencia pública les dice: “la moral es el oxígeno del comercio”, prácticamente les enseña que la moral consiste en excogitar los medios de burlar la ley y eludir el cumplimiento de sus obligaciones*».

Número 62. Tribunal Supremo. 13 de noviembre, publicada el 6 de mayo de 1917.

Casación por Infracción de ley. Indemnización de daños y perjuicios. Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por don Antonio Díaz Domínguez contra la pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada en pleito contra don Juan Hurtado Sánchez.

En sus considerandos se establece:

Que las responsabilidades derivadas, conforme a los artículos 1.092 y 1.902 del Código Civil, de obligaciones dimanantes de causa penable, culpa o negligencia, requieren para ser exigibles en la vía civil, no solamente la ejecución del acto que constituya el delito, integre la culpa o demuestre la imprudencia cometida, sino que además se justifique o surja la certeza de que por consecuencia de aquellos actos ha sobrevenido daño o perjuicio a la persona ofendida o a un tercero, pues una cosa es el castigo impuesto por la ley, en su caso, para la reparación del derecho social perturbado, y otra el ejercicio de la acción civil de orden particular y privado, cuyo éxito depende de la realidad de la existencia del daño o perjuicio material, o daño moral que lógica y positivamente traiga en pos de sí quebrantos materiales, sin cuya determinación no son aplicables los preceptos legales antes citados:

Que la sentencia impugnada, teniendo en cuenta la instancia dirigida... al Rector de la Universidad... los fines en ella perseguidos, los actos del demandado coetáneos y posteriores a su presentación y el resultado de las pruebas en conjunto, declara que no hubo intención de injuriar a... ni en los hechos realizados aparecen los elementos que integran el delito de injurias, apreciando asimismo que no se ha probado que el recurrente haya sufrido daño ni perjuicio alguno; y como a la Sala sentenciadora corresponde resolver tales cuestiones de hecho, la apreciación de las pruebas que ha producido aquella estimación, sobre todo tratándose de la imputación de una injuria, no se combate eficazmente el recurso, cuyos motivos se fundan en un supuesto contrario, cual es la existencia del delito, atendiendo fundamentalmente al sentido gramatical de las frases contenidas en el escrito presentado al Rector, y en presunciones que no habiéndose aceptado por el Tribunal sentenciador los hechos de que se derivan, no pueden ser estimadas en casación, ni el referido documento aisladamente analizado es suficiente para destruir la apreciación hecha en conjunto y demostrar la evidente equivocación del juzgador,

Concluye Díez-PICAZO el recorrido por las primeras sentencias que recurren al llamado «daño moral», refiriéndose a la STS de 7 de noviembre de 1919, en la que «un autor satírico, denominado Albaladejo, publicó en el periódico *La Tribuna* el reportaje de un recorrido por diversas ciudades españolas que le dio lugar a la llegada a Caudete, para contar la historia de Albalat, fanático seguidor del pretendiente carlista Carlos VII y que, según el autor de la crónica, se había hecho pasar por descendiente de aquél».

En dicha sentencia se confirma la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincia de Madrid, por la que se condenó al autor del artículo a pagar 20.000 pesetas por vía de reparación de los perjuicios causados por la publicación del artículo injurioso, condenando subsidiariamente al dueño del periódico «*La Tribuna*» que publicó el referido artículo (22).

requerida por el número 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, al efecto de patentizar los errores de hecho y de derecho que basados en la supuesta infracción de los artículos 1.253 y 1.249 del Código Civil se invocan:

Que la improcedencia de un motivo supone de igual manera la del otro, apoyado en el mismo supuesto rechazado por la Sala sentenciadora, de la existencia del delito de injurias graves, y como consecuencia de éste, la de los daños y perjuicios, sin que por su desestimación resulte infringida ni tenga aplicación al recurso la sabia y moralizadora doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912, porque allí, tanto el delito como la realidad del daño moral, generador de los perjuicios materiales, fueran afirmaciones de hecho establecidas como premisas de su fallo por el Tribunal a quo.

(22) Número 3. Tribunal Supremo. 7 de noviembre, publicada el 2 y 4 de marzo de 1920. Casación por infracción de ley. Indemnización de daños y perjuicios. Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por don Federico Albaladejo Bravo contra la pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Madrid.

Resultando que en 28 de febrero de 1913 dedujo ante los Juzgados de esta corte, correspondiendo en turno al del distrito de Chamberí, don Francisco Albalat Navajas demanda de mayor cuantía contra don Federico Albaladejo y don Salvador Cánovas Cervantes, exponiendo: que en el número del periódico *La Tribuna* correspondiente al día 25 de octubre de 1912, apareció un artículo suscrito por Federico A. Bravo, en que bajo el título «Recorriendo España. Caudete. Almansa. Dos historias breves», se dice textualmente: «Salimos de Yecla y llegamos a Caudete. Mientras nos tomamos un refresco nos cuentan la historia de Albalat, el dueño de aquella larga sarta de casas conventuales que acaban en la Plaza de Toros. El Sr. Albalat es el hombre más rico del pueblo, el más extravagante, el menos querido, el más dadivoso. El Sr. Albalat fue Secretario particular del Sr. D. Carlos VII. Por amor a la real persona del fallecido pretendiente contrajo matrimonio con una dama a quien no había de conocer íntimamente jamás y de la cual el señor de la boina conocía toda suerte de señales y pelos. Esto fue la representación de una opereta vienesa en escenario veneciano. Al Rey la hacienda y la vida se ha de dar... Pero el Sr. Albalat no ha sido nunca poeta, y en Venecia ignoraba que se le hubiera ocurrido a alguien esta gran tontería reinada. Murió D. Carlos y vino a España su Secretario. Murió su honoraria esposa y trájose a Caudete su cadáver. Y dice este viejo charlatán que me cuenta la historia que para honrar y perpetuar el nombre de la difunta el Sr. Albalat ha construido esa manzana de casas pobres, a los que exige al habitarlas el cumplimiento de una sola obligación: que ha de quedarse con una llave para entrar en ellas cuando le apetezca. El antiguo Secretario de D. Carlos quiere repetir colectivamente la hazaña de su señor; pero en Caudete no encajan las óperas vienesas».

La terminología empleada para referirse al daño moral varía en los distintos ordenamientos («*dommage moral*», «*danno morale o danno non patrimoniale*», «*non pecuniary loss*», «*Schmerzensgeld o Nichtuermögensschäden*», «*danos não patrimoniais*»).

En la actualidad, si bien la expresión «perjuicio no patrimonial» se ha generalizado en algunos ordenamientos (23), lo cierto es que tanto en la

(...)

Resultando que el Juez dictó sentencia condenando a D. Federico A. Bravo como autor del mencionado artículo publicado en *La Tribuna* a pagar a D. Francisco Albalat, una vez firme la sentencia, la cantidad de 10.000 pesetas como indemnización de los perjuicios que se le han causado por el hecho de ser constitutivo aquél escrito y que le ha motivado dicha demanda, y como responsable subsidiariamente condenó también a D. Salvador Cánovas Cervantes en concepto de Director y único dueño de *La Tribuna* y de la Empresa que representaba, a que abone al mismo Albalat la expresa suma de 10.000 pesetas si no la hiciese efectiva en el acto de ser requerido para ello el don Federico, a quien además condenó al pago de las costas, mandando publicar esta sentencia, cuando adquiere el carácter de ejecutoria en el mencionado periódico *La Tribuna*, en otros dos de mayor circulación de Madrid y en otro de cada una de las capitales de Murcia y Valencia:

Resultando que interpuesta apelación por el demandado Bravo, así como también por el actor, se acreditó durante la segunda instancia el fallecimiento de este último, personándose su viuda Doña Dolores Golf Amorós y D. Emigdio Albalat Navas como padres y representante legal de D. Francisco Albalat Golf, sustanciándose la alzada con arreglo a derecho hasta alcanzar en 16 de abril de 1917, la sentencia que dictó la Sala de civil de la Audiencia territorial de esta corte, por la que condenó a Albaladejo a pagar al demandante 20.000 pesetas por vía de reparación de los perjuicios irrogados con la publicación de un artículo injurioso y condenó a Cánovas Cervantes, dueño del periódico *La Tribuna* que publicó el artículo, al pago de la cantidad que de las 20.000 pesetas dejase de hacer efectivas Albaladejo, como responsable subsidiariamente de éste y ordenó la publicación de la sentencia, una vez firme, en *La Tribuna* y cinco periódicos más de Madrid y uno de cada una de las tres capitales de Barcelona, Valencia y Bilbao, a elección del actor, absolviendo de la demanda a Cánovas en cuanto por ella se pretende sea condenado al pago mencionado y solidariamente con Albaladejo, todo ello, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. Federico Albaladejo ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley fundado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la de Enjuiciamiento Civil, por los motivos siguientes:

(...)

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Federico Albaladejo Bravo en pleito contra D. Francisco Albalat Navajas; y con la oportuna certificación devuélvase a la Audiencia territorial de esta corte el apuntamiento que remitió.

(23) *Principles of european tort law*. Artículo 10:301 «daño no patrimonial»:

(1) *En atención al alcance de su protección (art. 2:102), la lesión de un interés puede justificar la compensación del daño no patrimonial. Este es el caso, en especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad. También puede resarcirse el daño no patrimonial de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave.*

(2) *En general, para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo.*

doctrina como en la jurisprudencia sigue siendo preferente el empleo del término «daño moral».

Dicha expresión no debe entenderse como un lastre de la doctrina canónica y de sus ideas de la culpa y de la moral (cuyos méritos y deméritos no corresponde tratar aquí), sino como lesión de aquellos bienes personales que integrarían el patrimonio moral del individuo.

1.2. POSICIONES DOCTRINALES PARA SU DETERMINACIÓN

La delimitación del concepto del daño moral ha sido objeto de posiciones doctrinales muy diversas (24).

(3) *En los casos de daño corporal, el daño no patrimonial corresponde al sufrimiento de la víctima y al perjuicio de su salud física o psíquica. En la cuantificación de las indemnizaciones (incluyendo las que correspondan a las personas allegadas a la víctima fallecida o que ha sufrido lesiones graves) se deberán conceder sumas indemnizatorias similares por aquellas pérdidas que sean objetivamente similares.*

(24) ÁLVAREZ VIGARAY, «La responsabilidad por daño moral», en *Anuario de Derecho Civil*, 1966, Tomo XIX, Fasc. 7, pág. 85.

BAÑEGIL ESPINOSA y SALVADOR CRESPO, «Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica», en *AC*, núm. 7, 1997, pág. 143 y sigs.

BARRIENTOS ZAMORANO, «El resarcimiento por daño moral», *ob. cit.*, pág. 37 y sigs.

CASTILLO MARTÍNEZ, «La indemnización por daños y la problemática de su cuantificación», en *AC*, núm. 41, 2003, pág. 1091 y sigs.

CRISTÓBAL MONTES, «El daño moral contractual», en *RDP*, 1990, pág. 3.

DE CUPIS, *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1951.

FERRARA, *Trattato di diritto civile*, Tomo I, Roma, 1920, pág. 865.

FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928.

FORCHIELLI, «Danno morale e danno biológico», en *Riv. Dir. Civ.*, 1990, pág. 77 y sigs.

GARCÍA LÓPEZ, «Responsabilidad civil por daño moral», en *Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, 1990.

GARCÍA SERRANO, «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», en *ADC*, Tomo XXV, Fasc. III, 1972, pág. 804 y sigs.

MARTÍN-CASALS, «El daño moral», en *Derecho Privado Europeo*, Cámara coord., Colex, 2003, pág. 857.

— «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual (a propósito de la STS de 31 de octubre de 2002)», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, núm. 2, 2003, págs. 829-848.

— «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la Ley 1/1982», en *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil*, Tomo II, Cevia, Madrid, 1990.

— «La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado», en *RDG*, 658/659, 1999, págs. 9405-9463.

— «Comentario a la sentencia de 31 de octubre de 2002. Daños morales derivados de incumplimiento contractual», en *CCJC*, enero/abril, 2003.

PANTALEÓN, «La indemnización por lesiones o muerte», en *ADC*, 1989, pág. 613 y sigs.

— «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991, pág. 1019 y sigs.

ROCA TRÍAS, *Derecho de Daños*, 3.^a ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Algunos autores han optado por una definición negativa del daño moral contraponiéndolo al daño patrimonial.

En dicho sentido se han pronunciado, entre otros, DE CUPIS, PACCHIONI, POLACCO, GÓMEZ ORBANEJA o FORCHIELLI (25).

Según PACCHIONI: «*Los daños morales consisten en un sufrimiento que no tiene repercusión alguna sobre la entidad de nuestro patrimonio, presente o futuro*» (26).

Más recientemente, MARTÍN-CASALS o ROCA TRÍAS, entre otros, en una primera aproximación, identifican el daño moral con el no patrimonial.

Para ROCA TRÍAS, daños morales son «*aquellos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial*» (27).

MARTÍN-CASALS después de admitir las dificultades para elaborar una definición precisa del daño moral, opta por una definición negativa del mismo. Según dicho autor: «*daño moral es el perjuicio que experimenta una persona y que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado*» (28).

No obstante se han formulado razonadas críticas a dicha concepción negativa del daño moral.

Una definición negativa —según SCOGNAMIGLIO— puede admitirse solamente cuando se trata de operar en la esfera de fenómenos homogéneos, en tanto que los daños morales y patrimoniales constituyen fenómenos completamente distintos.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Indemnización del daño moral contractual (comentario a la STS de 28 de marzo de 2005)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, págs. 277-285.

ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985.

— *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Español*, Madrid, 1977.

ROGERS, *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Wien/New York, 2001, pág. 246.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica», en *RDP*, julio-agosto, 2006, pág. 42 y sigs.

SCOGNAMIGLIO, *El daño moral, contribución a la teoría del daño extracontractual* (trad. y notas de HINOSTROSA), Bogotá, 1962, pág. 38; «Il danno morale», en *Riv. Dir. Civ.*, 1957, pág. 227 y sigs.

VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, 1994, pág. 51 y sigs.

(25) DE CUPIS, «Il danno...», *ob. cit.*, pág. 32.

FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1968, I, pág. 17.

GÓMEZ ORBANEJA, «La acción civil del delito», en *RDP*, marzo de 1949, pág. 200: «*El concepto de daño moral sólo puede establecerse negativamente por oposición al daño patrimonial*».

POLACCO, *Obligazioni*, 1914, pág. 851.

(26) PACCHIONI, «Danni morali», en *RD Commerciale*, 1911-2, pág. 240.

(27) ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños*, Valencia, 1998, pág. 125.

(28) MARTÍN-CASALS, «El daño moral», en *Derecho Privado Europeo*, Ed. Colex, 2003, pág. 858.

Recientemente, Díez-PICAZO mantiene que «la definición negativa no es otra cosa que puro escapismo de problemas que tanto en lógica como pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan difíciles de resolver» (29).

Según GARCÍA SERRANO: «construir como sinónimos daño extrapatrimonial y daño moral implicarían tanto como adoptar una de estas dos alternativas: o pensar que la parte incluye al todo, lo que sería absurdo, o negar relevancia jurídica a los supuestos de lesión física, lo que sería inicuo» (30).

Otros autores —como indica ÁLVAREZ VIGARAY (31)— acogen una clasificación tripartita de los daños, contraponiendo frente al daño patrimonial de un lado, el daño personal (lesiones a la integridad física o moral, al honor, etc...) y de otro, el daño moral propiamente dicho (dolores, padecimientos de ánimo, etc...) (32), o bien distinguiendo entre daños que afectan al patrimonio, daños que afectan a la víctima en su persona física y daño moral (33).

VICENTE DOMINGO opta por una concepción estricta del *pretium doloris*, deslindando el daño corporal y el *pretium doloris* (34).

ROGEL, siguiendo a CARBONNIER, señala respecto al *pretium doloris*: «que el daño consistiría aquí en el dolor físico experimentado por la víctima en su carne, así como el sufrimiento puramente moral que la víctima pueda experimentar viéndose mutilada o desfigurada» (35).

(29) Díez-PICAZO, L., «El escándalo del daño moral», *ob. cit.*, pág. 74.

(30) GARCÍA SERRANO: «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», en ADC, julio-septiembre, 1972, pág. 802, señala: «Sin embargo, no parece posible que pueda hacerse válidamente una equiparación de tal clase (de daño moral y daño extrapatrimonial). La persona humana aparece como una unión indisoluble de cuerpo y alma y ninguno de tales componentes tiene valor traducible a términos monetarios, están fuera de toda unidad de medida. El daño a alguno de ellos tiene, pues, un acusado carácter extrapatrimonial por ser de tal naturaleza dichos bienes, y parece que en buena lógica el daño moral debe ser considerado distinto del atentado físico, si bien en muchos tipos de daños aparecen estrechamente conexos».

(31) ÁLVAREZ VIGARAY, *ob. cit.*, pág. 85.

(32) SCOGNAMIGLIO, *ob. cit.*, págs. 280 y 295.

(33) COLIN y CAPITANT, *Derecho Civil*, T. III, 1924, págs. 743-744.

(34) VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales, tipología y valoración*, Bosch, 1994, pág. 187, según dicha autora el *pretium doloris* se desdobra en dos especies diferentes: de un lado, el dolor físico que experimenta la víctima como consecuencia de la lesión en su integridad física, sensaciones de malestar, insomnio, o cualquier otra manifestación dolorosa que podamos imaginar y que tenga su causa en el perjuicio corporal, es decir, en la disminución física. Y de otro lado, junto a éste también se considera *pretium doloris*, el puro daño moral, que es ese daño que si lo sufren los parientes se denomina *pretium affectionis*, porque afecta al «acervo espiritual de la persona», a la esfera de lo puramente subjetivo, más objetivo que el dolor, pero también puede sufrir la víctima en «su propio afecto», en su propio cuerpo.

Cfr. TUNC, *La sécurité routière*, París, 1966, separa el *pretium affectionis* del *pretium doloris*.

(35) ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1976, pág. 65; *Estudios de Derecho Civil. Persona y Familia*. Ed. Reus, Madrid, 2008, págs. 9-31.

Los MAZEAUD distinguen, dentro de los daños morales, los que afectan a la parte social del patrimonio moral, y atacan al individuo en su honor, reputación y pública estimación, de aquéllos que atañen a la parte afectiva del patrimonio moral que lesionan los sentimientos y afectos del individuo (36).

JOSSERAND contraponen al daño moral el daño material. Daño material es el que alcanza a la víctima en su patrimonio o en su persona física, mientras que el daño moral afecta al patrimonio moral o a los afectos de la víctima (37).

LE TOURNEAU y CADDIET distinguen el daño corporal y el que resulta de un ataque a los derechos de la personalidad (38).

Asimismo, y en armonía con sus orígenes, está muy extendida la tesis que identifica el daño moral con el dolor y sufrimiento físico o psíquico injustamente causado (39).

(36) MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 1957, I, pág. 378 y sigs.

(37) JOSSERAND, *Derecho Civil, II-I*, Buenos Aires, 1950, pág. 330.

(38) Díez-PICAZO, «Derecho de daños», *ob. cit.*, págs. 326-327, señala: «En el mismo sentido en la obra de Philippe Le Tourneau, y Löic Cadiet, se mantiene una concepción extensa del daño moral, de acuerdo con la cual se comprende en dicho concepto “todo perjuicio extrapatrimonial que resulta de un ataque a la integridad física”, al que los autores citados denominan daño corporal y el que resulta de un ataque a los derechos de la personalidad, que sería el denominado en sentido estricto daño moral. Dentro de los daños corporales los autores citados colocan:

1.º Los sufrimientos morales y psíquicos, que comprenden las mismas ideas que la vieja idea pretium doloris.

2.º El perjuicio estético (*prix de la beauté, pretium pulchritudinis*).

3.º El denominado “perjuicio sexual”, que comprende la imposibilidad total o parcial para la víctima de mantener relaciones sexuales o de procrear.

4.º El daño a la que podríamos denominar vida de relación (*préjudice d’agrément*). Según los autores citados, con esta última noción se designa la privación, para la víctima, de la posibilidad de ejercer determinadas actividades en las cuales había alcanzado un especial nivel, sean de orden cultural o deportivo, o respecto de los cuales mantenía una especial pasión (por ejemplo, la víctima era un esquiador o tenía un gusto extraordinario por los viajes). Se han señalado que esta concepción “elitista” según la calificación de la profesora Viney ha sido sustituida por una concepción amplia que define este tipo de perjuicio como la pérdida de los goces y alegrías que se pueden esperar de una existencia normal.

Al lado de la mencionada concepción del daño moral que es el daño moral que resulta de una lesión de la integridad física parece también en el Derecho francés, según los autores citados, una concepción más amplia que comprende el daño moral o perjuicio extrapatrimonial que resulta de los ataques o lesiones a los demás derechos de la personalidad, como puede ocurrir con el derecho al nombre, los ataques a la intimidad, al honor o al derecho moral del autor y del artista, algunos derechos que derivan de las relaciones de familia o el ataque a la memoria de los muertos cuando repercute sobre los vivos».

Vid. VINEY y MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparación des droits anglais et français*, París, 1985.

LE TOURNEAU, P., CADDIET, L., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París, 2000.

(39) RUGGIERO, *Instituciones*, Madrid, 1931, T. II, pág. 64.

ROVELLI y MADRIOLI, «La risarcibilita», en *Riv. Dir. Civ.*, 1933-2, pág. 271.

En el escenario actual la aproximación al concepto del «daño moral» ha generado dos criterios aparentemente contrapuestos. Por un lado, se configura el daño moral en atención a la naturaleza del bien lesionado, identificándolo con la lesión de los bienes de la personalidad, y por otro, se relaciona el daño moral con el sufrimiento que en la persona pueden producir ciertas conductas y actividades con independencia de la naturaleza patrimonial o no patrimonial del bien lesionado.

En definitiva, puede constatarse que, en los momentos actuales, uno de los datos reseñables del llamado «daño moral» es la confusión existente en torno a su definición y, lo que es más preocupante, la consiguiente falta de rigor en el criterio seguido por recientes resoluciones judiciales que lo han convertido en un concepto «comodín», que se utiliza lo mismo para indemnizar la pérdida de un hijo que la pérdida de unas maletas.

A partir de dichas premisas resulta obligada la elaboración rigurosa del concepto y límites del daño moral. Dicha categoría debe, en mi opinión, construirse recuperando sus orígenes (*pretium doloris*), sin que ello implique una posición restrictiva o fosilizada del daño moral.

2. CONSTRUCCIÓN DEL DAÑO MORAL: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN

El enfoque del daño moral llevado a cabo en el Derecho español por influencia del Derecho francés (40) a diferencia del criterio restrictivo adop-

(40) Artículo 1.382 del Code: «*Todo hecho cualquiera del hombre, que causa a otro un daño, obliga a aquél, por cuya culpa se ha producido, a repararlo*».

Dicho precepto se utiliza tanto en situaciones de daño moral como material.

DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pág. 95: «*Los mismos autores antes citados —Baudry-Lacantinerie y Tarde— exponen las grandes objeciones que se erigieron contra la reparación pecuniaria del perjuicio moral. Eran las siguientes:*

1.º *Sólo puede ser función de la indemnización restablecer, en el patrimonio del que sufre el daño, el valor en que este patrimonio había resultado injustamente disminuido. Cuando se habla de daño moral, no se persigue tal resultado, ya que el patrimonio no ha sufrido ninguna disminución.*

2.º *Es escandaloso que se puedan discutir judicialmente el honor, los afectos más sagrados o los dolores más respetables y sólo cuando esta discusión es admitida, es posible la reparación del daño moral.*

3.º *Es imposible que la apreciación de este daño no sea absolutamente arbitraria. Sin embargo, las tres objeciones tenían respuesta: los términos del artículo 1.382, que menciona un daño cualquiera, son tan amplios que permiten tanto el daño material como el moral; la reparación pecuniaria imperfecta del perjuicio moral debe preferirse a la falta de toda reparación; en toda decisión judicial hay siempre algo de arbitrario, pero la dificultad de la apreciación no debe influir en la prosperabilidad de una demanda justa».*

MARTÍN-CASALS, «El daño moral», *ob. cit.*, págs. 860-861: «*Francia, Bélgica y España adoptan una posición no restrictiva en la indemnización del daño moral. En realidad, esa*

tado por otros sistemas (v.gr., Alemania, Italia) (41), obliga a perfilar y poner límites frente a un posible desbordamiento de dicha categoría que podría dar lugar —y, de hecho, está dando lugar— a la presentación creciente de demandas que utilizan este concepto (rigurosamente ligado al antiguo *pecunia doloris* o *wergeld*, «rescate de la sangre» o «dinero del dolor») para fundamentar pretensiones que poco o nada tienen que ver con la esencia de esta figura.

En dicho sentido, la construcción y delimitación del daño moral debe perfilarse, en mi opinión, atendiendo a los parámetros o criterios que seguidamente pasamos a exponer.

2.1. GRAVEDAD DE LOS HECHOS: DAÑO MORAL DE ESPECIAL ENTIDAD Y RELEVANCIA

La gravedad de los hechos (42) y la relevancia de la lesión y daños sufridos (atendiendo a diversos factores como duración, consecuencias, intensidad, difusión, circunstancias del caso...) constituye el primer criterio o requisito que debe tenerse en cuenta para estimar la existencia o no de daño moral.

Para su apreciación, evidentemente, deberá atenderse a diversos factores, como la entidad o intensidad del daño físico o material padecido, las secuelas

semejanza de enfoque no debe extrañar si se tiene en cuenta que tanto el sistema belga de responsabilidad civil (arts. 1.382 y 1.383 del Código Civil) como el español (art. 1.902 del Código Civil), derivan del modelo francés de los artículos 1.382 y 1.383 del Code Civil».

(41) La tesis clásica del reconocimiento restrictivo del daño no patrimonial derivado de incumplimiento, se ampara en el artículo 2.059 del Código Civil italiano. Según dicho precepto, los daños no patrimoniales sólo se indemnizarán en los casos previstos por la Ley, lo que se entiende como remisión implícita al artículo 185.2 del Codice Penale, es decir, daños extrapatrimoniales suscitados por hechos integrantes de delito penal.

El carácter restrictivo del artículo 2.059 del Codice ha forzado a la doctrina y a la jurisprudencia a construir como figuras autónomas el *danno biologico* y el *danno alla salute*.

En Alemania, tras la reforma del Derecho de la responsabilidad civil (en vigor el 1 de agosto de 2002), el nuevo § 253 BGB introduce un derecho general dirigido a *Schmerzensgeld*, que amplía su aplicación más allá de la responsabilidad por culpa extracontractual, a la responsabilidad contractual y por riesgo. En todo caso, los bienes lesionados son: cuerpo, salud, libertad y autodeterminación sexual.

(42) DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, pág. 88: «*La indemnización por daño moral requiere hechos de alguna especial gravedad y es una reacción especial frente a la gravedad... hay que oponerse vehementemente a lo que más arriba llamamos trivialización*».

MAZEUAD-TUNC, *Traité*, T. I, 1957, págs. 407 y 409: «*Como límite a los casos en que procede la reparación se exige que el dolor experimentado sea intenso, real y profundo*».

RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Indemnización de daño moral contractual. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2005», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Thomson, Aranzadi, 2006, pág. 284, si bien adopta un concepto amplio del daño moral, mantiene como criterio que permite marcar límites: «*la exigencia de que el daño moral resultante del incumplimiento revista gravedad, es decir, que constituya un daño moral de cierta entidad*».

o consecuencias que en todos los órdenes (personal, social, profesional, afectivo...) deriven del mismo, la duración y todas las demás circunstancias del caso que puedan tener relevancia para acreditar y ponderar el sufrimiento padecido por la víctima de la acción dañosa.

En Alemania, tras la reforma de las normas del Derecho de Daños, de 19 de junio de 2002, en vigor desde el 1 de agosto de 2002, el derecho a *Schmerzensgeld*, a excepción de la responsabilidad dolosa, está limitado a daños que teniendo en cuenta su tipo y duración, no sean irrelevantes.

Conforme al nuevo § 253 BGB:

«Si por la lesión del cuerpo, de la salud, de la libertad o de la autodeterminación sexual se ha de pagar restitución por daño, también se podrá solicitar indemnización equitativa en dinero por el daño no patrimonial si:

- 1. La lesión fue provocada dolosamente o*
- 2. El daño no es irrelevante en consideración de su tipo y duración».*

Por su parte, en los *Principles of European Tort Law*, artículo 10.301 (daño no patrimonial), se dice:

(2) *«En general, para cuantificar tales daños, se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo».*

Los criterios de valoración del daño moral se plasman en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en los siguientes términos:

«La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma» (43).

Con independencia de las deficiencias en los elementos de valoración (v.gr., al relacionar las indemnizaciones del daño moral con el beneficio obtenido por el causante de la lesión), la principal crítica al referido artículo 9.3 de la LO 1/1982, reside en que el legislador presuma el daño por el

(43) Artículo 140, párrafo 2 LPI: *En caso de daño moral procederá su indemnización, aún no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.*

18.2 de la Ley 51/2003: *El daño moral debe ser valorado atendiendo a las circunstancias del caso... y a la gravedad de la lesión.*

simple hecho de la lesión del derecho, de modo que pueda entenderse que siempre que exista lesión haya daño moral indemnizable (44).

Entrando en el tema que nos ocupa y en la exigencia de que el daño moral haya de ser de especial relevancia, la cuestión que se suscita es cuál ha de ser la entidad mínima del sufrimiento para justificar su reparación.

He aquí realmente el nudo gordiano de la cuestión, que, en realidad, remitirá a su examen y decisión caso por caso, lo que, a su vez, significaría dejar el tema en manos del «prudente arbitrio judicial», solución que, por la amplitud y grado de confianza que implica, tampoco parece ser la más aconsejable. Se impone, por tanto, una mayor acotación y delimitación del concepto.

Ciertamente, es difícilmente medible con parámetros objetivos la existencia e intensidad del daño sufrido, y la propia existencia e intensidad del daño está sometida a coordenadas intrínsecamente subjetivas.

En todo caso, la tutela del daño moral debe dirigirse únicamente al que tenga entidad suficiente, lo que supone, o bien una labor previa de tipificación legal, o bien un sistema que además de dicha tipificación legal deje al arbitrio del juez la apreciación e indemnización de aquellos dolores, padecimientos o sufrimientos que tengan entidad suficiente para merecer su reparación, conforme a los sentimientos, convicciones y apreciaciones sociales imperantes.

Por tanto, en aquellos casos que no estén comprendidos en la previsión normativa (sería conveniente, en este sentido, una ley reguladora del daño moral) la apreciación de la gravedad o entidad del daño moral dependerá del arbitrio judicial. Pero éste, como acaba de indicarse, estará vinculado y subordinado a la realidad social imperante en cada momento, y ello permitirá la evolución del instituto y su adaptación a las siempre cambiantes circunstancias sociales y dentro de éstas, naturalmente, han de tener cabida y permeabilidad, no sólo las necesidades y conveniencias del tráfico sino también la propia evolución de las ideas, lo que, inexorablemente, conducirá cada vez a un mayor grado de progreso en la civilización y, por tanto, de mayor exigencia y refinamiento jurídico.

(44) DÍEZ-PICAZO, «El escándalo», *ob. cit.*, pág. 82 afirma: «El artículo 9.3 es un cúmulo de incongruencias... La idea de que toda intromisión ilegítima supone un daño y que éste se presume, no parece que pueda ser fácilmente sostenida...».

— «Derecho de Daños», *ob. cit.*, pág. 328, señala: «...la existencia de la lesión del derecho abre a las partes la indemnización cuando el daño se ha producido, pero el daño es siempre algo distinto y no queda embebido en la lesión del derecho».

2.2. LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL INTERÉS COLECTIVO. OBLIGACIÓN GENERAL DE SOPORTAR CIERTAS MOLESTIAS O DAÑOS DERIVADOS DEL CURSO NORMAL DE LA VIDA: DAÑO MORAL EN SENTIDO ESTRICTO Y CONTRARIEDADES, PENAS, INCOMODIDADES Y DISGUSTOS NO INDEMNIZABLES

Las razonables limitaciones y restricciones que exige el interés colectivo y la multitud de situaciones generadoras de riesgos en la vida moderna impiden que se indemnice cualquier molestia, angustia, o dolor.

En dicho sentido, parece necesario trazar una línea fronteriza que delimite aquellos daños morales que requieran tutela jurídica de aquellas «incomodidades y molestias» (45) que no la merezcan y deban considerarse, a día de hoy, jurídicamente irrelevantes.

Es evidente que la frontera no es inmutable, como no lo ha sido históricamente, sino en progresiva evolución. Paralelamente al grado de civilización y progreso social, se irá aplicando un tamiz cada vez más fino en la indemnizabilidad del daño moral.

Desde esta perspectiva, el elenco de sufrimientos que la vida puede producir es obviamente infinito y no todos ellos merecen tutela porque la vida arrastra un inevitable componente de infelicidad y de dolores, más o menos intensos, del alma, de modo que tutelar todas las aflicciones y disgustos haría imposible el intercambio de bienes y servicios y el tráfico mismo (46).

(45) En Inglaterra, los Tribunales han otorgado indemnizaciones, en determinados casos, por los incumplimientos contractuales que provocan «physical inconvenience and discomfort».

McGREGOR, *Damages*, 15.^a cit., págs. 50-58, N 91-102; FRIDMAN, *The law of contract in Canada*, 3th. Ontario Carswell, 1994, pág. 735 y sigs.

BARRIENTOS, *ob. cit.*, pág. 412: «Es decir, incomodidades y molestias sobrellevadas por un tripulante a quien la naviera que lo había contratado abandonó en un puerto extranjero incumpliendo el contrato de trabajo.

Otra sentencia es la de la familia a quien la compañía ferroviaria dejó una noche en una estación distinta a la convenida y que tuvo que caminar varias horas bajo la lluvia hasta llegar a su casa. También para el caso en que se indemnizó al demandante por las molestias y desagrados provocados por una incorrecta instalación en su casa de un sistema de protección contra la humedad que había llevado a cabo el demandado. En este sentido lo que se destaca del sistema inglés es que se fija en la naturaleza del daño en sí mismo para su indemnización y no en la naturaleza del daño que se alega en la demanda.

En Inglaterra, en el caso «Watts v. Morrow», un matrimonio fue indemnizado con £ 1500 por el «physical inconvenient and directly related mental distress», que significaba vivir durante semanas en una casa sujeta a innumerables reparaciones, similares al caso de «Perry v. Sidney Phillips» que mencionaremos más adelante.

(46) Díez-PICAZO, «El escándalo del daño moral», *ob. cit.*, págs. 52-53, refiriéndose a la STS-AP de Barcelona, de 22 de marzo de 2001, que condenó a Viajes Marsans y a Viajes Soltour como consecuencia de los importantes daños morales que los demandantes habían sufrido durante su luna de miel en Santo Domingo y que no fueron avisados del paso de un ciclón tropical, señala «en esta sentencia aparece con claridad el que se ha producido una cierta evolución de los dolores sicofísicos y de la pecunia doloris a las

En efecto, la identidad superior de los bienes de la personalidad permite justificar un diferente trato jurídico del daño moral en sentido estricto, y de otros daños o «pérdida de placeres o de disfrute» derivados de la lesión de ciertos intereses patrimoniales.

Ciertamente, en el concepto del daño moral cabe hablar de una tipología, es decir, de las distintas manifestaciones que éste pueda tener.

Lo que se plantea es si a la hora de dar respuesta a una conducta generadora de daño moral, la solución normativa debe ser la misma o no, en los diversos supuestos en que viene reconociéndose por nuestros tribunales (v.gr., lesión del honor, intimidad o imagen, dolor por la pérdida de un ser querido, lesiones físicas o mentales, perjuicio estético y sexual, acoso moral, daños ocasionados por negligencias profesionales, ruidos, trastornos ocasionados por la declaración de ruina de un edificio, resolución de compraventa, retraso en un vuelo aéreo, extravío temporal de unas maletas, incumplimiento de contrato de suministro, pérdida de vacaciones, infidelidad, ocultación de filiación...).

A nuestro juicio parece poco apropiado y riguroso emplear la misma categoría jurídica del «daño moral» para definir situaciones tan intrínsecamente heterogéneas como las referidas.

Se puede decir, en efecto, que el sufrimiento o impacto psíquico puede experimentarse tanto por la lesión de un bien de la personalidad [v.gr., intrusión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen, STC 300/2006, de 23 de octubre de 2006 (47)]; derecho a la propia imagen de

incomodidades, a los “desplaceres” y a sus posibles evitaciones. Probablemente hay en ello algún cambio en posiciones ético-filosóficas de las sociedades contemporáneas porque de resarcir sólo los dolores experimentados por situaciones injustas, pasamos a indemnizar el hecho de haber sufrido incomodidades, lo que significa que la vida debe estar llena de comodidades».

SAVATIER, *Traité de las resp. Civ.*, 1951 T. II, pág. 95.

ÁLVAREZ VIGARAY, «La responsabilidad por daño moral», *ob. cit.*, pág. 104: «La reparación de estos daños morales no puede ser absoluta o general, pues no todo sufrimiento o contrariedad merece que se le conceda indemnización, ya que la vida podría quedar paralizada por la infinidad de demandas que cabría formular exigiendo la reparación de dolores y contrariedades insignificantes, y por esto son muchos los sufrimientos que las personas se causan unas a otras y que deben permanecer jurídicamente irrelevantes».

CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral contractual», en *RDP*, enero de 1990, pág. 3, afirma: «la diversidad de manifestaciones que puede asumir, por tanto, el daño moral es indescriptible, tantas como sean las facetas de la personalidad, valores y estimativas del ser humano; algo que obliga a tener que buscar un criterio que sirva para delimitar el campo estricto del daño moral, más allá del cual habrá disgusto, molestias, desagrado o contrariedad, pero no genuino daño resarcible».

(47) STC 300/2006, de 23 de octubre de 2006, otorgando el amparo solicitado por vulneración de los derechos del recurrente a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), como consecuencia de la publicación de unas fotografías en la portada y en el interior de la revista «Diez Minutos», en las que aparecía el demandante de amparo tumbado en una playa junto a una mujer. Asimismo, anula la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 2002, dictada en el recurso de casación número 30/94.

un menor, STC 158/2009, de 29 de junio de 2009; derecho al honor, STS, Sala 1.^a, de 15 de septiembre de 2009; indebida privación de libertad, STS, Sala 3.^a, Sección 4.^a, de 31 mayo de 2010), como por la lesión de un interés patrimonial (v.gr., filtraciones derivadas de la incorrecta impermeabilización de un inmueble, STS de 31 de octubre de 2002) (48), y relacionar el daño moral —como mantiene un sector doctrinal y jurisprudencial— con las consecuencias del evento dañoso con independencia de la naturaleza patrimonial del bien, derecho o interés de cuya infracción es consecuencia el perjuicio no económico.

Ahora bien, aún cuando en algunas hipótesis la lesión de ciertos intereses patrimoniales pueda producir sufrimientos de especial intensidad y entidad, la esencia y el epicentro del daño moral —sigue siendo— como lo era en sus orígenes, el *pretium doloris*, la lesión o quebranto del patrimonio moral o espiritual de la persona.

En consecuencia, la categoría del daño moral aplicada a la lesión de intereses patrimoniales dimanados de una relación contractual, que fueran razonablemente previsibles al tiempo de la contratación (49), debe entenderse, con

Fundamento Jurídico 4.º: «A la vista de lo anterior, debemos concluir que al revisar el quantum indemnizatorio correspondiente a la lesión de los derechos a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) del recurrente, la sentencia impugnada desconoció los criterios contenidos en la STC 83/2002, realizando una interpretación que, lejos de reparar tales derechos, los lesiona de nuevo, menoscabando así la eficacia jurídica de la situación subjetiva declarada en nuestra precedente sentencia, siendo por lo demás notorio que una indemnización de 200 euros, frente a los veinte millones de pesetas fijados en las sentencias de instancia y apelación, resulta una cantidad meramente simbólica y claramente insuficiente para reparar el perjuicio derivado de la lesión de los derechos a la intimidad y a la propia imagen sufrida por el recurrente, que se encuentran protegidos por la Constitución como “derechos reales y efectivos” (STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 4), y cuya garantía jurisdiccional no puede convertirse en “un acto meramente ritual o simbólico” (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6)».

(48) STS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2000/9736). Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ. La Ley, núm. 5629, de 20 de noviembre de 2002, dice: «Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona. Es el caso del honor, intimidad e imagen, es el caso también de la muerte del ser querido... es el caso, asimismo, del *pretium doloris*. Pero no cabe alegarlo si se produce y reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial».

Vid. MARTÍN-CASALS, «Comentario a la sentencia de 31 de octubre de 2002», en CCJC, enero/abril de 2003, pág. 264 y sigs.

En otra línea en materia de daño moral derivado de la ruina, se inscribe la STS de 4 de febrero de 2005 (RJ 2005/915): «La actuación negligente de esta condenada en el vaciado del solar de “El Corte Inglés” y la ejecución del muro de pantalla, provocó la declaración de ruina del edificio... y ocasionó los consiguientes daños morales a la actora...».

(49) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, 1988, pág. 214.

SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, pág. 142.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Los daños derivados de accidentes de trabajo», *ob. cit.*, págs. 37-38: «A pesar de que la dicción del artículo 1.106 parece únicamente admitir

carácter restrictivo, referida a las hipótesis en que la no realización del programa prestacional pactado afecte a un bien de la personalidad del acreedor que la evolución de las relaciones humanas juzgue digno de especial tutela.

2.3. BIENES O VALORES QUE LA ESTIMACIÓN COLECTIVA JUZGUE DIGNOS DE ESPECIAL TUTELA. LA CONEXIÓN DEL DAÑO MORAL CON LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS CONSTITUCIONALMENTE

El legislador no puede desamparar la tutela de bienes e intereses que la evolución de las relaciones humanas considera importantes y, en dicho sentido, puede hablarse de una mayor sensibilización social hacia el reconocimiento del daño moral que ha permitido su extensión a supuestos de responsabilidad por riesgo e incumplimiento contractual que incluso ordenamientos restrictivos en la materia como el alemán han acabado aceptando.

En Alemania antes de la reforma en materia de Derecho de daños, de 19 de junio de 2002 (en vigor el 1 de agosto de 2002), las demandas por daños quedaban limitadas sólo al ámbito extracontractual de la responsabilidad (50). El nuevo § 253 II BGB, reconoce con carácter general el derecho a *Schmerzensgeld* por lesión del cuerpo, de la salud, de la libertad o de la autodeterminación sexual, sin distinguir entre régimen de responsabilidad por culpa o de responsabilidad objetiva, ni si se trata de una relación contractual o extracontractual.

En dicha línea y atendiendo a lo que la estimación colectiva imperante juzga digno de protección, se sitúa la evolución del daño moral en materia de accidentes de trabajo (51) y, en particular, la progresiva tutela indemnizatoria

la reparación de los daños patrimoniales, no ha de negarse virtualidad a los extrapatrimoniales... el criterio de la culpabilidad se traslada al de la previsibilidad y evitabilidad del daño».

CRISTÓBAL MONTES, «El daño moral contractual», en *RDP*, enero de 1990, Madrid, págs. 8-10, afirma: «Parece necesario concluir que defendemos la tesis de que el daño contractual debe ser resarcido, que semejante punto de vista puede encajar cómodamente en nuestro ordenamiento a la vista de que nuestro Código Civil habla genéricamente de "indemnización de daños" (arts. 1.101 y 1.106) y que no existe entre nosotros la pauta restrictiva que en Italia supone el artículo 2.059 del Codice».

(50) LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, T. I, Madrid, 1958, págs. 192 y 195; FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, pág. 253 y sigs.

Vid. MARTÍN-CASALS, «El daño moral...», *ob. cit.*, pág. 859.

BARRIENTOS ZAMORANO, «Resarcimiento por daño moral...», *ob. cit.*, pág. 263: «En el caso de que la responsabilidad tuviera su origen en un contrato, la víctima bajo el antiguo sistema jamás podía reclamar la pérdida no pecuniaria o daño inmaterial, excepto en los casos de indemnización por discriminación sexual en las relaciones laborales y en la indemnización por pérdida de vacaciones en casos de incumplimiento de contratos de viaje combinado».

(51) Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «Los daños derivados de accidentes de trabajo: una gran paradoja», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007-2, núm. 19, págs. 37-38: «A pesar de que la dicción del artículo 1.106 parece admitir únicamente la reparación de los daños

y su avance legal en los supuestos de acoso moral (52) en razón a la repulsa social que merecen determinados comportamientos integrantes de la esta conducta (53).

Las conductas de acoso, amén de vulnerar la integridad moral y otros derechos fundamentales (54), frecuentemente, tienen una proyección exterior en forma de desprestigio, o merma de la imagen ante el grupo social en cuyo seno se produce el acoso (55), circunstancia que puede ser más propia del

patrimoniales no ha de negarse virtualidad a los extrapatrimoniales. Piénsese, por ejemplo, en actividades que llevan aparejado un riesgo de sufrir graves alteraciones psicofísicas y una previsibilidad de causación de daño moral, como las de seguridad privada, algunos servicios de atención al público o comportamientos laborales tan reprobables como el mobbing, el bullying o el bassing».

(52) Artículo 14.h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público, incluye entre los derechos individuales, el del «*respeto a la intimidad... especialmente frente al acoso moral y laboral*».

Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, de 20-9-2001 (Punto 24).

Artículo 122-49 del CT Francés, define el acoso moral como: «*aquellas conductas repetidas que tengan por objeto o por efecto una degradación de las condiciones de trabajo susceptible de atentar contra sus derechos y dignidad, de alterar su salud física o mental o de comprometer su futuro profesional*».

(53) JURADO SEGOVIA, A., «Acoso moral en el trabajo», en *La Ley*, 2008, págs. 514-515: «*la doctrina entiende que esta exigencia comunitaria (art. 18 de la Directiva 2006/54/CE; art. 15 de la Directiva 2004/43/CE; art. 17 de la Directiva 2000/78/CE), en cuanto a las indemnizaciones por determinados comportamientos, incluido el acoso sexual y otros acosos discriminatorios, puede ser trasladable con respecto a otros atentados a los derechos fundamentales de semejante perfil, como es el caso del acoso moral*».

En la doctrina judicial, aludiendo a los referentes comunitarios a la hora de pronunciarse sobre la indemnización derivada de conductas de acoso moral, STSJ de Canarias/Las Palmas, de 28-4-2003 (LA LEY 76507/2003); STJS de Galicia, de 1-7-2004 (LA LEY 156619/2004); STSJ de Madrid, de 15-11-2004 (LA LEY 239106/2004).

Véase SSTC 186/2001, 83/2002 y 300/2006.

(54) MARTÍNEZ ABASCAL, *El acoso moral en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág 18: «*El acoso moral en el trabajo tiene un carácter pluriofensivo, susceptible por ello de afectar a distintos bienes y derechos constitucionales tutelables a través de aquellas vías como sucede... con el derecho a la integridad moral (art. 15 CE), el derecho a la integridad física y a la salud (arts. 15 y 40.2 CE), el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), el derecho al honor (art. 18 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), el derecho a la libertad de comunicación (art. 20.1.d CE) o el derecho al trabajo o la promoción profesional (art. 35.1 CE)*».

(55) JURADO SEGOVIA, «Acoso moral en el trabajo», en *La Ley*, 2008, pág. 512: «*Cuestión diferente es que en atención a las circunstancias del caso concreto y a los comportamientos integrantes de la conducta de acoso se considere que tal conducta, no sólo ha vulnerado la integridad moral, sino que ha tenido una proyección exterior en forma de descrédito, desprestigio, merma de la imagen, etc., del trabajador. Esta circunstancia tal vez sea más propia del acoso sobre trabajadores de cierta cualificación profesional y puede tener su reflejo en el monto indemnizatorio. En esta línea, de algunas decisiones judiciales se desprende que la "pluriofensividad" de la conducta de acoso es un factor tenido en cuenta para ponderar la proporcionalidad de la indemnización, de suerte que cuando la misma ha incidido en otros derechos fundamentales, como el derecho al honor personal y/o profesional o la prohibición de discriminación por razón de sexo, las cuan-*

acoso de personas de cierta cualificación profesional. La conducta acosadora persigue como finalidad crear un ambiente laboral hostil al trabajador, habitualmente dirigido a su postración profesional mediante la degradación de las condiciones de trabajo (56).

En dichas actuaciones y hostigamiento típicas del acoso en que el bien jurídico lesionado es —entre otros— el derecho a la integridad moral (ex art. 15 de la Constitución), parece que debe abogarse por una concepción del daño que no se supedite al menoscabo de la salud, vinculada a secuelas o padecimientos de tipo médico y/o psíquico (57).

En definitiva, aunque el daño que lesiona la integridad moral habitualmente tenga incidencia en el estado psicológico del sujeto afectado, no resulta imprescindible acreditar un padecimiento físico y/o psíquico para encuadrar determinadas conductas en la esfera del daño moral.

El atentado a la integridad moral afecta a lo más íntimo y esencial del ser humano, su propia dignidad, y a sus sentimientos y afectos más elevados, comporte o no, secuelas físicas y/o psíquicas (58).

Acuñaando la terminología de alguna sentencia, puede afirmarse que el daño moral puede ser extremo *«aunque no deje huella o no produzca lesión»*.

tías indemnizatorias tienden a ser más elevadas y/o se rechazan los motivos de recurso, solicitando una rebaja de la cuantía decretada en la instancia».

Cfr., aunque no siempre se haga una referencia explícita a los diferentes derechos fundamentales vulnerados, SJTS núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 24-2-2003; STSJ de Galicia, de 8-4-2003 (LA LEY 67065/2003); STSJ de Murcia, de 2-9-2003 (LA LEY 1352006/2003); STSJ de Madrid, de 30-9-2004 (LA LEY 203856/2004); STSJ de Canarias/Las Palmas, de 14-6-2005 (LA LEY 134046/2005); STSJ de la Comunidad Valenciana, de 13-6-2006 (LA LEY 185595-2005).

(56) STS (Sala 3.ª) de 23-7-2001, STSJ/Castilla y León, de 28-2-2005.

(57) STS Penal, de 23-4-2001 (La Ley 82211, 2001).

STS 2.ª, de 16-5-1998 (RAJ 1998/4878) para la indemnización del daño moral no es necesario que el daño *«tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas»*.

Lo proclamado en el artículo 15 CE no es sólo un derecho a la salud física y psíquica, sino que con el reconocimiento constitucional de la integridad moral parece que se quiere garantizar también el aspecto más espiritual y anímico de la persona, no protegido de forma específica en ningún otro precepto constitucional».

Vid. JURADO SEGOVIA, *ob. cit.*, pág. 98: *«la referencia al espíritu con la que parece aludirse a la integridad moral pondría de manifiesto que se trata de una realidad axiológica que está compuesta por algo consustancial al ser humano, a su esencia, que se contrapone a lo físico, pero no forzosamente se debe identificar con lo psíquico desde un punto de visto médico o científico»*.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, págs. 155 y 156, Granada, 2000.

GIMÉNEZ LAHOZ, *La presión laboral tendenciosa*, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 185 y 186.

(58) STS (Penal), de 6-4-2000, define la integridad moral como *«una manifestación directa de la dignidad humana que comprende tanto las facetas de la personalidad como las de identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano»*.

El daño moral enlazaría aquí con la tutela de los valores superiores de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (59).

En dicho sentido, puede invocarse la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto considera que el artículo 15 de la Constitución protege la inviolabilidad de la persona contra actuaciones dirigidas a lesionar su cuerpo o espíritu, prohibiendo todo trato degradante (60) que ocasione una sensación de humillación o envilecimiento de cierta gravedad (61).

El bien jurídico protegido mediante el derecho a la integridad moral es la inviolabilidad del ser humano, sostenida por la estimación de que su espíritu —al igual que su cuerpo— no debe profanarse (62).

En esta línea, se ha abierto paso en la doctrina y jurisprudencia italiana, el denominado *daño existencial* (63) como categoría autónoma referida a una alteración negativa de «la calidad de vida» que es consecuencia de la violación de derechos de la persona garantizados constitucionalmente, y susceptible de ser indemnizado en sí mismo al margen de otras consecuencias patrimoniales y/o psicofísicas derivadas de la misma violación.

En Francia, la indemnización de los daños morales por la lesión de derechos fundamentales se lleva a cabo mediante las reglas de la responsabilidad civil por culpa de los artículos 1.382 y 1.383 del Code (64). Dicha

(59) «El valor y el principio de dignidad de la persona es —junto al derecho a la vida— el prius lógico y ontológico que permite crear y especificar los derechos fundamentales que la Constitución reconoce», STC 23/1985, de 11-4.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005, págs. 97-98.

VIDAL MARTÍNEZ, *Algunas notas jurídicas acerca de los derechos de la personalidad*, Universidad de Murcia, 2008, pág. 200, señala: «La inherencia a la persona a que se refiere el artículo 10.1 CE proporciona, en mi opinión, el argumento jurídico clave para la protección de los bienes y derechos de la personalidad de cualquier ser humano en el ámbito del ordenamiento jurídico español».

(60) La noción de trato degradante ha sido objeto de recepción jurídico-penal en el artículo 173.1 CP.

Cfr. SSTS (Penal), de 22-9-1995 (La ley 4386-1998) interpretando a la luz del TEDH la expresión «trato degradante» ex artículo 173.1 CP.

MARTÍNEZ ABASCAL, *ob. cit.*, pág. 19: «Consecuencia de esa valoración ético-jurídica sustentada en la dignidad del ser humano y su incolumidad personal, es el reconocimiento a toda persona de no sufrir tratos inhumanos o degradantes, comprensivo de la interdicción de un amplio espectro de conductas antijurídicas».

(61) Vid. SSTC 120/1990, 137/1990, 215/1994, 57/1994, 37/1996, 206/1996 y 119/2001.

(62) Díez-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, 2003, pág. 202.

(63) JURADO SEGOVIA, *ob. cit.*, pág. 498.

PARPAGLIONI, «Il danno esistenziale fa il suo ingresso nel diritto del lavoro attraverso il mobbing», en *RIDL*, II, 2002.

MEUCI, M., «Il danno esistenziale nel rapporto di lavoro», en *RIDL*, I, 2004.

(64) MARTÍN-CASALS, «El daño moral», *ob. cit.*, pág. 874.

VINEY/JOURDAIN, «Les conditions de la responsabilité», en GHESTIN (dir.), *Traité de Droit Civil*, 2.^a ed. LGDJ, París, 2001, pág. 28 y sigs.

solución se aplica tanto a los derechos que no han sido regulados expresamente como a los que han sido objeto de regulación específica [v.gr., el respeto a la vida privada, art. 9 del Code (65) o el derecho a la presunción de inocencia, art. 9.2 del Code (66)].

Los tribunales alemanes también admiten la indemnización de daños morales derivados de la lesión de derechos fundamentales, como los causados por una privación del derecho a la libertad (§ 253.2 BGB), o por lesión de otros derechos cuyo resarcimiento no contempla el BGB como, por ejemplo, la lesión de la dignidad humana del artículo 1 G.G.

Las anteriores consideraciones permiten hablar de *una irrupción de la ética en el campo de las relaciones jurídicas* que se vería reforzado a la vista de los principios consagrados en el texto constitucional de «justicia, dignidad (67) y respeto a los derechos de los demás». Sin duda, la superioridad normativa de la Constitución que configura un ordenamiento jurídico avanzado en la protección y promoción de los derechos fundamentales, permite salvar carencias en la construcción de los bienes de la personalidad (68).

LE TOURNEAU/CADIET, *Le droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París, 2000, N 1718, pág. 365.

(65) Según el artículo 9 del Code Civil: «*Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé*».

(66) Artículo 9.1 del Code Civil: «*Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte*».

(67) Vid. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, págs. 421-422.

MARTÍNEZ ABASCAL, *ob. cit.*, pág 14: «*La dignidad de la persona puede ser entendida en dos sentidos... cabrá apreciar una actitud indigna cuando se desconozcan elementales principios ético-jurídicos de convivencia (por ejemplo, la solidaridad o la buena fe). Éste es un sentido contingente o relativo de la dignidad, ya que no todas las personas actúan de acuerdo con ella... Desde una segunda comprensión, la dignidad aparece como valor ético-jurídico central que se reconoce a toda persona, al margen de cual sea su comportamiento... Estamos aquí ante un sentido inmanente, necesario y absoluto de la dignidad que refleja la igualdad básica de todos los seres humanos y que, por ello, no admite transacción*».

(68) No obstante las diferencias entre ambas construcciones jurídicas (vid. ROGEL, *Derecho de la persona*, Bosch, 1998, págs. 127-128, «Estudios de Derecho Civil», *ob. cit.*, págs. 21 a 25; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 2003, págs. 330-331), las fronteras entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad son cada vez menos nítidas, baste recordar la denominada *Drittwirkung Ger Grundrechte* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Dicha tesis fue elaborada por el iuslaboralista NIPPERDEY, *Grundrechte und privatrecht*, Múnaco, 1961, y aceptada por el Tribunal Fede-

A nuestro juicio, *la violación de los derechos consagrados constitucionalmente debe tener acogida dentro de un concepto flexible del daño moral, si concurren los demás requisitos propios de esta categoría jurídica.*

Así, se podría sostener la existencia de daño moral por infracción del derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales (art. 24 de la Constitución).

Aunque con relación a una actuación no perteneciente al estricto ámbito jurisdiccional, el Tribunal Supremo ha declarado la existencia de daño moral por la inadmisión de un recurso de amparo por el propio Tribunal Constitucional, cuyos magistrados en una sentencia sin precedentes, fueron condenados a indemnizar dicho daño.

DÍEZ-PICAZO habla de la misma como *«estridente e insólita sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2004, por la que se condenó a cada uno de los magistrados del Tribunal Constitucional a pagar al demandante, por vía de indemnización, una suma de quinientos euros cada uno de ellos»* (69).

La referida sentencia trata de corroborar la idea de que había existido daño moral con las siguientes enigmáticas palabras: *«y desde luego, a una persona a quien se ha privado jurídicamente de un derecho tan esencial como el amparo constitucional, no cabe la menor duda de que se le ha causado un daño moral por lo menos desde el punto de vista de hacer que se tambaleen sus creencias como ciudadano de un estado social y democrático que, entre otras cosas, propugna la justicia como valor superior y España es un Estado que reúne dichas características según el artículo 1.1 de la Constitución».*

A juicio del citado autor: *«Hay que decir que no se sabe muy bien qué papel juega en toda esta historia el hecho de que se hubieran podido tambalear, como dice la sentencia, las creencias de un ciudadano sobre la democracia o sobre cualquier otra cosa. La desaparición de las creencias o la pérdida de la fe religiosa no constituye daño moral... aunque siempre habrá que especular sobre la solidez de las creencias que se tambalean con el leve sople de una resolución que se cree injusta»* (70).

Ciertamente, el que se tambaleen las creencias de un ciudadano sobre la justicia o sobre la democracia por la inadmisión de un recurso de amparo no constituye *per se* daño moral. Lo que sí se puede invocar —para cualquier

ral de Trabajo de la República Federal Alemana en 1954. Vid. PÉREZ TREMP, *Estudios sobre justicia constitucional*, Ed. Porrúa, México, 2005, pág. 111.

(69) DÍEZ-PICAZO, «El escándalo del daño moral», *ob. cit.*, págs. 19-23. El problema fue abordado por L. M. DÍEZ-PICAZO, «¿Qué daño ha causado el Tribunal Constitucional?», en *Derecho y Jueces*, año 3, núm. 15, 2004.

(70) DÍEZ-PICAZO, «El escándalo del daño moral», *ob. cit.*, págs. 23-24, prosigue: *«mujeres adúlteras y jueces venales aparecen desde los primeros libros de la Biblia y no es sin duda lo más grave que existan, pero pertenecen a la condición humana de la que forman parte, de suerte que descubrir en el mundo facetas oscuras de la condición humana no justifica poner las verdades en tela de juicio».*

pronunciamiento o resolución— es que el ciudadano tiene derecho a obtener un pronunciamento conforme a los principios de justicia y el quebranto de dicho derecho reconocido en la ley trunca su expectativa legítima a obtener un pronunciamento conforme a derecho y, en este caso, el daño sí puede considerarse injusto, máxime cuando la actuación no es ajustada a derecho, de igual modo que el que no ha cometido un delito sufre en sus carnes el daño causado por una condena injusta.

Recordemos el origen del dinero del dolor (el derecho a *Schmerzenrgerd*) en la llamada «*Constitutio Criminalis Carolina*» del Emperador Carlos V en 1532, que había encontrado un punto de apoyo en una ordenanza judicial donde se decía que el juez que aplicaba la tortura a alguien sin indicios suficientes, estaba obligado a resarcirle por los costes, dolores, injurias y daños.

La tortura de una víctima inocente justificaba ser indemnizado en dinero por el juez responsable de dicha situación de «oprobio o injuria» (*10 florines por sus dolores*, se concedió a una víctima inocente de tortura, según relata la Crónica de la ciudad de Colonia o «*Kölner Städtechronik*» de 1499) (71).

3. CONCEPTO PROPUESTO

A partir de los criterios de delimitación expuestos, el daño moral puede definirse como el dolor o sufrimiento anímico, relevante según la estimación social, padecido como consecuencia de la lesión de un bien o derecho de la personalidad.

El dolor o sufrimiento es siempre anímico: se siente en el alma, entendido como centro donde reside la conciencia y la capacidad de experimentar sensaciones, pero la lesión puede ser física o psíquica o ambas cosas a la vez.

A mi modo de ver, el daño moral —y a ello responde el uso más frecuente— debe entenderse como concepto contrapuesto a «daño material», y no como contrapuesto a «daño corporal» o a «daño patrimonial», nociones ambas más reducidas que el daño moral.

En el aspecto sensitivo, el daño corporal es, por el motivo (anímico) antes expuesto, también un daño moral, de ahí que tradicionalmente se incluya en este concepto.

En su aspecto meramente cuantitativo o indemnizatorio, sin embargo, el daño corporal nada tiene que ver con el daño moral, pues lo que se toma en consideración es sólo su repercusión física o fisiológica en el cuerpo de la víctima. De ahí que su tratamiento e incluso su regulación legal sean distintos a los del daño moral.

(71) BARRIENTOS, *ob. cit.*, pág. 227.

HOFSTETTER, *Zur Geschichte*, 1961, S 10.

Dicha perturbación o sufrimiento constitutivos del daño moral puede gestarse, o bien en la esfera extracontractual o bien en la esfera contractual, cuando la inejecución de la obligación afecta de modo esencial a un bien de la personalidad del acreedor.

En definitiva, *la esencia del daño moral radica en la lesión grave de los bienes de la personalidad, atendiendo al riesgo general de la vida de padecer angustias, zozobras e incomodidades, y a los valores e ideales que la sociedad estima dignos de especial tutela.*

A nuestro juicio no parece asumible la tesis mantenida por determinada jurisprudencia (v.gr., SSTS de 2 de abril de 2004, 4 de febrero de 2005 y 10 de noviembre de 2005) (72), que califica de anticuada la construcción de daño moral como sinónimo de lesión o ataques directos a bienes de la personalidad.

En la misma línea, un sector doctrinal (73) rechaza la postura que relaciona el daño moral con la lesión de los derechos de la personalidad, por

(72) STS de 2 de abril de 2004 (RJ 2004/2067): «La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta sala...».

STS de 4 de febrero de 2005 (RJ 2005/915), aprecia daños morales indemnizables los trastornos ocasionados a la arrendataria de una vivienda como consecuencia de la ruina del edificio en que se alojaba.

STS de 10 de noviembre de 2005, considera indemnizable como daño moral la pérdida de vacaciones familiares como consecuencia de una serie de vicios ruinógenos aparecidos en la vivienda.

En idéntico sentido, SSTS de 25-6-1984; 16-12-1986; 22-11-1997; 26-11-2001 y 11-3-2002.

Sin embargo, en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha rechazado la indemnización por daños morales derivados de ruina funcional, con apoyo legal en el artículo 1.591 del Código Civil: STSS de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9736); 7 de marzo de 2005 (RJ 2005/2214); 13 de abril de 2005 (RJ 2005/3234) y 24 de octubre de 2005 (RJ 2005/7213).

El caos y la arbitrariedad existente queda patente al contrastar dos sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 1999 y 15 de diciembre de 2005; en la primera se indemniza el daño moral que causa la frustración de una compraventa, y en la segunda se rechaza dicha petición en el caso de la pérdida de una finca hipotecada.

Más llamativo resulta aún, si se coteja dicha sentencia de 15 de diciembre de 2005, con sentencias como las de 13 de julio de 2005 (AP de Alicante, AC 2005/1346) o 15 de marzo de 2005 (AP de Cáceres, AC 2005/670), que admiten, respectivamente, la procedencia de la indemnización de daño moral, derivado de la frustración sufrida por los demandantes como consecuencia de un banquete mal servido, o de un incumplimiento de un contrato de arrendamiento de obra relativo a la reparación de un vehículo, como consecuencia de un retraso en la entrega de tres meses.

(73) BARRIENTOS, *ob. cit.*, pág. 42.

MARTÍN-CASALS, «Comentarios a la STS de 31 de octubre de 2002», en *CCJC*, enero-abril de 2003.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2005», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 16, Aranzadi, 2006, pág. 281, en contra de la postura descrita que relaciona el daño moral con los derechos

considerar ésta como una posición estricta, que obedece, se dice, al temor de ampliar el daño moral a perjuicios de toda clase (como acontece en la órbita anglosajona) (74).

Según dicho sector, el concepto de daño moral debe ampliarse a los padecimientos o sufrimientos que experimente una persona con independencia de la naturaleza del bien lesionado.

Frente a dicha tesis, puede invocarse que la postura que vincula el daño moral con la lesión de los derechos de la personalidad, tiende a evitar una degradación de la categoría de dichos bienes o derechos, reafirmando su identidad superior y desterrando del ámbito del daño moral aquellas «incomodidades y pérdida de placeres» que no tengan relevancia suficiente según la estimación o conciencia social.

Ahora bien, en el escenario actual, el concepto del daño moral debe ponerse en relación con los valores y principios que la evolución de las relaciones humanas juzgue dignos de especial tutela y, precisamente, dicha posición permite hablar de un concepto flexible y más amplio del daño moral, en el sentido de su adaptación a las convicciones sociales actuales (v.gr., progresivo reconocimiento del daño moral en materia de accidentes laborales, inmisiones o en Derecho de familia...), y a los principios consagrados constitucionalmente (v.gr., justicia, dignidad, respeto a los derechos de los demás), pero en concu-

de la personalidad, afirma que: «*la indefinición del alcance de los derechos de la personalidad y su profunda relación en nuestro ordenamiento con los derechos fundamentales, traerá como consecuencia una degradación creciente del concepto de derecho de la personalidad, ya que al final todos los padecimientos sufridos por una persona que pueden traducirse en lesiones a la integridad física y moral, a su honor, a su intimidad personal, a su dignidad... A los argumentos anteriores puede añadirse que con tal concepción estricta del daño moral se corre el peligro de que queden sin reparación intereses no patrimoniales, que no se encuadran dentro de la definición legal de los derechos de la personalidad, pero, sin embargo, se consideran digno de la tutela a la luz de las convicciones sociales actuales*».

LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas», en *Homenaje al Profesor Puig i Ferriol*. Tirant lo Blanch.

(74) MARTÍN-CASALS, «Daño moral», *ob. cit.*, pág. 878: «Según explica ROGERS, además de indemnizar los daños patrimoniales, los tribunales ingleses han indemnizado los daños consistentes en stress, worry o anxiety derivados de un trespass to land, así como los daños que consisten en las incomodidades y molestias físicas (physical inconvenience and discomfort) que derivan del tener que vivir en la propiedad dañada. Esa cobertura de los daños morales por lesiones a la propiedad también se aplica cuando la demanda se ejercita conforme a las reglas que rigen la responsabilidad derivada de inmisiones (liability for nuisance)».

ROGERS, «Non-pecuniary loss under english law», en *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, 2001.

Los tribunales ingleses también han indemnizado bajo el daño moral por incumplimiento contractual el «physical inconvenience and discomfort».

McGREGOR, *Damages*, London, 1988, págs. 50-58.

MARTÍN-CASALS, «Daño moral», *ob. cit.*, pág. 879.

BARRIENTOS, *ob. cit.*, págs. 411-412.

rencia siempre con su requisito esencial y originario: dolor o sufrimiento como consecuencia de la lesión de los bienes de la personalidad.

Baste como muestra de lo anterior, la cita de algunas sentencias que vienen apreciando progresivamente la existencia de daños morales en el ámbito del Derecho de Familia:

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 5 de septiembre de 2007*. Trata de la infidelidad de la demandada y de la ocultación de la filiación del hijo que el demandante durante algún tiempo había creído suyo.

En la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, número 6 de Valencia, 2-6-2007, de 28 de febrero, siguiendo la orientación marcada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 2 de noviembre de 2004 (SP, sent/66985), se estimó la demanda presentada por el marido contra su mujer y amante a pagar la cantidad de 100.000 euros por el daño sufrido al descubrir que el tercer hijo, nacido constante matrimonio, no era suyo. Dicha sentencia de 28 de febrero de 2007 fue confirmada en 2.ª Instancia por la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.ª, 466/2007, de 5 de septiembre, aunque reduciendo significativamente la cuantía de la indemnización por daño moral, concretando la pérdida de la relación paterno-filial de 100.000 a 12.000 euros.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, 81/2006, de 4 de diciembre*. Declaró la nulidad del matrimonio por ignorar la demandante que el otro contrayente estaba vinculado por un matrimonio reconocido por las autoridades de la India, condenando a este último al pago de 12.000 euros en concepto de indemnización.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4.ª, 233/2006, de 5 de junio*. Declaró la nulidad de un matrimonio por error, consistente en el desconocimiento por parte de la mujer de la orientación homosexual de su marido.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, 653/2007, de 10 de julio*. Condena al demandado al pago de una indemnización de 30.000 euros por el daño moral causado a la otra contrayente, a quien ocultó que tres años antes de contraer matrimonio se había sometido a un análisis en el que había dado positivo en el VIH.

Incluso cabría plantear la apreciación de daños morales (en la línea recientemente abierta por la jurisprudencia italiana y el Tribunal Europeo de derechos humanos) (75) en actuaciones tales como: la conducta del padre que

(75) Vid. VERDA Y BEAMONTE, *ob. cit.*, pág. 26: «En la jurisprudencia italiana, además de la indemnización del daño moral ocasionado al padre por la obstaculización injustificada del derecho de visitas, se reconoce también el resarcimiento del daño moral experimentado por el hijo a quien el progenitor no prestó la asistencia debida.

Así, la sentencia del Tribunal de Venecia, de 30 de junio (Il diritto di famiglia e delle persone, 2005, I, pág. 116 y sigs.) observa que la relación paterno-filial no se agota en el acto de procreación, sino que, por imperativo constitucional, implica el deber de guiar al hijo en el periodo de desarrollo psicofísico y de maduración. En consecuencia, considera que el padre natural que nunca ha prestado una mínima asistencia material, afectiva y psicológica a su hija, negándose a mantener con ella cualquier tipo de relación, debe

obstaculiza injustificadamente el derecho de visitas, el perjuicio afectivo y psicológico sufrido por el hijo debido a la falta de asistencia material y moral de los progenitores, la actuación de la Administración que separa indebidamente a los hijos de sus padres asumiendo la tutela de aquellos.

En dicha línea, la STS de 30 de junio de 2009, condena a la madre a indemnizar con 60.000 euros al padre por los daños morales causados por impedirle ejercer el derecho a relacionarse con su hijo menor (76). En el

indemnizarle el daño moral que esa carencia de relación afectiva la ha provocado, cuantificando dicho daño en 50.000 euros.

La sentencia del Tribunal de Menores de L'Aquila, de 8 de julio de 2005 (Il diritto di famiglia e delle persone, 2006, I, pág. 191 y sigs.) se refiere al derecho de todo menor a crecer en el seno de la propia familia y a ser educado por ambos progenitores, en condiciones que favorezcan el pleno desarrollo de su personalidad, afirmando que el padre que deliberadamente renuncia a educar a su hijo debe indemnizarle por el daño moral que le causa. Concretamente, condena al pago de una indemnización de 20.000 euros al padre natural que no había tenido ninguna relación su hijo menor de edad, ni se había ocupado nunca de su educación, teniendo en cuenta la total ausencia de la figura paterna en la vida del hijo durante los primeros nueve años de vida, así como el hecho de que, debido a la falta de recursos económicos de la madre, se había visto obligado a vivir durante algunos años en una institución, habiendo sido, en consecuencia, privado de un ambiente familiar acogedor al que tenía derecho».

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) condenó a Alemania (caso Elholz vs Alemania, sentencia de 13 de julio de 2000) por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo, en que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visita, sobre la base de la negativa de un niño de cinco años, que sufría síndrome de alienación parental.

(76) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, 512/2009, de 30 de junio (RJ 2009/5490). Ponente: ROCA TRÍAS.

Fundamento SEXTO: *El tercer elemento para el nacimiento de la obligación de responder es la relación de causalidad, entendida en este caso no tanto como causalidad física, sino en el sentido de causalidad jurídica, con la utilización de los criterios de imputación objetiva, que esta Sala ha venido utilizando. Así, por ejemplo, la sentencia de 14 de octubre de 2008 (RJ 2008/6913) señala, citando la de 17 de mayo de 2007 (RJ 2007/3542), que se debe distinguir entre «la causalidad material o física, primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido», de «la causalidad jurídica, en cuya virtud cabe atribuir jurídicamente —imputar— a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad —juicio de reproche subjetivo— para poder apreciar la responsabilidad civil, que en el caso pertenece al campo extracontractual». Concluye este Tribunal que, para «sentar la existencia de la causalidad jurídica, que visualizamos como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal» (ver, entre otras, la STS de 16 de octubre de 2007). Aplicando estos criterios al presente caso, debe señalarse que el daño debe imputarse jurídicamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que le había sido atribuida a éste la guarda y custodia en la sentencia citada. No existe, pues, ninguna incertidumbre sobre el origen del daño, de modo que los criterios de probabilidad entre los diversos antecedentes que podrían haber concurrido a su*

Auto del TC 1/2009, de 12 de enero de 2009, se alega como daño moral, la denegación de la reducción de la jornada laboral a la madre para atender al hijo menor de edad (77).

No es aventurado vaticinar que la tendencia —en la doctrina y la jurisprudencia y hasta en la propia legislación— será la de ir extendiendo paulatinamente el reconocimiento de responsabilidad por daño moral a medida que las convicciones sociales lo vayan demandando, siguiendo un itinerario con no pocas semejanzas prácticas con el Derecho anglosajón, cuya aportación al acervo jurídico es, en este punto, innegable.

El concepto adoptado y que da título a este trabajo de daño moral como *pretium doloris*, no significa la petrificación o esclerotización del referido concepto.

Manteniendo el rigor de las categorías jurídicas, lo que sí se debe ampliar es el concepto de dolor. Y este es un concepto permeable y debe entenderse que evoluciona conforme a la realidad social, lo que permite incluir en el ámbito del daño moral supuestos que no eran pensables hace treinta años (v.gr., dolor causado por la muerte de una especie protegida, las molestias derivadas

producción, sólo puede ser atribuida a la madre, por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por éste de forma efectiva y al impedirlo, deviene responsable por el daño moral al padre.

(77) Voto particular formulado por PÉREZ TREMPs en relación con la última cuestión abordada por el Auto TC 1/2009, de 12 de enero, en concreto, la relativa a la negativa del Tribunal Constitucional a fijar la indemnización solicitada por daño moral: «*Que el ejercicio de los derechos fundamentales tiene, en ocasiones, consecuencias económicas es algo claro, y se pone de manifiesto en la propia actuación del Tribunal Constitucional aunque éste no entre en dichas consecuencias; piénsese, por ser el ejemplo quizá más claro, en las indemnizaciones que pueden derivar de lesiones de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen del artículo 18 CE, o, por poner otro ejemplo, el de las dilaciones indebidas lesivas del artículo 24.2. Sin embargo, como afirma el Auto del que discrepo, el Tribunal Constitucional ha rechazado siempre que sea competente para entrar a determinar si cabe una indemnización y menos aún a concretar la cuantía, dejando esa tarea a la jurisdicción ordinaria. Es lo cierto que, siendo el Tribunal Constitucional el supremo órgano jurisdiccional en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE) y máximo intérprete, pues de los derechos fundamentales (art. 1 LOTC), a él corresponde fijar tanto el alcance de su jurisdicción en materia de derechos fundamentales (STC 300/2006, de 23 de octubre, FJ 4, por todas) como el contenido de los mismos, siempre en un continuo diálogo con la jurisdicción ordinaria y con las jurisdicciones internacionales y supranacionales, ex artículo 10.2 CE. Pues bien, dentro de esa función de intérprete y garante máximo y último en el ámbito interno de los derechos nada hay que impida que, en ejercicio de esa plena jurisdicción sobre derechos fundamentales, pueda, e incluso deba, atender las peticiones indemnizatorias de los demandantes de amparo cuando sea el mecanismo indemnizatorio el único que permita proteger el derecho fundamental y restablecer al recurrente en la integridad de sus derechos, lo que ocurre en especial cuando la vulneración del derecho o libertad se ha consumado totalmente a la hora de dictar sentencia y cuando se ha frustrado la posible reclamación ante otras instancias, ya que también en este terreno juega el principio de subsidiariedad de la jurisdicción constitucional».*

de la contaminación acústica, daños medioambientales, el hostigamiento y acoso en el ámbito laboral y escolar, la obstaculización intencionada del derecho de visitas, daños a la salud por emisiones contaminantes, despidos nulos por violación de derechos fundamentales...) (78).

El honor, la integridad física y moral, la libertad, la tranquilidad y, en fin, cualquiera de los bienes ideales que forman parte del patrimonio moral o espiritual de la persona, tienen —también en las nuevas manifestaciones que el progreso demanda— su adecuada incardinación y tutela en el concepto de daño moral, sin que éste pierda su esencia y naturaleza.

Como decía DE CASTRO (79), hace ya medio siglo: «*en este mundo moderno, lleno de maravillas técnicas, cunde ya el temor que esos bienes libertos, pudicitia, et mens bona y la tranquillitas animi están en peligro. He aquí una importante misión de los juristas... no sólo procurar la protección de la persona en Derecho Privado, sino también contribuir a la educación de la sociedad en este sentido... La falta de normas legislativas, lo inconcreto de la materia, es ciertamente una gran dificultad; más ello supone una ventaja nada despreciable, la de permitir un juego más amplio a la labor del jurista*».

RESUMEN

DAÑO MORAL DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

El trabajo pretende diseñar una construcción jurídica del daño moral, fijando diversos criterios de delimitación.

La falta de uniformidad, las enormes discrepancias de los tribunales y una cierta trivialización del concepto de daño moral, permiten hablar de caos, lotería judicial o, si se prefiere, como

ABSTRACT

MENTAL ANGUISH INDIVIDUAL RIGHTS

This paper endeavours to design a legal construction by setting a number of criteria delimiting the concept of mental anguish.

Because of the lack of uniformity, the gaping discrepancies between courts and a certain trivialisation of the concept of mental anguish, we might speak of chaos,

(78) Vid. STSJ de Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1.^a), sentencia núm. 1515/2008, de 6 de noviembre, violación de derechos fundamentales: vulneración de la garantía de indemnidad y de libertad sindical, falta de contratación en represalia por las reivindicaciones laborales anteriores; profesora de religión; indemnización adicional: daño moral, procedencia; STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1.^a), sentencia núm 2397/2006, de 15 de septiembre) violación de derechos fundamentales; vulneración de la garantía de indemnidad; represalia por las reivindicaciones laborales frente al empresario; SSTS (Sala de lo Social), 19 de febrero de 2009, número de recurso 7712/2008, de 30 de enero de 2009, número de recurso 1082/2008; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección Séptima, de 13 de noviembre de 2008, vulneración del derecho a la intimidad domiciliar por el ruido causado por el sobrevuelo de aviones.

(79) DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad», *ob. cit.*, pág. 1274, 1959.

titula Díez-Picazo uno de sus libros del «escándalo del daño moral».

En el artículo se preconiza una concepción del daño moral íntimamente ligada a los principios de «justicia, dignidad y respeto a los derechos de los demás», consagrados en el texto constitucional.

A partir de los criterios de delimitación expuestos en el trabajo, se concluye que la esencia del daño moral radica en la lesión grave de los derechos de la personalidad, atendiendo al riesgo general de la vida de padecer angustias, zozobras e incomodidades y a los valores e ideales que la sociedad estima dignos de especial tutela.

El concepto adoptado y que da título al trabajo de daño moral como *pretium doloris*, no significa la petrificación o esclerotización del referido concepto.

Manteniendo el rigor de las categorías jurídicas lo que sí se debe ampliar es el concepto de dolor. Y este, es un concepto permeable y que debe entenderse que evoluciona conforme a la realidad social, lo que permite incluir en el ámbito del daño moral supuestos que no eran pensables hace treinta años.

En todo caso, la esencia del daño moral es la lesión de los bienes de la personalidad, aquellos bienes de los que dice De Castro, que recuerda las palabras de Séneca, «sine quibus possumus vivere, sed mors potius est».

a judicial lottery or, if one prefers, as Díez-Picazo entitled one of his books, the «scandal of mental anguish».

The article advocates a conception of moral anguish that is tightly bound to the principles of «justice, dignity and respect for others' rights», which are consecrated in the Constitution.

On the basis of the criteria of delimitation stated in the paper, the conclusion drawn is that the essence of mental anguish lies in the serious injury done to individual rights, allowing for the general life risk of encountering distress, anxiety and discomfort and allowing for the values and ideals that society deems worthy of special protection.

The concept thus adopted, which gives the paper its title of «Mental Anguish as *Pretium Doloris*», does not signify the petrification or sclerotisation of the concept of mental anguish.

While maintaining the strictness of the legal categories, what should be expanded is the concept of «pain». And pain is a permeable concept that must be understood to evolve pursuant to social reality, thus enabling the sphere of «mental anguish» to include cases that were unthinkable thirty years ago.

At all events, the essence of mental anguish is the injury of individual rights, those rights of which de Castro, recalling the words of Seneca, says, «Sine quibus possumus vivere, sed mors potius est».

(Trabajo recibido el 23-2-2010 y aceptado para su publicación el 30-6-2010)

Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias

por

INMACULADA REVUELTA PÉREZ

Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia. Magistrada Suplente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sala de lo Contencioso-Administrativo

y

EDILBERTO NARBÓN LAINEZ

Magistrado. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA DINÁMICA ACTUAL DE LA EJECUCIÓN DE ESTAS SENTENCIAS EN RELACIÓN CON LOS TERCEROS DE BUENA FE:
 1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA RESTRICTIVA INTERPRETACIÓN ACTUAL DE LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN Y LA CONSAGRACIÓN DE LA REGLA GENERAL DE LA DEMOLICIÓN.
 2. EL TRATAMIENTO DE LOS TERCEROS DE BUENA FE:
 - A) *Su presencia no justifica la declaración de imposibilidad de ejecutar la sentencia.*
 - B) *Los argumentos del Tribunal Supremo: inaplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; el principio de subrogación urbanística, y la existencia de vías alternativas de tutela.*
 - C) *Breve descripción de su situación actual.*

- III. LA NECESARIA REFORMULACIÓN DEL TRATAMIENTO DE LOS TERCEROS DE BUENA FE EN EL CASO DE LA ANULACIÓN DE LICENCIAS:
 1. PLANTEAMIENTO.
 2. LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL NO ES ACORDE CON LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EDIFICACIÓN CON LICENCIA NI CON LA FUNCIÓN ACTUAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL URBANISMO. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.
 3. LA CUESTIONABLE JUSTIFICACIÓN DE LA DEMOLICIÓN EN EL PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN URBANÍSTICA.
 4. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD RECONOCIDO POR EL ARTÍCULO 33 CE, INTERPRETADO CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.
 5. LA INSUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE TUTELA ALTERNATIVA OFRECIDAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO. EN PARTICULAR, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
 6. EL LEGISLADOR Y LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, EN CASOS ANÁLOGOS, PRIMAN LA SEGURIDAD JURÍDICA SOBRE LA LEGALIDAD: LA REVISIÓN DE OFICIO Y LA RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.
 7. LA PRESENCIA DE TERCEROS DE BUENA FE ES CAUSA DE IMPOSIBILIDAD LEGAL EN LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES CIVIL Y PENAL.
- IV. PROPUESTA DE SOLUCIÓN ACORDE CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DE PROPIEDAD.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los ámbitos materiales en que la ejecución de las sentencias del orden contencioso-administrativo presenta mayores dificultades es en el urbanismo (1). El tema reviste gran amplitud, dada la rica casuística

(1) En general, sobre la ejecución de sentencias del orden contencioso-administrativo, véanse, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1974), «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 73. (1977), «De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 84; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991), *Hacia una nueva justicia administrativa* (2.^a ed.), Civitas; FONT I LLOVET, Tomás (1985), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Cuadernos Civitas; (1992), «Medidas para hacer efectiva la ejecución de las sentencias» (Vol. Col.), en *Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativos*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XI, pág. 383 y sigs.; MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (1999), «La ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, pág. 326 y sigs.; MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo (2003), «El proceso contencioso-administrativo como instrumento de control de las administraciones públicas y el derecho de los ciudadanos a la justicia administrativa efectiva», *Constitución y control de la actividad administrativa*, *Cuadernos de Derecho judicial*, XII, pág. 209 y sigs.

que se plantea, y ha sido objeto de una atención especial por la doctrina administrativista en los últimos años (2), ya que, en los últimos años, se ha producido un cambio significativo en la jurisprudencia en esta materia. El trasfondo concurrente ha influido claramente en esta línea jurisprudencial, esto es, el mantenimiento generalizado, desde antiguo, de la gran mayoría de construcciones ilegales, ya fuera por la inactividad de la propia Administración a la hora de ejecutar las órdenes de demolición (3), el transcurso de los plazos legales para actuar frente a las infracciones urbanísticas o su legalización posterior mediante cambios en el planeamiento urbanístico. El intenso desarrollo urbanístico de los últimos años, calificado por las instancias europeas comunitarias como «urbanismo salvaje», también parece haber incidido en este cambio jurisprudencial (4).

Frente a la inejecución generalizada de las sentencias urbanísticas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reaccionado de forma contundente en los últimos años. En la actualidad, se ha consagrado la regla general y automática de la demolición de las construcciones que son declaradas ilegales

(2) MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo (2004), «De nuevo sobre la ejecución de sentencias en materia urbanística: la salvaguarda de los intereses de los adquirentes de las viviendas de un edificio ilegalmente construido (a propósito de un supuesto de aplicación del art. 73 del TRLS de 1976. Construcción no adaptada al ambiente en que se sitúa)», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 10, págs. 119-125; SÁMANO BUENO, Pablo (2007), «La ejecución de sentencias en materia de urbanismo: repaso del estado de las cosas y alguna propuesta», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 238, págs. 149-216; GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael (2008), *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Thomson-Civitas; GEIS I CARRERAS, Gemma (2009), *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier; RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2009), «Tutela judicial efectiva e imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, págs. 85-99; «FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael (2009), «La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico. Primera Parte», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 20, págs. 15-35. BAÑO LEÓN (2009), *Derecho Urbanístico Común*, Iustel.

(3) La ineficacia de la potestad administrativa de restauración de la legalidad urbanística ha sido destacada por PEMÁN GAVÍN, Ignacio (2001), «La demolición en la disciplina urbanística: una mirada retrospectiva», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 187, págs. 11-46. Indica este autor: «(...) un examen retrospectivo de la demolición como medida urbanística dirigida a la restitución del orden físico alterado, permite afirmar que la historia de esta técnica es la de su propia falta de aplicación real, hasta el punto de que, posiblemente, la demolición constituya una de las técnicas menos aplicadas de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo».

(4) La Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo aprobó el 28 de febrero de 2009 el llamado *Informe Auken*, que fue ratificado por Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009. En este informe se pone de relieve, por cierto, la reacción reciente de la justicia española para frenar los abusos urbanísticos. La doctrina científica también se ha hecho eco de esta situación. En este sentido, véanse, MARTÍN MATEO, Ramón (2007), *La gallina de los huevos de cemento*, Civitas; y LOZANO CUTANDA, Blanca (2007), «Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, págs. 339-361.

por sentencia judicial firme. El Alto Tribunal ha adoptado una interpretación muy restrictiva de las excepciones de imposibilidad material y legal de ejecución de estas sentencias. Así, por ejemplo, no se considera que la modificación del planeamiento que viene a legalizar una actuación declarada ilegal constituya un motivo que justifique la inejecución de estas sentencias en sus propios términos, por imposibilidad legal. Tampoco se admite la existencia de terceros adquirentes de buena fe como motivo que imposibilite jurídicamente la ejecución de estas sentencias, por lo que no constituye un obstáculo para la demolición. Esta interpretación restrictiva se observa igualmente, en fin, respecto de la imposibilidad material como causa de inejecución de estas sentencias.

El objetivo último de este trabajo es analizar los criterios que justifican este tratamiento de los terceros adquirentes de buena fe (por la sala de lo contencioso-administrativo) del Tribunal Supremo y determinar vías de tutela adecuadas de los mismos. Tutela que viene exigida por nuestra CE, que, al igual que ocurre con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24), reconoce el derecho de propiedad (art. 33); por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 1 del Protocolo adicional núm. 1 CEDH); y por la Carta Europea de Derechos Fundamentales (art. 9 reconoce el Derecho de Propiedad). Y ello se hará a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha establecido criterios que, creemos, deben tenerse en cuenta en la fiscalización judicial de estos conflictos.

Se ponen de manifiesto, en primer lugar, los parámetros jurisprudenciales actuales de la ejecución de sentencias urbanísticas en relación con los terceros adquirentes de buena fe. En segundo lugar, se analiza esta doctrina, desde una perspectiva crítica; y, en último término, se proponen soluciones.

II. LA DINÁMICA ACTUAL DE LA EJECUCIÓN DE ESTAS SENTENCIAS EN RELACIÓN CON LOS TERCEROS DE BUENA FE Y SUS CONSECUENCIAS

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA RESTRICTIVA INTERPRETACIÓN ACTUAL DE LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN Y LA CONSAGRACIÓN DE LA REGLA GENERAL DE LA DEMOLICIÓN

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE comprende, como es bien sabido, el derecho a obtener la ejecución de la sentencia en sus propios términos (arts. 118 CE, 18.2 LOPJ; y, 103.2 y 104.1 LJCA). El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en este sentido, al igual que el TEDH (5) y el TS (6). En la STC 176/1985 se dice:

«(...) el derecho a la tutela judicial en la que se integra el derecho a la ejecución “se califica por la nota de efectividad” en nuestra Constitución. Por lo que hemos declarado que sólo cuando se da cumplimiento a las resoluciones judiciales firmes “el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria”».

El cumplimiento de las sentencias en sus propios términos, no obstante, puede resultar imposible en algunos supuestos, ya sea por razones de índole física o jurídica. Nuestra Ley jurisdiccional así lo prevé en el artículo 105.2. El legislador ha arbitrado un mecanismo de solución del conflicto en estos casos, esto es, la fijación de una indemnización sustitutoria.

La jurisprudencia entiende que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando, por razones justificadas, la condena se sustituye por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación (STC 58/1993) (7), aunque la ejecución sustitutoria sólo se admite con carácter excepcional (8). La adop-

(5) Entre otras muchas, SSTEDH de 14-2-08, *caso Zakomlistova contra Rusia*: 14-2-08, *caso Vorotnikova contra Ucrania*; 24-3-09, *caso Berková contra Eslovaquia*. En la STEDH de 29-7-08, *Caso Vidal Escoll y Guillán González contra Andorra*, se establece: «(...) El Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia, el derecho de acceso a un Tribunal sería ilusorio si el orden jurídico interno de un Estado contratante permitiera que una sentencia definitiva y obligatoria quedara inoperante en detrimento de una parte. La ejecución de una decisión o sentencia, de la jurisdicción que fuere, debe ser, por tanto, considerada como parte integrante del “proceso” en el sentido del artículo 6. En consecuencia, la ejecución de una decisión judicial no puede ser impedida, invalidada o retrasada de manera excesiva. Estas afirmaciones revisten todavía más importancia en el contexto Contencioso-Administrativo, con motivo de una discrepancia cuyo resultado es determinante para los derechos civiles del justiciable. Al interponer un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia, es decir, la más Alta jurisdicción administrativa del Estado, éste trata de obtener no sólo la desaparición del acto en litigio, sino también y sobre todo el levantamiento de sus efectos. Ahora bien, la protección efectiva del justiciable y el restablecimiento de la legalidad implican la obligación para la Administración de someterse a una decisión o sentencia pronunciada por dicha jurisdicción. El Tribunal recuerda al respecto que la Administración constituye un elemento del Estado de derecho y que su interés se identifica, por tanto, con el de una buena administración de la justicia. Aunque la sentencia definitiva no haya sido ejecutada, incluso si no ha sido ejecutada en los plazos previstos, las garantías del artículo 6 de las que se haya beneficiado el justiciable durante la fase judicial del proceso perderían toda razón de ser» (cf. sentencia *Hornsby*, previamente citada, ap. 41).

(6) Entre otras, STS de 31-05-05; 11-06-08, o 4-02-09.

(7) SSTEDH de 27-04-2004 (Presa de Itoiz), 22-07-2004 (Elia SRL/Italia).

(8) En la STC 22/2009, el TC establece que la inexecución sólo es posible: «(...) cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución o que la dificulten por concurrir circunstancias sobrevenidas impeditivas (...)». En este mismo sentido, entre otras, SSTC 73/2000 y 285/2006. En términos similares se pronuncia la jurisprudencia del TEDH. En la ya citada STEDH de 29-7-08, *Caso Vidal Escoll y Guillán González contra Andorra*, se dice que: «(...) el derecho a la ejecución de la sentencia no puede, en cambio, obligar a un Estado a hacer ejecutar cada sentencia de carácter civil sea cual fuere y sean cuales fueren las circunstancias; sin embargo, le corresponde dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben. El Tribunal tiene únicamente como tarea examinar si las medidas adoptadas por

ción de esta alternativa a la ejecución *in natura* requiere un análisis previo por parte del órgano jurisdiccional competente sobre la concurrencia de tal imposibilidad.

Partiendo de esta premisa que rige, con carácter general, en el proceso contencioso-administrativo, es necesario advertir de las particularidades que presenta la ejecución de sentencias en materia de urbanismo. Nos encontramos, en este campo, con el fenómeno, tradicionalmente frecuente, de las modificaciones normativas. La alteración del planeamiento urbanístico ha constituido la principal causa de inejecución, por imposibilidad legal, de las resoluciones judiciales en este ámbito. El resultado de ello ha sido una cierta pérdida, en este campo, de ese supuesto carácter excepcional que debe corresponder a la ejecución sustitutoria.

La excesiva frecuencia con que ha venido planteándose este supuesto se explica por la relativa facilidad que supone alterar el planeamiento urbanístico, habida cuenta del amplio margen de actuación que corresponde a la Administración en el ejercicio de esta potestad (9). También encuentra explicación en los graves perjuicios económicos y sociales que acarrea la demolición de construcciones, por la destrucción de riqueza que supone, los costes que puede acarrear para la Administración responsable, si procede indemnizar, o el drama social derivado de la destrucción de la vivienda de los ciudadanos.

La respuesta judicial ante este fenómeno de las alteraciones del planeamiento que inciden en situaciones declaradas judicialmente ilegales ha sufrido una clara evolución tendente a garantizar, cada vez en mayor medida, la ejecución *in natura*. Un elemento decisivo en este sentido fue la aprobación de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), cuyo artículo 103.4 establece la nulidad de pleno derecho de los actos admi-

las autoridades nacionales han sido adecuadas y suficientes (Ruianu contra Rumania, núm. 34647/1997, ap. 66, 17 de junio de 2003, y Vasile contra Rumania, núm. 40162/2002, ap. 53, 29 de abril de 2008), ya que cuando están obligadas a actuar en ejecución de una decisión judicial y omiten hacerlo, esta inercia compromete la responsabilidad del Estado sobre el terreno del artículo 6.1 del Convenio (Scollo contra Italia, sentencia de 28 de septiembre de 1995, serie A, núm. 315-C, ap. 44). En materia de ordenación del territorio y de política urbanística, los Estados gozan de un gran margen de apreciación (Hamer contra Bélgica, núm. 21861/2003, ap. 78, CEDH 2007 y Sporong y Lönnroth contra Suecia, sentencia de 23 de septiembre de 1982, serie A, núm. 52, pág. 26, ap. 69). Aunque admite que un cambio en la situación de hecho constatada por una decisión judicial puede justificar excepcionalmente la inejecución de una decisión, el Tribunal debe asegurarse que los cambios esenciales en causa no son el resultado de una acción o de una inacción del Estado (*mutatis mutandis*, Ioachimescu e Ion contra Rumania, núm. 18013/2003, ap. 31, 12 de octubre de 2006, y Monory contra Rumania y Hungría, núm. 71099/2001, ap. 83, 5 de abril de 2005).

(9) Sobre la discrecionalidad en el planeamiento urbanístico, véanse, por todos, FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2006), *Manual de Derecho Urbanístico*, La Ley; PONCE SOLÉ, Julio (1996), *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas; BAÑO LEÓN, José María (2009): 124 y sigs.

nistrativos y disposiciones dictados con la finalidad de eludir el cumplimiento de las sentencias (10).

Durante algún tiempo, el TS se mostró vacilante respecto de estos conflictos. La STS de 5-4-01 reconoció expresamente el carácter variable de su jurisprudencia en esta materia. Y es cierto que, en los primeros años de aplicación de la Ley, podían encontrarse sentencias claramente contradictorias. En algunos casos, la mayoría, se admitía sin problemas la revisión del planeamiento que legalizaba actuaciones declaradas ilegales (11). En otros, sin embargo, se consideró que la Administración había incurrido en desviación de poder (12).

En los últimos años, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado de limitar la aplicación de esta causa de inejecución de sentencias. La dinámica resolutoria que viene imponiendo el TS supone el abandono de la presunción de legalidad de la actuación administrativa y la inversión de la carga de la prueba. En estos supuestos, la Administración tiene que acreditar que el nuevo planeamiento no se ha dictado con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia. El objeto del incidente de imposibilidad legal que puede plantearse no puede limitarse, según el TS, a comprobar la legalidad actual de la situación que se declaró ilegal sino que es necesario fiscalizar también la actuación administrativa, esto es, si se ha tratado de incumplir la sentencia (13). Según el Alto Tribunal, deberá controlarse: «(...), *si tal decisión*

(10) BAÑO LEÓN, José María (1999), «Comentario al artículo 103.4 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100.

(11) El Tribunal Supremo confirma una resolución judicial que estimó la imposibilidad legal de ejecutar una sentencia a causa de la modificación de un plan general de ordenación urbana que legalizó la ubicación de un vertedero, inicialmente disconforme dicho planeamiento. El Alto Tribunal establece: «(...) *es inconsecuente con la realidad jurídica el ejecutar una sentencia cuando por actos posteriores de la Administración, fundados en un nuevo ordenamiento urbanístico, dimana una situación jurídica y unos derechos distintos de los que incidían cuando se produjo el pronunciamiento jurisdiccional (...)*».

(12) La STS de 5-5-01 establece, en este caso, que «*no ha existido en el caso una legalidad sobrevenida que imposibilitara la ejecución de la sentencia según el artículo 107 de la LJCA, sino una legalidad traída, hecha venir a propósito para impedir la ejecución de la sentencia originaria, y ello no puede ser considerado sino como un uso desviado de las potestades de planeamiento que al municipio demandado corresponden*», es decir, *una desviación de poder*». En este mismo sentido, véase la STSJ de Cantabria, de 27-11-98.

(13) La STS de 29-04-09 establece: «(...) como hemos declarado en *STS de 23 de julio de 1998*, no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización *ex post facto* de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo, aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente que el Tribunal senten-

municipal presenta una apariencia de razonabilidad o seriedad que la separe de lo que sería una vía torticera indirecta de incumplimiento de lo ordenado en la sentencia (...)» (14).

Por otra parte, el Tribunal Supremo exige que se haya producido la legalización de la construcción mediante el otorgamiento de la correspondiente licencia (15).

También respecto de la imposibilidad material, la doctrina del TS se ha hecho mucho más restrictiva en los últimos años. Paulatinamente, como pone de relieve GEIS I CARRERAS (16), se ha equiparado la imposibilidad material a imposibilidad técnica. En la STS de 13-03-07 se alude a «(...) absoluta imposibilidad física (...)».

La tendencia jurisprudencial mayoritaria en la ejecución de las sentencias en materia urbanística es, en el momento actual, no declarar la imposibilidad legal o material (17). Aunque existe alguna excepción (18), el Tribunal Supremo ha venido a consagrar la regla general de la demolición de las edifi-

ciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia. En todo caso, la declaración de que concurre una causa de imposibilidad legal de ejecución requiere la previa tramitación de un incidente destinado a depurar todas las circunstancias concurrentes y a declarar si la respuesta fuera positiva si procede determinar en favor del favorecido por la sentencia la correspondiente indemnización (...).

(14) Entre otras, STS de 26-09-06 y 10-11-06.

(15) Entre otras, STS de 13-5-2006, 26-9-06, 4-10-06 y 6-2-09.

(16) GEIS I CARRERAS, Gemma (2009): 221 y sigs. Esta autora propone que la modificación del estado de la técnica pueda implicar el reinicio de la ejecución, con base en el artículo 109 LJCA. Esta postura nos parece excesiva. Las resoluciones judiciales, por razones de seguridad jurídica, no puede permanecer abiertas *sine die*. O bien se ejecutan en sus términos o se declara la imposibilidad legal o material. En este último caso, si se opta por la imposibilidad material, el proceso no puede reabrirse, ya que los terceros afectados no pueden permanecer permanentemente en la indefinición. Lo que se está proponiendo es, en definitiva, una «suspensión en la ejecución de sentencia», que ni el legislador ni los Tribunales admiten.

(17) La doctrina jurisprudencial mayoritaria en esta materia puede resumirse, sintéticamente, en los siguientes puntos: 1.º) La Administración y el resto de las partes están obligadas a cumplir las sentencias en sus propios términos (arts. 118 CE, 103.2 y 104.1 LJCA; y 18.2 LOPJ); 2.º) La Administración puede modificar el planeamiento urbanístico (*ius variandi*), pero ni la aprobación de nuevos instrumentos planificadores ni el otorgamiento de las correspondientes licencias o autorizaciones para adecuar lo edificado al planeamiento suponen automáticamente la imposibilidad de cumplir la sentencia, esto es, la imposibilidad de ejecutar la sentencia. Estos hechos tan sólo habilitan a la Administración, las partes y afectados, en este caso, previa petición a la Administración, para promover el correspondiente incidente de imposibilidad legal o material previsto en el artículo 105.2 LJCA; 3.º) El incidente de imposibilidad legal o material planteado no puede tener por objeto el análisis de si el nuevo planeamiento o licencia convierten en legal lo que la sentencia declaró ilegal.

(18) La STS de 23-06-09, por ejemplo, considera improcedente la demolición derivada de la anulación de una licencia por vicios posteriormente desaparecidos y que no eran insubsanables.

caciones declaradas ilegales en sentencia judicial firme (19). Y ello sin distinción alguna entre las causas de la ilegalidad y aunque existan escollos jurídicos de calado, como, por ejemplo, la posibilidad de legalización de la actuación; existencia de alternativas menos gravosas, haberse realizado las obras conforme a la licencia otorgada por la Administración (20), tratarse de una obra pública (21); acarrear costes elevados, por las demoliciones o indemnizaciones correspondientes (22); afectación de la demolición a partes de la edificación que son legales (23); o, existencia de terceros de buena fe (24).

Esta doctrina plantea numerosos inconvenientes que tratarán de ponerse de manifiesto una vez expuesto con algún detenimiento el caso que ahora nos interesa, esto es, el de los terceros adquirentes de buena fe de viviendas cuya licencia ha sido judicialmente anulada. Baste advertir, por el momento, que el establecimiento de reglas generales, como la demolición de toda edificación cuya ilegalidad se haya constatado judicialmente, con independencia de las causas de la misma, supone un automatismo que no casa demasiado bien con la dinámica que debe guiar la fase de ejecución de sentencias, esto es, la necesidad ineludible de analizar las circunstancias concurrentes en cada caso y resolver con arreglo a las mismas. Creemos que no es conveniente, en modo alguno, establecer soluciones apriorísticas en esta materia, puesto que, además de desvirtuarse el sentido de esta fase procesal, acaban planteándose problemas de mayor calado que los que pretenden resolverse (25).

(19) Entre otras, SSTS de 3-7-2000; 19-11-2001; 26-7-2002; 7-6-2005; 4-02-2009; 18-02-2009, o 29-04-2009.

(20) Entre otras, SSTS de 26-9-06.

(21) STS de 2-12-08.

(22) STS de 26-9-06.

(23) En la STS de 9-12-1992, se establece, frente a la demolición de una edificación cuya licencia fue declarada ilegal, «(...) Por lo que respecta al mantenimiento de la edificación en lo que no exceda del 35 por 100 de la ocupación, tampoco es posible acceder a ello, ante la inexistencia de datos objetivos que nos permitan la comprobación de la viabilidad técnica de dicha operación material. El principio de proporcionalidad, en materia de demolición, sólo juega para adecuar los efectos de la nulidad a la índole de la infracción, proscribiendo las consecuencias dañosas no estrictamente necesarias, atendida la intensidad de la infracción y los intereses en juego, pero es que, en el caso presente, el edificio proyectado y levantado constituye, a juzgar por los planos y fotografías de que dispone la Sala, una unidad constructiva no susceptible de división en partes. El volumen y superficie excedentes respecto de los límites autorizados es tan significativo y, por ello, la infracción afecta de tal modo a lo construido que no es posible limitar el ámbito de la demolición a sus partes integrantes indiferenciadas (...)».

(24) Entre otras, SSTS de 26-9-06, 4-10-06, 18-3-08, 11-12-08 ó 4-2-09.

(25) Tratándose de la ejecución de sentencias, creemos que no caben soluciones automáticas. Cada sentencia puede, y debe, tener una forma de ejecución, en función de los motivos de impugnación que se adujeron en la fase declarativa y de su estimación o desestimación. Es necesario poner en relación el fallo de la sentencia que va a ejecutarse y los motivos que llevaron a la anulación de la licencia o instrumento de planeamiento. Conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente el criterio

2. EL TRATAMIENTO DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENA FE

A) *Su presencia no justifica la declaración de imposibilidad de ejecutar la sentencia*

En el marco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la presencia de terceros adquirentes de buena fe no constituye, como regla general, una causa determinante para impedir la ejecución de las resoluciones judiciales que declaran la ilegalidad de una edificación. En términos del Alto Tribunal: «(...) la condición de terceros adquirentes de buena fe carece de trascendencia a los efectos de impedir la ejecución de una sentencia que impone la demolición del inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística (...)» (26). El TS no tiene en cuenta, como ya se ha dicho, los motivos que han llevado a declarar la edificación ilegal, careciendo de relevancia que la actuación se haya llevado a cabo, sin licencia urbanística o que traiga causa de la anulación posterior de este título habilitante.

El análisis de la jurisprudencia pone de manifiesto, como ha señalado GÓMEZ-FERRER RINCÓN (27), que la existencia de terceros de buena fe no se articuló históricamente como un caso de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia de demolición sino, más bien, como uno de los motivos de interés público (obra pública, destrucción de riqueza, protección de la vivienda, etc.), que podía justificar, y que, de hecho, justificaba en algunos casos que no se ejecutase la sentencia en sus términos y que se sustituyese por una indemnización, conforme al artículo 228 de la Ley del Suelo de 1956 (28).

de la «interpretación finalista del fallo» (entre otras, SSTC 125/1987, 92/1988, 148/1989 y 187/2005). Esto significa que no es suficiente atender la parte dispositiva de la sentencia sino que ésta debe integrarse con la fundamentación que la ha propiciado. En este sentido, véase NARBÓN LAINEZ, Edilberto (2006), «Medios de impugnación en el urbanismo, especialmente en los programas de actuación integrada», en *Curso Práctico de Derecho Urbanístico Valenciano*, Instituto Valenciano de Estudios Notariales del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 233 y sigs.

(26) STS de 26-9-06.

(27) GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael (2008), pág. 237 y sigs.

(28) El artículo 228 de la Ley del Suelo de 1956 establecía: «(...) si en virtud de sentencia se hubiere de desistir de la construcción o destruir alguna obra de urbanización, el juzgado o Tribunal al que compete ejecutar el fallo lo comunicará a la Comisión Provincial de Urbanismo para que en el plazo de dos meses notifique al órgano jurisdiccional si, por motivos de interés público, se impone seguir o conservar la obra, y si no lo hiciere, se entenderá que nada obsta a la ejecución (...)». «(...) Si dispusiera la prosecución o conservación de la obra, el Juzgado o Tribunal fijará la indemnización que el condenado deba abonar al perjudicado, en la forma dispuesta en los artículos 924 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 92 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, según que el fallo hubiere sido dictado por la jurisdicción ordinaria o la contencioso-administrativa». Sobre este precepto y su origen, véase GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael (2008), pág. 222 y sigs.

B) *Los argumentos del Tribunal Supremo: inaplicación del artículo 34 LH; el principio de subrogación urbanística y la existencia de vías alternativas de tutela*

La doctrina del TS se basa en tres grandes argumentos (29). El primero de ellos es que los terceros adquirentes no están protegidos, frente a la demolición, por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En segundo lugar, se aduce que deben soportar el derribo con base en el principio de subrogación urbanística, esto es, porque quedan subrogados en el puesto del anterior propietario. La última razón que se ofrece es la existencia de otros cauces de tutela para su situación jurídica. También se ha aducido, complementariamente, que el adquirente tiene la obligación de conocer la situación urbanística de la vivienda.

Respecto de artículo 34 LH, el Alto Tribunal establece que este precepto tutela el derecho real, que pervive aunque se anule o resuelva el del otorgante o transmitente, pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta debe desaparecer porque así lo exige el ordenamiento jurídico. La fe pública registral y el acceso de los derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsanan el incumplimiento del ordenamiento urbanístico.

La obligación de los terceros adquirentes de soportar la demolición de las construcciones ilegales se justifica en el principio de subrogación urbanística que contempla la legislación urbanística, esto es, en la subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico. Según el TS: «(...) *la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a éstos (...)*» (30).

Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido invariable en los últimos años, a pesar de que, en algún caso, se ha planteado la vulneración que puede suponer del principio de proporcionalidad (31) o del Derecho

(29) Véanse, por todas, las SSTs de 12-05-06, 26-09-06 y 4-02-09.

(30) SSTs de 26-9-06 y 4-2-09.

(31) La STS de 26-9-06 (rec. 8712/2003), que analiza la supuesta falta de proporcionalidad que supone el derribo de un edificio por los perjuicios causados a los propietarios frente al restablecimiento de la legalidad urbanística establece: «(...) *la Sala de instancia dio cumplida respuesta a tal alegación, al indicar que el número de plantas a demoler excluía la aplicación del principio de proporcionalidad, que podría tenerse en cuenta en supuestos de demoliciones de menor envergadura, y que, en su caso, los perjuicios causados por la demolición debería afrontarlos el Ayuntamiento o quién en derecho proceda, sin que tales daños puedan ser razón para quebrantar la legalidad urbanística y dejar de ejecutar una sentencia que impone el restablecimiento de aquélla, pues, de lo contrario, se violarían abiertamente los principios de legalidad y de seguridad jurídica, sin que la equidad en la aplicación de las normas pueda confundirse con el flagrante incumplimiento de éstas (...)*».

de propiedad (32), aunque realmente no se ha llegado a analizar esta última cuestión.

C) *Breve descripción de su situación actual*

Antes de analizar los fundamentos de la doctrina del Tribunal Supremo, conviene referirse, siquiera brevemente, a las consecuencias de esta doctrina respecto de los terceros adquirentes de buena fe. La situación, por hipótesis, sería la siguiente:

- El propietario del inmueble que debe demolerse ha adquirido su propiedad confiando en un Registro Público (Registro de la Propiedad), en el que no figuraba ningún obstáculo legal sobre el mismo y en una licencia otorgada por la Administración.
- Como resultado de un proceso judicial, del que no ha tenido conocimiento hasta la fase de ejecución, se ve privado de su vivienda. Además, ni en el proceso declarativo ni en la fase de ejecución ha podido defender su derecho de propiedad, atendiendo a su objeto.
- Conforme al artículo 105.2 LJCA, no está legitimado para solicitar la apertura de un incidente para determinar la cuantía de los daños y perjuicios que le causa la demolición de su vivienda.
- La única vía de acción que tiene a su disposición es la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración pública, primero en vía administrativa y, después, judicial. En caso de que la licencia se hubiera otorgado por silencio administrativo, es dudoso que, incluso, pueda utilizarse esta vía de la reclamación.
- En el supuesto, habitual, de que la vivienda esté hipotecada, pervive la obligación de pago del inmueble demolido, conforme a la responsabilidad patrimonial universal que establece el artículo 1.911 CC. Por su parte, y si no hace frente a la deuda contraída, el acreedor hipotecario puede instar el embargo del patrimonio restante, conforme al artículo 517.2.4.^a LEC.

(32) La STS de 29-9-06 responde a la alegación consistente en la vulneración del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1 CEDH y los artículos 17 y 41 de la Carta de Niza sin analizarla realmente. Establece el Alto Tribunal: «(...) como hemos señalado al desestimar el primer motivo de casación, frente a los deberes derivados del incumplimiento de la legalidad urbanística no cabe aducir la condición de tercero adquirente de buena fe amparado por el acceso de su derecho de dominio al Registro de la Propiedad, puesto que, conforme al principio de subrogación de los sucesivos adquirentes en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento urbanístico, la demolición de lo indebidamente construido no sólo pesa sobre quien realizó la edificación ilegal sino sobre los sucesivos titulares de la misma, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél hubiese podido incurrir por los daños y perjuicios causados a éstos (...).».

III. LA NECESARIA REFORMULACIÓN DEL TRATAMIENTO DE LOS TERCEROS DE BUENA FE EN EL CASO DE LA ANULACIÓN DE LICENCIAS

1. PLANTEAMIENTO

Creemos que existen argumentos de peso para reconsiderar el tratamiento de los terceros adquirentes de buena fe en la ejecución de las sentencias en materia urbanística, en particular, de las que anulan licencias.

En la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo subyace, aunque sea implícitamente, una cierta insatisfacción con la doctrina que se viene aplicando, sobre todo en este supuesto (33).

A nuestro juicio, los argumentos del Tribunal Supremo, es decir, la interpretación de los principios de fe pública registral y subrogación urbanísti-

(33) Tras reconocer el Alto Tribunal su comprensión sobre el estado de ánimo de los recurrentes (terceros adquirentes de buena fe de viviendas cuya licencia fue anulada judicialmente y declarada la demolición) señala, respecto de la constatada ilegalidad de la actuación de la Administración municipal que: «(...) son muchos, y desde luego lo es éste, los supuestos que permiten percibir la enorme importancia que tiene el mandato que a las Administraciones públicas dirige el artículo 103.1 de la Constitución, cuando les impone servir con objetividad los intereses generales y actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; y que permiten percibir, también, la trascendencia del deber que pesa sobre los Poderes Públicos con competencia para ello de dotar al Poder Judicial de los instrumentos necesarios para el eficaz ejercicio de su función; *es hora de abordar, pero de abordar con seriedad, el estudio de las causas que determinan la demora de la respuesta judicial y de los remedios para corregirla; y es hora de prever lo necesario para que situaciones como la que hoy grava a los recurrentes no se prolonguen más allá de lo absolutamente indispensable*». El Tribunal Supremo parece estar reclamando una actuación del legislativo que permita a los Tribunales resolver de otra forma estos casos. La doctrina científica también ha señalado este problema. Véanse, BAÑÓN LEÓN, José María (2009): 521, que afirma: «causa perplejidad, en fin, que en nuestro ordenamiento jurídico puedan derruirse viviendas adquiridas por terceros de buena fe, que en su día fueron construidas con licencia (luego anulada) y, sin embargo, nada pueda hacerse, transcurrido por regla general el fatídico plazo de cuatro años, contra quien deliberadamente construyó sin licencia». MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo (2004), «De nuevo sobre la ejecución de sentencias en materia urbanística: la salvaguarda de los intereses de los adquirentes de las viviendas de un edificio ilegalmente construido (a propósito de un supuesto de aplicación del art. 73 del TRLS de 1976. Construcción no adaptada al ambiente en que se sitúa)», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 10, págs. 119-125; GEIS I CARRERAS, Gemma (2009): 258 y sigs.; GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael (2008): 340 y sigs., asume que el principio de fe pública registral no ampara a los terceros frente a las limitaciones derivadas de la normativa urbanística, pero considera que el régimen jurídico actual de la ejecución de estas sentencias, tal como se viene interpretando, no tiene debidamente en cuenta la CE y alguno de los valores que ésta reconoce, como el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Este autor propone, como solución, que se regule la posibilidad de considerar en la fiscalización judicial de estos conflictos estos valores constitucionales, y, alternativamente, una interpretación judicial de la ejecución acorde con la CE (principio de seguridad jurídica y art. 47); SÁMANO BUENO, Pablo (2007): 149-216.

ca, son cuestionables en el caso de la anulación de licencias. En cuanto a lo primero, el Alto Tribunal no tiene debidamente en cuenta la vinculación actual que, por mandato del legislador, existe entre el urbanismo y el Registro de la Propiedad y las nuevas funciones que en este campo desempeña hoy este Registro Público. La aplicación del principio de subrogación urbanística a estos casos resulta, de manera similar, incorrecta, ya que la demolición no constituye ningún deber urbanístico.

Por otra parte, y desde la perspectiva constitucional, consideramos que la dinámica resolutoria actual de estos conflictos supone, respecto de los terceros adquirentes, una vulneración del artículo 33 CE, interpretado conforme a la jurisprudencia del TEDH.

En último término, esta interpretación está en abierta contradicción con las soluciones que el legislador y la propia jurisprudencia contencioso-administrativa adoptan en situaciones similares, e incluso más graves a la que nos ocupa. Frente a la revisión de oficio de los actos administrativos, el legislador ha establecido mecanismos para garantizar que la Administración considere otros valores jurídicos diferentes a la legalidad cuando se pretende incidir en las situaciones jurídicas creadas por los actos administrativos. La seguridad jurídica y la buena fe constituyen en nuestro ordenamiento jurídico, por imperativo legal, un límite frente a la revisión por la Administración de los actos administrativos ilegales (art. 106 LRJPAC). De manera similar, el legislador urbanístico ha limitado temporalmente la posibilidad de actuación frente a las actuaciones urbanísticas ilegales que no cuentan con licencia. En lo que sigue, se desarrollan todos estos aspectos.

2. LA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL NO ES ACORDE CON LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EDIFICACIÓN CON LICENCIA NI CON LA FUNCIÓN ACTUAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL URBANISMO. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

La doctrina del Tribunal Supremo toma como punto de partida del tratamiento de los terceros adquirentes la inaplicación del artículo 34 LH. Creemos que esta tesis debería matizarse en el caso de las edificaciones que cuentan con licencia inscrita en el Registro de la Propiedad. La configuración actual de este Registro público, hoy definitivamente vinculado al urbanismo, implica que las edificaciones que acceden al mismo mediante la correspondiente licencia ordinaria o por los procedimientos especiales previstos en la legislación del suelo no urbanizable, deberían considerarse protegidas, conforme al principio de protección de la confianza legítima (art. 3.1 LRJPAC).

El artículo 34 LH establece que «el tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con

facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causa que no consten en el mismo Registro» (34). La doctrina hipotecarista mayoritaria ha considerado, desde el principio, que este precepto no amparaba al tercer adquirente respecto de las limitaciones derivadas de la normativa urbanística, por tener éstas carácter normativo y ser públicas (35). De manera similar, y aunque se trata de supuestos claramente diferenciados, se ha considerado que, en materia de dominio público, tampoco es aplicable el artículo 34 LH, con base en el carácter inalienable que tienen estos bienes (36).

Ahora bien, y centrándonos en las restricciones al derecho de propiedad que se derivan del ordenamiento urbanístico, creemos que en el momento

(34) Los requisitos que, según la jurisprudencia (STS de 15-10-1990), deben cumplirse para que, conforme al artículo 34 LH, se haga inatacable la adquisición llevada a cabo por terceros, son los siguientes: «a) que los terceros protegidos sean adquirentes del dominio de inmueble o de un derecho real limitativo del dominio; b) que tal adquisición se realice con buena fe, es decir, que su adquisición se ha llevado a cabo confiando en lo que el Registro publica; c) que el negocio adquisitivo ha de encontrarse fundado en un título oneroso; d) que el disponente o transferente sea un titular inscrito, es decir, que el tercero o terceros inscriban a su vez su propia adquisición».

(35) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis (1995), *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Bosch, pág. 268; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco (1984), *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch. En sentido contrario, CHICO Y ORTIZ, José María (1981), «Lo jurídico y lo urbanístico», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 44, págs. 37-75, y GARCÍA GARCÍA, José Manuel (1993), *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, pág. 454 y sigs. El primero de estos autores considera, en relación con la regulación del principio de subrogación en la legislación urbanística (art. 71 LS de 1956) que: «(...) solamente si se piensa que el legislador estaba aludiendo a la documentación privada, puede admitirse el principio, pues siendo público el documento hubiese sido preciso, para que el principio tuviese fuerza derogatoria del mecanismo registral, se hubiese dicho: “a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”, con lo cual se hubiera impuesto una excepción muy importante al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero las cosas hubieran quedado jurídicamente muy claras». Por su parte, GARCÍA GARCÍA sostiene que el artículo 34 LH protege a los terceros cuando la causa de nulidad no consta en el Registro, pues para hacer constar aquélla está la anotación preventiva de la interposición del recurso y la inscripción de la sentencia. También aduce el artículo 112 de la anterior Ley de procedimiento administrativo en cuanto a las limitaciones temporales de la revisión de oficio (hoy, art. 106 de la Ley 30/1992); el principio de legalidad y equidad, pues la anulación de la licencia en perjuicio de terceros va contra la Ley Hipotecaria; la limitación temporal de los expedientes de restablecimiento de legalidad que no se aplica a la anulación de licencia cuando han transcurrido cuatro años; el antiguo artículo 40 TRLS de 1992 (licencias ajustadas a derecho pero con exceso de aprovechamiento que no afectaban a terceros adquirentes de buena fe); y, por último, la posibilidad de restablecer la legalidad demandando a la Administración otorgante de la licencia al antiguo propietario.

(36) Véase, por todas, la STS de 15-1-01: «(...) conforme al artículo 2.º de la Ley estatal 55/1980, de 11 de noviembre, y al mismo artículo de la Ley gallega 13/1989, de 10 de octubre, los montes vecinales en mano común son indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Consecuencia de lo anterior es que no puede aplicarse la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al existir una prohibición legal para enajenar, que determinaría la nulidad radical absoluta de cualquier venta, por ilicitud del acto, que no puede quedar convalidada por la inscripción, ni por posteriores transmisiones (...)».

actual, en que la legislación urbanística ha previsto el acceso al Registro de la Propiedad de todas las afecciones urbanísticas relevantes, la oponibilidad de estas restricciones sólo está realmente justificada con carácter previo al inicio legal de la edificación. La razón es que, en esta fase previa, el ordenamiento positivo no prevé el acceso de los límites urbanísticos al Registro de la Propiedad, lo que se explica por el carácter contingente y variable del régimen jurídico de la propiedad del suelo. Sin embargo, la perspectiva cambia radicalmente cuando se inicia el proceso de transformación urbanística y, sobre todo, con el otorgamiento de la licencia de edificación, en la medida en que la legislación urbanística prevé el acceso al Registro de todas estas afecciones, desde los actos firmes dictados en ejecución del planeamiento hasta las edificaciones (arts. 51 a 54 TRLS de 2008).

Hay que tener en cuenta que, cuando la Administración otorga la licencia de edificación, es porque, en principio y como se analiza con detenimiento más adelante, no quedan deberes o cargas pendientes de cumplimiento y, en caso de que así sea, deben constar en el Registro de la Propiedad, conforme a la normativa urbanística y de ordenación del Territorio. En cuanto a las limitaciones derivadas del ordenamiento urbanístico, éstas tienen que haber sido valoradas por la Administración en el procedimiento de otorgamiento de la licencia.

Lo verdaderamente relevante es el nuevo papel que en la actualidad desempeña el Registro de la Propiedad en el ámbito urbanístico. A pesar de su carácter abierto, es indudable que este Registro Público se ha convertido, o debería haberse convertido por mandato del legislador, desde la aprobación de la Ley del Suelo de 1975, en un registro primario de información urbanística. Según la disposición final decimotercera de esta norma, el Registro de la Propiedad «debe reflejar con toda exactitud» las limitaciones y deberes establecidos en la legislación urbanística y en los planes, programas, proyectos, normas, ordenanzas y catálogos (37). Aunque con retraso, este mandato de conexión entre el urbanismo y el Registro de la Propiedad se ha materializado progresivamente mediante las diferentes normas urbanísticas y, sobre todo, con la aprobación del Real Decreto 1093/1997, sobre normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. En la actualidad se prevé la inscripción registral, entre otros, de la aprobación de los expedientes de equidistribución, reparcelaciones, cesiones de terrenos previstas por las leyes (arts. 51.2 TRLS de 2008 y 1.2 del RD 1093/1997),

(37) La Disposición Final decimotercera de la Ley del Suelo de 1975 autorizó al Gobierno para dictar las disposiciones precisas para adecuar la legislación hipotecaria a sus previsiones. En la actualidad, la Disposición Adicional primera TRLS de 2008 impone al Estado la obligación de coordinar y hacer compatibles el Registro de la Propiedad y el Urbanismo.

condiciones especiales de concesión de licencias (arts. 51.4 TRLS de 2008 y 1.4 del RD 1093/1997); declaraciones de obra nueva en construcción y terminadas, que incorporan la correspondiente licencia urbanística (arts. 20 TRLS 2008 y 45 a 55 del RD 1093/1997) o expedientes de disciplina urbanística (arts. 51.3 TRLS y 1.5 del RD 1093/1997) (38).

Una vez que el legislador ha establecido mecanismos para garantizar la constancia de las actuaciones urbanísticas que tienen o pueden tener eficacia real en el Registro de la Propiedad (por ejemplo, aprobación de expediente de equidistribución, licencias urbanísticas, expedientes de disciplina urbanística o interposición de recurso contencioso-administrativo contra la licencia), este Registro Público se convierte en una herramienta de control de la legalidad urbanística pero también de mayor publicidad y seguridad en el tráfico inmobiliario. La nueva realidad del Registro de la Propiedad exige, consecuentemente, el acomodo del tratamiento judicial de las edificaciones respecto de las limitaciones urbanísticas. El TS, sin embargo, continúa resolviendo estos conflictos como si todavía no existiera conexión alguna entre dichas restricciones y el Registro de la Propiedad.

En este nuevo marco, y frente a la eventual demolición de las edificaciones cuya licencia se haya anulado judicialmente, los terceros adquirentes de buena fe pueden esgrimir el principio de protección de la confianza legítima (art. 3.1 LRJPAC), en relación con el otorgamiento de la licencia de obras, su constancia en el Registro de la Propiedad y, en su caso, la falta de constancia de procedimientos administrativos o judiciales que cuestionan la legalidad de este título y pueden suponer el derribo de la edificación (39).

La jurisprudencia desarrollada por el TS respecto del principio de protección de la confianza legítima resulta aplicable en nuestro caso. La STS de 5-10-90 establece: *«como tiene declarado esta Sala que ahora enjuicia en reiteradas sentencias, de las que son una muestra sus últimas de 1 de febrero, 3 de mayo y 8 de junio de 1990, en el conflicto que se suscita entre la “estricta legalidad” de la actuación administrativa y la “seguridad jurídica” derivada de la misma, tiene primacía esta última sobre aquélla, cuando la Administración mediante actos externos inequívocos mueve al administrado a realizar una actividad que le origina unos necesarios desembolsos econó-*

(38) Acerca de las funciones del Registro de la Propiedad en materia de urbanismo, véase FUERTES, Mercedes (2001), *Urbanismo y Publicidad Registral*, Marcial Pons.

(39) Sobre el principio de protección de la confianza legítima, véase GARCÍA MACHO, Ricardo (1987), «Contenido y límites del principio de confianza legítima: estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 56; CASTILLO BLANCO, FRANCISCO (1987), *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons; SANZ RUBIALES, Íñigo (2000), «El principio de confianza legítima como limitador del poder normativo comunitario», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, págs. 91-122; y GARCÍA LUENGO, Javier (2000), *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas.

micos (...) ya que la aludida doctrina de esta Sala acoge un principio que, aunque no extraño a nuestro Ordenamiento Jurídico bajo la denominación de la bona fides, ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea bajo la rúbrica de “principio de protección de la confianza legítima del ciudadano” en el actuar de la Administración que se beneficia a su vez del principio de “presunción de legalidad de los actos administrativos”, si bien aquel principio no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha confianza se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la “apariencia de legalidad” que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, moviendo a la voluntad del administrado a realizar determinados actos, inversiones económicas, medios materiales y personales, que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la Administración y sus consecuencias, reveladas y producidas con posterioridad a la material realización de aquéllos por los particulares; máxime cuando dicha “apariencia formal de legalidad” que indujo a racional confusión en el interesado, originó en la práctica para éste unos daños y perjuicios que, jurídicamente, no tiene por qué soportar».

Pocas dudas plantea que el otorgamiento de la licencia constituye un acto dictado por la Administración lo suficientemente concluyente como para inducir al solicitante a confiar en la legalidad de la edificación que ésta autoriza. No hay más que atender a la definición de licencia de edificación que adopta el propio legislador urbanístico, esto es: «(...) el acto por el que el Ayuntamiento autoriza al promotor para la ejecución de las obras de edificación, conforme a las previsiones y determinaciones del proyecto presentado, y reconoce que éste es conforme a lo dispuesto en el planeamiento, la legislación urbanística, la de ordenación de la edificación en cuanto a los requisitos básicos de calidad, y cualquier otra legislación sectorial concurrente en función de las características y usos del edificio (...)» (40). En este sentido, la licencia, como cualquier acto administrativo, goza de presunción de legalidad (art. 57 LRJPAC).

Pero, si cabe, el otorgamiento de la licencia todavía resulta más concluyente para el tercer adquirente de la vivienda, dado que, además, dicho acto administrativo consta, por imperativo legal, en el Registro de la Propiedad, al que acceden también los procedimientos de disciplina urbanística y las demandas presentadas en la vía contencioso-administrativa contra la misma (art. 20 TRLS de 2008).

El solicitante de la licencia y el tercer adquirente han llevado a cabo importantes inversiones económicas confiando legítimamente en el único acto admi-

(40) Artículo 27.1 de la Ley valenciana 3/2004, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación.

nistrativo (licencia urbanística) que puede acreditar el cumplimiento de los deberes y limitaciones urbanísticas aplicables a la edificación y que tiene presunción de legalidad. Además, ese acto administrativo ha sido objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, conforme prevé la normativa aplicable en aras, precisamente, de garantizar la legalidad urbanística. Es claro que estos sujetos, sobre todo el tercer adquirente, no tiene el deber jurídico de soportar los daños y perjuicios originados posteriormente como consecuencia de esa actuación de la Administración.

En lo que nos consta, no existen pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la incidencia que puede tener el principio de la confianza legítima respecto de la anulación de licencias urbanísticas, lo que seguramente encuentra explicación en el hecho de que la propia normativa urbanística ya reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración en estos casos, salvo en los supuestos de dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado [art. 35.d) TRLS de 2008]. Algunas sentencias han analizado su alcance respecto de la demolición de construcciones ilegales en materia de disciplina urbanística. Interesa resaltar que la jurisprudencia rechaza la invocación de este principio con el argumento de que la edificación se ha llevado a cabo sin licencia de obras o sin ajustarse a la misma (41). El reconocimiento legal de la responsabilidad de la Administración en estos casos, que no es sino una manifestación del principio de protección de la confianza legítima, y la jurisprudencia señalada, permiten concluir que la disposición de licencia justifica la consideración de este principio a la hora de decidir sobre los efectos de su anulación judicial.

Esta conclusión se ve sustancialmente reforzada en nuestro caso, y respecto de los terceros adquirentes de buena fe, por el hecho de que la licencia haya sido objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad. En caso de que no exista constancia en el mismo de un procedimiento de disciplina urbanística o de recurso contencioso-administrativo contra la licencia, el titular de la edificación podrá legítimamente invocar el principio de confianza legítima, o lo que es lo mismo, los principios de fe pública registral (art. 34 LH) e inoponibilidad (arts. 32 LH y 606 CC). El primero de estos principios supone, tal como lo ha interpretado reiteradamente la jurisprudencia del TS, que: «(...) el tercero que adquiere del titular registral confiado en el contenido del Registro e inscribe, está protegido y no le afecta la posterior declaración de nulidad del derecho del transmitente (...)» (42). Por su parte, el TS entiende que, conforme al principio de inoponibilidad, «al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos».

En suma, el contexto actual en que las limitaciones al derecho de propiedad urbana encuentran reflejo en el Registro de la Propiedad, al igual que

(41) Véase, por todas, la STSJ de Andalucía de 22-5-06.

(42) Por todas, STS de 17-10-89.

los actos administrativos o privados que pueden tener incidencia real, exige revisar la interpretación tradicional de los principios de fe pública registral e inoponibilidad en relación con aquéllas, sobre todo respecto de las edificaciones que disponen de licencia inscrita en este Registro. En los casos en que no conste la iniciación de expediente disciplina urbanística o interposición de recurso contencioso-administrativo, debería, en principio, poder oponerse la tutela registral. Y ello en la medida en que un acto administrativo, inscrito en el Registro de la Propiedad, ha acreditado la adecuación de la edificación al ordenamiento urbanístico y el cumplimiento de los deberes y cargas urbanísticos.

3. LA CUESTIONABLE JUSTIFICACIÓN DE LA DEMOLICIÓN EN EL PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN URBANÍSTICA

El principio de subrogación urbanística constituye el otro argumento que, en conexión con el anterior, esgrime el Tribunal Supremo para justificar el tratamiento de los terceros adquirentes de buena fe de la ejecución de las sentencias que suponen el derribo de las edificaciones ilegales, incluso de las que disponían de licencia (43). La STS de 12-5-06, que fiscaliza un supuesto de restablecimiento de la legalidad urbanística, considera que los terceros adquirentes, aunque hayan inscrito su derecho en el registro, tienen el deber de soportar las actuaciones materiales necesarias para ejecutar la sentencia, es decir, su demolición. Según el Alto Tribunal: «(...) no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976 (...)». Más precisa en cuanto a la naturaleza de la demolición, y por tanto a los efectos de valorar su encaje en el principio de subrogación urbanística, resulta la STS de 26-9-06, también referida a un supuesto de restablecimiento de la legalidad, cuando establece: «(...) los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fe con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado (...)». Las sentencias del Alto Tribunal que aplican la subrogación urbanística en el caso de la anulación de licencias se remiten a esta doctrina jurisprudencial desarrollada para los supuestos en que no existe licencia y por ser ilegalizable la construcción, la Administración ha dictado

(43) STS de 4-2-09.

una orden de demolición a pesar de la diferencia sustancial que existe entre ambos casos (44).

En lo que sigue, y a través del análisis del contenido este principio de subrogación urbanística (45), tratará de demostrarse que, en nuestro caso, este principio no justifica que los terceros adquirentes deban soportar el derribo de sus viviendas ni tampoco que, necesariamente, tengan que demolerse las edificaciones afectadas por la anulación judicial del correspondiente título habilitante.

El principio de subrogación urbanística, que se justifica en el carácter estatutario del derecho de propiedad (46), se regula actualmente en el artículo 19 TRLS de 2008. Esta regulación resulta mucho más precisa que la de normas urbanísticas precedentes (47). Establece este precepto:

«(...) La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real (...)».

Debe notarse, antes que nada, que este precepto, siguiendo la línea iniciada por el artículo 21 LS de 1998, ya no alude, como ocurría inicialmente, a las limitaciones establecidas por la legislación urbanística cuando determina el alcance del principio de subrogación en materia urbanística (48), sino que

(44) En este sentido, STS de 4-2-09.

(45) Véase, MEDINA DE LEMUS, Manuel (1999), «Subrogación legal y urbanismo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 651.

(46) En este sentido, PAREJO ALFONSO, Luciano José, y ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo (2009): pág. 315, consideran, respecto de la subrogación legal en la transmisión de fincas (art. 19 TRLS) que: «el tráfico jurídico privado de que sean objeto las fincas no afecta y, por tanto, no puede perjudicar, ni perjudica en modo alguno la eficacia plena de las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística que integren el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y el de la utilización de éste conforme a su destino. La razón es sencilla: ese régimen, que vincula la propiedad del suelo (cualquiera que sea su titular), es objetivo y estatutario (art. 7.1 del TR de 2008)». Por su parte, BAÑO LEÓN, José María (2009): pág. 334 y sigs., considera que existe una posible doble perspectiva constitucional sobre el derecho de propiedad, bien como derecho de uso, disfrute y disposición conforme al Código Civil, cuyo contenido viene limitado por las leyes y reglamentos en función del interés colectivo, bien como derecho de configuración legal, siendo las leyes y reglamentos los que definen su contenido. El artículo 33 CE refleja este segundo sentido. De ahí que el contenido esencial de la propiedad no sea el límite de los límites sino el límite a la sustancial libertad de configuración del legislador.

(47) Artículos 5 LS de 1956; 88 LS 1976; 22 TRLS 1992, y artículo 21.

(48) El artículo 88 LS de 1976 establecía: «(...) la enajenación de fincas no modificará la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por esta

contempla, únicamente, los siguientes aspectos: *a)* Deberes establecidos por dicha legislación; *b)* Deberes exigibles por los actos de ejecución de la misma; *c)* Derechos, y *d)* Compromisos contraídos con la Administración, si han sido objeto de inscripción registral.

De estos cuatro aspectos que comprende la subrogación en materia urbanística sólo nos interesan ahora los deberes, ya sean los que de modo genérico o abstracto se recogen en la legislación urbanística como los que pueden derivarse de los actos de aplicación de la misma, ya que, según se ha visto, la jurisprudencia del TS considera la demolición como un deber urbanístico y, evidentemente, la demolición de la construcción ni constituye un derecho del anterior propietario ni tampoco deriva de un compromiso contraído con la Administración. Veamos, pues, cuales son estos deberes urbanísticos en que, según la legislación urbanística, quedan subrogados los sucesivos adquirentes de estos bienes inmuebles y si, en nuestro caso, la demolición de la edificación constituye uno de ellos.

La legislación urbanística establece diversos deberes de los propietarios del suelo, que pueden distinguirse en función del inicio de la transformación urbanística. Los propietarios de suelo, con carácter previo a este momento, tienen el deber básico recogido en el artículo 9 TRLS de 2008 de destinarlos a los usos que correspondan según su naturaleza y conservarlos en condiciones adecuadas de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato público. Iniciada la transformación, entra en juego la maquinaria prevista en el artículo 16 de la misma ley y nacen una serie de deberes adicionales (cesiones de terrenos y abonos por los costes de urbanización). De transmitirse el suelo en este momento, el adquirente queda subrogado en la posición del transmitente, es decir, en los deberes que en cada caso haya establecido la legislación de ordenación territorial y urbanística aplicable.

Respecto de las edificaciones con licencia, sin embargo, no existen otros deberes legales (sin perjuicio de lo establecido en las ordenanzas sobre seguridad, salubridad y ornato público) que los que constan en el Registro de la Propiedad. Buena prueba de ello es que el artículo 20 TRLS de 2008 ya no alude a deberes pendientes. Si existieran deberes pendientes, no podría haber-

Ley o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos, y el adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos que hubiere contraído con las Corporaciones Públicas respecto a la urbanización y edificación (...). CHICO Y ORTIZ, José María (1981): pág. 70, no sólo critica, por su imprecisión, la redacción del este precepto, sino que cuestiona que se trate de auténticas limitaciones, ya que «si se tratase de auténticas limitaciones creo que sobraba el artículo 71 de la Ley del Suelo, pues establecidas legalmente afectarían con trascendencia real a todo posterior adquirente». Estos deberes, según GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1987): pág. 922 y sigs., eran los siguientes: 1) Limitaciones y deberes instituidos por la Ley del suelo; 2.º) Limitaciones y deberes impuestos en virtud de la misma Ley por los actos de ejecución de sus preceptos; y 3.º) Compromisos que se hubieran contraído con las Corporaciones públicas respecto de la urbanización y edificación.

se otorgado la licencia de obras, ya que el terreno no tendría la condición de solar, salvo que se hubiera condicionado a la urbanización simultánea o fijado un plazo de construcción, en caso de venta o sustitución forzosa por incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación (49).

En cuanto a las construcciones que no se adecuan a la licencia y respecto de los terceros adquirentes, la legislación urbanística ha establecido mecanismos para garantizar que éstas no puedan ampararse en el principio de fe pública registral. El artículo 20 TRLS de 2008 exige a la obra nueva en construcción, además de la licencia o autorización, certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto. Requisitos que se reiteran en la declaración de obra nueva terminada, a los que se añade cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación, fundamentalmente la licencia de primera ocupación (50). El cierre del sistema puede verse en los artículos 45 y 53 del Real Decreto 1093/1997, que regulan con minuciosidad la descripción del inmueble que accede al Registro de la Propiedad, con la finalidad de que no puedan ampararse en dicho principio las obras que no se ajustan a la licencia. Queda claro, pues, que el cumplimiento de los deberes abstractos establecidos por la legislación urbanística constituye un presupuesto para el otorgamiento de la licencia, por lo que en nuestro caso éstos ya se han cumplido, o constan en el Registro.

Descartado que la demolición de la edificación constituya un deber urbanístico genérico derivado de la legislación urbanística, y atendida la regulación del principio de subrogación, este supuesto deber urbanístico de demoler, en cuyo cumplimiento considera el TS que queda subrogado el tercer adquirente, solo podría traer causa de un acto de aplicación exigido por la misma (por ejemplo, orden de demolición de una construcción por no disponer de licencia y resultar ilegalizable o anulación administrativa de la licencia, vía revisión de oficio, y correspondiente orden de demolición). Pero, en nuestro caso, y a diferencia de lo que ocurre en materia de disciplina urbanística, no existe ningún acto de aplicación de la legislación urbanística del que pueda derivarse este deber urbanístico de demoler.

El Tribunal Supremo aplica mecánicamente su doctrina sobre la subrogación urbanística, tanto en los supuestos en que realmente la demolición constituye un deber urbanístico del titular de la edificación, por traer causa de un acto previo de aplicación de la legislación urbanística (acto administrativo por el que se ordena la demolición), como en los que no existe ningún acto administrativo previo de este tipo, como ocurre en los supuestos de anulación

(49) En este caso, según el artículo 37.3 TRLS de 2008, será preciso que consten en el Registro de la Propiedad las condiciones y los plazos de edificación a que quede obligado el adquirente, en calidad de resolutorias de la adquisición.

(50) Artículo 33 de la Ley valenciana 3/2004, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación.

judicial de licencias. En este caso, pues, al no existir realmente ningún deber urbanístico previo de demoler la edificación, el principio de subrogación es improcedente para explicar que la demolición deba ser soportada por el tercer adquirente (51). La demolición, en su caso, podrá fundamentarse perfectamente, sin necesidad de recurrir a este principio, en la decisión judicial que anule la licencia, previo análisis de las circunstancias del caso, esto es, como ocurre en materia de disciplina urbanística, cuando, por ejemplo, la urbanización es ilegalizable.

Es más, creemos que ni siquiera en el caso de que la demolición traiga causa del restablecimiento de la legalidad urbanística, resulta necesario el principio de subrogación urbanística para justificar que los terceros adquirentes deban soportarla, ya que, a diferencia de lo que ocurre con las sanciones, el restablecimiento del orden jurídico es una medida aflictiva que se proyecta sobre el bien y no sobre el titular. Buena prueba de ello es la regulación del artículo 319.3 CP que reconoce, sin necesidad de recurrir al principio de subrogación urbanística, la potestad del juez penal de demoler la edificación ilegal llevada a cabo por el autor de un delito contra la ordenación del territorio, aunque existan terceros adquirentes de buena fe.

En conclusión, el principio de subrogación urbanística no justifica que los terceros adquirentes de buena fe de edificaciones cuya licencia se ha anulado judicialmente tengan que soportar la demolición. Tampoco justifica que no se analicen en vía judicial las circunstancias del caso, esto es, los motivos de la ilegalidad y se decida, conforme a los mismos, la procedencia o no de la demolición.

(51) El caso que resuelve, en fase de ejecución, la STS de 18-2-09 (rec. 2690/2007) permite ver con claridad como los supuestos de anulación judicial de licencias no tienen nada que ver con los deberes urbanísticos. ¿Qué deber urbanístico ha incumplido el ciudadano que ha obtenido una licencia de construcción de una gasolinera y ha edificado conforme a la misma? Y ¿existe, en este caso, algún deber urbanístico de demoler en cuyo cumplimiento queda subrogado el tercer adquirente y que, además, justifique que en fase judicial ni siquiera se analice la procedencia de la demolición? Esta sentencia confirma el auto del TSJ de Galicia de 14-12-08, que acordó tener por no ejecutada la sentencia de dicho Tribunal, confirmada, también a su vez por el TS, por la que se anuló la licencia de obras de una estación de servicio en Vigo y se requería a la Administración para que ordenara la demolición de lo construido. El análisis de la STS de 10-10-2001, que confirma la anulación de la licencia, pone de manifiesto que el motivo de la anulación no fue ninguna infracción del ordenamiento urbanístico por parte del solicitante, sino que, se debió a la falta de diligencia de la Administración en su otorgamiento. La licencia se solicitó al Ayuntamiento de Vigo el 7-2-90, fecha en que se encontraba vigente el PGOU de 1990, conforme al cual la licencia hubiera podido concederse. Pero el otorgamiento no se produjo hasta el 15-5-92, momento en el que dicho Plan ya no estaba en vigor, por haber sido anulado por la Consejería de Ordenación del Territorio y Obras Públicas, previa estimación de un recurso de reposición. Resultaba aplicable, en ese momento, el anterior PGOU de 1988, que clasificaba los terrenos sobre los que pretendía construirse como no urbanizables de especial protección. A pesar de ello, el Ayuntamiento de Vigo otorgó la licencia, lo que supuso que el TSJ de Galicia anulara las licencias por no haberse aplicado el PGOU vigente.

4. VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD RECONOCIDO POR EL ARTÍCULO 33 CE, INTERPRETADO CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

A nuestro juicio, la dinámica resolutoria que ha consagrado la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo en materia urbanística vulnera, en el caso de la anulación de licencias y consiguiente demolición, el derecho de propiedad que recoge el artículo 33 CE, interpretado conforme a la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 1 del Protocolo Adicional 1.º CEDH, esto es, el derecho al respeto de los bienes y el disfrute de los mismos. Establece este precepto:

«Toda persona física o moral tiene derecho a que se respeten sus bienes. Nadie puede ser privado de su propiedad salvo por causa de utilidad pública y bajo las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes no vulneran el derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que ellos juzguen necesarias para reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general o para asegurarse el pago de los impuestos o de otras contribuciones o multas» (52).

Lo primero que debe señalarse es que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, la demolición de una edificación derivada de una sentencia judicial constituye una injerencia en el derecho de propiedad de los adquirentes de buena fe que puede considerarse una privación de la misma en el sentido de este artículo. En efecto, en la sentencia de 5-11-09, caso *Société Anonyme Thaleia Karydi Axte contra Grecia*, el Tribunal europeo ha considerado que la subasta de los bienes de una empresa, declarada judicialmente, constituye una injerencia en el derecho al respeto de los bienes de ésta, que se considera una privación de propiedad en el sentido de la segunda frase del primer párrafo del artículo 1. Esta injerencia en el derecho de propiedad persigue, según el TEDH, una finalidad de utilidad pública, a saber, la satisfacción de los acreedores de dicha empresa. Y como tal injerencia en este derecho es susceptible de ser fiscalizada por el TEDH, a la luz de los parámetros fijados en esta materia.

(52) Es jurisprudencia reiterada del TEDH que el artículo 1 del Protocolo número 1, que garantiza en sustancia el derecho de propiedad, contiene tres normas distintas (por todas, STEDH de 21-2-86, caso *James y otros contra Reino Unido*). La primera, que se expresa en la primera frase del primer párrafo y reviste un carácter general, enuncia el principio de respeto de la propiedad; la segunda, que figura en la segunda frase del mismo párrafo, trata sobre la privación de propiedad y la somete a determinadas condiciones; en cuanto a la tercera, en el segundo párrafo reconoce a los Estados contratantes el poder, entre otros, de regular el uso de bienes conforme al interés general. La segunda y la tercera, que se refieren a ejemplos particulares de atentados contra el derecho de propiedad, deben interpretarse a la luz del principio consagrado por el primero (por todas, sentencia de 25-3-99, caso *Iatridis contra Grecia*).

A idéntica conclusión llega el TEDH en otros dos casos que guardan una conexión mucho más clara con el tema que analizamos. En la STEDH de 21-11-91, *caso Pine Valley Developments Ltd y otros contra Irlanda*, el Tribunal considera que la anulación judicial (Tribunal Supremo de Irlanda) del certificado previo de urbanización otorgado por la Administración constituye una injerencia en el Derecho de propiedad (53). Por su parte, en la sentencia de 24-11-09, *caso Yildirim contra Turquía*, entiende el TEDH, al igual que las partes, que la demolición de la vivienda del demandante ejecutada por las autoridades locales, previa decisión de los Tribunales, constituyó una privación de la propiedad en el sentido de la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo número 1, y que, por tanto, debe analizarse si la misma está justificada en las circunstancias del caso.

Admitido que la anulación judicial de una licencia urbanística que acarrea la demolición de la edificación por ella amparada constituye una injerencia en el derecho de propiedad que constituye una privación del mismo, procede determinar si la dinámica resolutoria impuesta por nuestro Tribunal Supremo es compatible con el reconocimiento de este derecho en nuestro texto constitucional (art. 33 CE), conforme a los criterios interpretativos de la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, el criterio principal que sigue el TEDH es el de que toda injerencia en este derecho mantenga el «equilibrio justo» entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la protección de los derechos fundamentales del individuo. En particular, debe existir un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida por toda medida que prive a una persona de su propiedad (54).

La doctrina del Tribunal Supremo, como se verá a continuación, plantea problemas de incompatibilidad con la interpretación del derecho de propiedad que hace el TEDH en tres aspectos. De una parte, desde la perspectiva procedimental, por la falta de una posibilidad real de los propietarios de las viviendas afectadas por la demolición de defender sus intereses en los procesos judiciales que llevan a la privación de su vivienda; por otra, y desde la óptica sustantiva, por la falta de compensación simultánea por dicha priva-

(53) La STEDH de 21-11-91 establece: «(...) en este caso se plantea por lo tanto una primera cuestión: ¿han tenido alguna vez los demandantes derecho a urbanizar el terreno en cuestión, derecho contra el que se haya podido atentar? Con la Comisión, el Tribunal cree deber responder de manera afirmativa. Cuando Pine Valley compro el terreno, se basó en el certificado, debidamente consignado en un registro público y podía presumir que era válido (apartados 9 y 31 *supra*). Implicaba una aprobación del principio de ordenación proyectado, sobre la que el servicio de urbanismo no podía echarse atrás (apartado 29 *supra*). En estas condiciones se pecaría de exceso de formalismo si se considerara que la sentencia del Tribunal Supremo no constituía una injerencia (...)».

(54) Entre otras STEDH, *caso Beyeler contra Italia*; *caso ex Rey de Grecia y otros contra Grecia*.

ción; y, por último, por la falta de consideración de la condición de terceros adquirentes de buena fe.

El artículo 1 del Protocolo Adicional número 1 no alude a los aspectos y requisitos procedimentales relacionados con las injerencias en el derecho de propiedad. Sin embargo, el TEDH ha fijado una serie de criterios que deben cumplirse para que éstas resulten compatibles con este derecho. En concreto, ha establecido que los procedimientos aplicables deben ofrecer a los afectados: «(...) una oportunidad razonable de presentar su caso ante las autoridades responsables para impugnar de manera efectiva las medidas que supongan una injerencia en los derechos garantizados por este artículo (...)» (55). De esta manera, ya se trate de expropiaciones en sentido formal, expropiaciones de hecho o declaraciones administrativas o judiciales que suponen la privación de bienes, el TEDH ha establecido que procede fiscalizar el procedimiento seguido desde una perspectiva amplia y global, a los efectos de determinar si realmente se ha concedido a los afectados la oportunidad razonable de presentar su caso ante las autoridades competentes con vistas a establecer un equilibrio justo entre los intereses en conflicto (entre otras, SSTEDH de 24-10-86, *caso Agosi contra Reino Unido*; 22-9-94, *caso Hentrich contra Francia*; 21-5-02, *caso Jokela contra Finlandia*; 29-7-04, *caso Bäck contra Finlandia*; o, 5-11-09, caso «*Société Anonyme Thaleia Karydi Axte*» contra Grecia).

El TEDH, como resultado de la fiscalización de los procedimientos seguidos por los Estados respecto de estas injerencias, ha considerado compatibles con el artículo 1, aquellos procedimientos expropiatorios que permiten defender su posición a los afectados, tanto en sentido formal como material. A la misma conclusión llegó el TEDH, en la sentencia de 29-7-04, *caso Bäck contra Finlandia*, cuando fiscalizó el procedimiento seguido para declarar judicialmente la casi total cancelación de la deuda que tenía un ciudadano finlandés frente al avalista de un préstamo bancario que tuvo que afrontar este último. Y ello en la medida en que el demandante planteó alegaciones ante el Tribunal de Distrito, pudo defender su punto de vista sobre la solicitud de ajuste de la deuda propuesto por el deudor y el programa de pago. También dispuso el demandante de un recurso ante un Tribunal de apelación, tanto en cuanto a la decisión de conceder el ajuste de la deuda como a los detalles del programa de pago; y, finalmente, pudo recurrir ante el Tribunal Supremo.

Por el contrario, el TEDH ha considerado incompatibles con el derecho de propiedad aquéllos procedimientos que no son equitativos y en los que realmente no existe un debate contradictorio, que respete el principio de igualdad de armas y permita discutir todas las cuestiones presentes. En la STEDH de 22-9-94, *caso Hentrich contra Francia*, se condenó a Francia, por el ejercicio por parte del Estado del derecho de compra preferente previsto en la

(55) STEDH de 21-5-02, *caso Jokela contra Finlandia*, FJ 45.

legislación fiscal francesa de un bien inmueble, motivado por la declaración de un precio inferior al de mercado en las escrituras. El Tribunal consideró que se había violado el artículo 1 del Protocolo número 1, por la falta de equidad del proceso, ya que, según la interpretación de la jurisprudencia francesa, no se permite a los afectados contradecir la apreciación de la Administración aportando pruebas de buena fe y de justo precio. Según el TEDH: «(...) *Si el sistema del derecho de compra no se presta a críticas en tanto que atributo de la soberanía del Estado, no ocurre lo mismo en cuanto su ejercicio es discrecional y al tiempo, el procedimiento no es equitativo. En el caso, la medida de derecho de compra ha sido llevada a cabo de manera arbitraria, selectiva y poco previsible, y no ha ofrecido las garantías procesales elementales: en particular, tal como ha sido interpretado hasta ahora por el Tribunal de casación y tal como ha sido aplicado a la recurrente, el artículo 668 del Código General de Impuestos no cumplía satisfactoriamente las exigencias de precisión y previsibilidad que implica la noción de ley en el sentido que le da el Convenio. Una medida tal no puede tener legitimidad en ausencia de un debate contradictorio y respetuoso del principio de igualdad de armas, que permite discutir la cuestión de la infravaloración del precio y, por consiguiente, la posición de la Administración; dichos elementos han faltado en el presente asunto (...)*». El Tribunal concluye: «(...) *teniendo en cuenta todo el conjunto de circunstancias, el Tribunal considera que, víctima selectiva del ejercicio del derecho de compra, la recurrente “ha soportado una carga especial y exorbitante” que sólo habría podido legitimar la posibilidad, que le fue negada, de discutir útilmente a la medida tomada contra ella: hay, por tanto, una ruptura del “justo equilibrio que debe reinar entre la protección del derecho de propiedad y las exigencias del interés general” (...)*».

En algún supuesto, el TEDH ha considerado que, aunque los procesos existentes no sean, en sí mismos, criticables, es posible que no se ofrezcan posibilidades reales de reaccionar frente a la privación de los bienes. Es lo que ocurre en la sentencia 5-11-09, caso *Société Anonyme Thaleia Karydi Axte contra Grecia*, que analiza la privación de bienes que sufrió la sociedad demandante a través de una subasta sin tener ninguna posibilidad de reaccionar durante el proceso de ejecución forzosa, por falta de notificación. El TEDH consideró que aunque dicha empresa tenía argumentos serios para hacer valer ante las jurisdicciones competentes con el fin de obtener la impugnación de la subasta, finalmente su recurso fue desestimado por un motivo demasiado formalista. En este supuesto, tampoco existió, según el TEDH, un justo equilibrio entre la protección del derecho de propiedad y las exigencias del interés general.

En nuestro caso, y a la luz de la jurisprudencia expuesta, cabe concluir que se está vulnerando el artículo 1 del Protocolo Adicional número 1 CEDH. Los

procesos que en nuestro Derecho conducen a la privación de las viviendas cuya licencia ha sido judicialmente anulada no permiten a los propietarios exponer su causa a los órganos judiciales y discutir efectivamente su situación. Como ya se ha señalado, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, ni durante la fase declarativa ni en fase de ejecución tienen posibilidades reales de defender su derecho de propiedad, aunque hayan participado en el proceso. En la fase declarativa no pueden defender su causa, ya que el objeto del proceso contencioso-administrativo es la legalidad del acto o disposición impugnada y se les remite a la fase de ejecución (56). Tampoco pueden defender sus intereses en la fase de ejecución. Los términos en que se pronuncia el Tribunal Supremo son claros: «(...) *En este momento procesal no es necesario ni pertinente poner en relación el precepto citado del artículo 34 de la Ley Hipotecaria con el artículo 88 de la vigente Ley del Suelo, determinante de la subrogación real de los terceros adquirentes en el status del enajenante, en el ámbito urbanístico, que es en el que nos encontramos, puesto que ello implicaría un retroceso en la dinámica el proceso y una intromisión en su fase cognitiva, superada con la sentencia firme que le puso fin (...)*» (57).

No se está, por tanto, ante un problema de legitimación, ya que el Tribunal Supremo y el Constitucional han consagrado en este ámbito una interpretación amplia de la legitimación (58). Buena prueba de ello es que en los

(56) En fase declarativa, la tutela de los terceros adquirentes se remite a la fase de ejecución de la sentencia. Conforme a la STS de 7-2-00: «(...) finalmente en contra de la declaración de demolición de lo construido ilegalmente que contiene la sentencia de instancia, el Ayuntamiento de Arnuero opone la existencia de terceros adquirentes y cita algunas sentencias de esta Sala, sin concretar la identidad de supuestos con los contemplados en este proceso, que pudiera justificar la procedencia de su aplicabilidad en él, y las demás partes recurrentes invocan el artículo 184.3 TRLS, y las sentencias de esta Sala de 3 de diciembre de 1993 y 15 de marzo de 1993, 2 de abril de 1991 y 30 de octubre de 1990, relativa al límite que representa para el control jurisdiccional de los actos administrativos la imposibilidad de que los Tribunales sustituyan a la Administración en el ejercicio de potestades discrecionales. Pero, justamente, la invocación de esta doctrina y de aquel precepto conduce en este caso a una solución contraria a la propugnada por los recurrentes, pues la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística. Todas las razones relativas a la existencia de terceros adquirentes o, incluso, a la virtualidad de una posterior normativa urbanística, deberán hacerse valer en los trámites de ejecución de sentencia, pero en nada afectan a la corrección jurídica de las conclusiones obtenidas por la dicha sentencia (...)».

(57) Auto del TS de 25-3-1987.

(58) A pesar de que el artículo 105.2 LJCA únicamente legitima a la Administración para solicitar la declaración de imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia, el Tribunal Supremo (SSTS de 24-01-07; 4-02-09, 18-2-09 ó 29-4-09) ha habilitado un cauce indirecto que permite accionar a los interesados que no han sido parte en el proceso declarativo. Según el Alto Tribunal, estos afectados pueden, en primer lugar, reclamar del órgano obligado al cumplimiento que suscite tal cuestión ante el juez o tribunal competente para ejecutarla. En caso de que dicho órgano no lo hiciera o se negase a ello, los interesados o afectados pueden dirigirse al juez solicitando pronunciamiento sobre la

supuestos en que los terceros no han sido llamados al proceso tienen la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad de las actuaciones, conforme al artículo 240 LOPJ (59). Se trata, más bien, de la inexistencia de una posibilidad efectiva para los propietarios de defender sus intereses en el marco de los procesos en que se decide sobre la privación de sus viviendas. La interpretación del TEDH del derecho de propiedad exige, efectivamente, un plus sobre la mera participación, esto es, que la posibilidad de defenderse frente a la medida que supone la privación del bien sea efectiva, es decir, que se discutan realmente los intereses en conflicto. Este requisito, sin embargo, no se cumple en nuestro caso. Los intereses de los propietarios quedan al margen de la discusión seguida en los procesos conducentes a la privación del bien, remitiéndose su tutela a vías alternativas que deben iniciarse con posterioridad a dichos procesos. De nada sirve al tercer adquirente el reconocimiento de legitimación en la fase declarativa o de ejecución o la posibilidad de instar el incidente de imposibilidad legal, puesto que el Tribunal Supremo considera que ese derecho no es obstáculo frente a la ejecución de la sentencia en sus propios términos, esto es, el derribo de la edificación cuya licencia ha sido declarada ilegal.

Pero no sólo se vulnera el derecho de propiedad de los terceros adquirentes por la inexistencia de posibilidades reales de discutir su causa en los procedimientos que conducen a la privación de sus viviendas, también se conculca este derecho, conforme a la jurisprudencia del TEDH, cuando se priva de un bien a un tercero de buena fe sin compensación, aunque existan

imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia. En cuanto a los terceros adquirentes de inmuebles a demoler, su legitimación para promover este incidente puede deducirse del artículo 104.2 LJCA, al tratarse de sujetos claramente afectados por la sentencia. Si bien este precepto legitima a los sujetos para solicitar la ejecución y no la inexecución, hay que tener en cuenta que la ejecución por sustitución es una forma de ejecutar las sentencias en los casos previstos en la Ley, como ha establecido el Tribunal Constitucional (SSTC 73/2000 y 22/2009).

(59) Este supuesto ha sido examinado en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional, como, por ejemplo, en la STC 79/2009, de 23-03-09. Considera el TC que la falta de emplazamiento en el proceso contencioso-administrativo: «(...) les ha producido un perjuicio real y efectivo en sus posibilidades de defensa, puesto que les ha impedido efectuar en la defensa de sus derechos e intereses las alegaciones que tuvieran por conveniente en el mantenimiento del acto administrativo impugnado, que no tenían por qué coincidir necesariamente con las realizadas por el Ayuntamiento (...)». Esta doctrina se aplica a los propietarios que en el momento en que se inicia el proceso estaban inscritos en el Registro de la Propiedad o que, por otra circunstancia, ya tenían la condición de «interesados» En este sentido, véanse también las SSTC 1/2000 y 102/2003. En los casos en que la adquisición es posterior a la iniciación del proceso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 124/2006, 241/2006 y 166/2008), exige tres requisitos para que se entienda vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por no haber sido llamado al proceso: *a)* Existencia del derecho o interés cuando se inicia el procedimiento; *b)* Posibilidad de identificación por el órgano jurisdiccional; y *c)* Que se haya causado indefensión real, que no se da cuando el interesado ha tenido conocimiento extrajudicial del asunto.

motivos de interés público que justifiquen dicha privación (ambientales, sanitarios, afección al dominio público, etc.). La STEDH de 11-10-2005, *caso N. A. y otros contra Turquía*, concluye que la demolición de un hotel situado en primera línea de playa (dominio público) constituye una violación del derecho de propiedad contemplado en el CEDH (60). En sentido similar, la sentencia ya citada de 24-11-09, *caso Yildirim contra Turquía*, entiende que se ha violado este mismo precepto, por falta de compensación al demandante por la demolición de su vivienda. El demandante, tercero de buena fe, recibió notificación administrativa de demolición de la vivienda que había adquirido años atrás, con base en el exceso temporal, por parte del anterior propietario, de las obras de construcción respecto de la autorización de edificación otorgada. El conflicto se sometió a un recurso judicial en el que finalmente se decidió la procedencia de la demolición, habida cuenta de los intereses ambientales concurrentes. El TEDH considera que, en este caso, no existió un justo equilibrio ente la protección de la propiedad y los requerimientos del interés general, ya que, a pesar de estar protegido el tercero por un Registro Público y establecer la legislación turca la responsabilidad del Estado por las perturbaciones en el derecho de propiedad que no consten en el Registro, se impidió al demandante el total disfrute de su propiedad y no recibió ninguna compensación por esta privación.

Es importante notar que la posibilidad de reclamar posteriormente en vía judicial una compensación por los daños derivados de la privación del bien no constituye, para el TEDH, un motivo que impida constatar la existencia de una vulneración del derecho de propiedad por la falta de compensación. La STEDH de 22-7-08, *caso Köktepe contra Turquía*, se expresa en términos contundentes: «(...) queda por determinar si la medida enjuiciada respeta el equilibrio justo deseado y, concretamente, si no hace que el demandante soporte una carga desproporcionada. Cabe considerar, a este respecto, las modalidades de indemnización previstas por la legislación interna. En relación a ello, el Tribunal acaba de constatar que no existía un recurso interno eficaz en la materia (apartado 74 supra). Las circunstancias de la causa, en particular el carácter definitivo de la delimitación, la ausencia de todo recurso interno eficaz susceptible de remediar la situación enjuiciada, el obstáculo a la plena posesión del derecho de propiedad y la ausencia de indemnización, llevan al Tribunal a considerar que el demandante ha soportado una carga

(60) Según el TEDH: «(...) En l'espèce les requérants n'ont reçu aucune indemnisation en raison du transfert de leur bien au Trésor public ni en raison de la destruction de l'hôtel alors qu'ils avaient intenté une action en ce sens devant les juridictions nationales. La Cour note que le Gouvernement n'a invoqué aucune circonstance exceptionnelle pour justifier l'absence totale d'indemnisation. La Cour estime, en conséquence, que l'absence de toute indemnisation des requérants rompt, en défaveur de ceux-ci, le juste équilibre à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général (...)».

excesiva y exorbitante que ha roto el equilibrio justo que ha de reinar entre, de un lado, las exigencias del interés general y, de otro, la protección del derecho al respeto de los bienes (ver, mutatis mutandis, sentencia Terazzi S.r.l. , previamente citada, ap. 91). El Tribunal señala que el Gobierno no ha invocado ninguna circunstancia excepcional para justificar la falta total de indemnización (...)».

La inexistencia de un recurso eficaz a que alude la sentencia no es otra que la reclamación de responsabilidad al Estado que establece la legislación turca frente a las restricciones al derecho de propiedad que no consten en el Registro. El Gobierno turco había planteado, como cuestión de inadmisibilidad del recurso ante el TEDH, la existencia de esta vía compensatoria y la falta de agotamiento de la misma. El Tribunal rechazó dicha causa por las siguientes razones:

«(...) En cuanto al hecho de exigir al demandante que presente una nueva demanda para obtener una indemnización sobre la base de la responsabilidad objetiva del Estado, después de desestimarse su petición inicial de anulación de la delimitación de su finca como terreno forestal público, al igual que en los ejemplos mencionados anteriormente, el Tribunal recuerda que la obligación derivada del artículo 35.1 se limita a la de hacer un uso normal de los recursos aparentemente eficaces, suficientes y accesibles [Sofri y otros contra Italia (Dec.), núm. 37235/1997, TEDH 2003-VIII]. Concretamente, el Convenio sólo prescribe el agotamiento de los recursos relativos a las violaciones incriminadas, que estén disponibles y sean adecuadas. Estos recursos han de existir en un grado suficiente de certeza no solamente desde el punto de vista teórico, sino práctico, sin lo cual carecerían de la efectividad y accesibilidad deseadas (sentencia Akdivar y otros contra Turquía, de 16 de septiembre de 1996, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-IV, pág. 1210, ap. 66).

En el presente caso, el Tribunal señala ante todo que, en las sentencias invocadas por el Gobierno, los tribunales internos estimaron que las inscripciones en los registros de la propiedad que habían causado un perjuicio a los titulares de buena fe de títulos de propiedad eran la consecuencia de un "error", aunque éste no resultase de una equivocación del funcionario del Estado; ahora bien, en el presente caso, no hay pruebas de que el título de propiedad del demandante o de los anteriores propietarios desde 1953, se otorgase como consecuencia de un error. Las partes no discuten que en 1953 el erario público vendiese el terreno en litigio como terreno agrícola a un particular, y que el demandante fuese el quinto propietario en comprarlo, lo que hizo fiándose del Registro de la Propiedad que no mencionaba su calificación de monte de dominio público. Los tribunales internos rechazaron la demanda del interesado en cuanto a la delimitación sobre la base de las pruebas recogidas durante el procedimiento, no debido a un acto viciado de error cometido por funcionarios de la Administración, quienes en 1953 calificaron el terreno de agrícola, sino habida cuenta de las disposiciones legislativas aplicables en la materia.

Además, a la luz de la jurisprudencia invocada por las partes, el Tribunal estima que el Gobierno no ha mostrado en qué medida podía ser eficaz, sufi-

ciente y accesible tal recurso, teniendo en cuenta las disposiciones internas sobre la calificación de dominio público forestal dada a un terreno perteneciente a un particular.

Por último, sin especular sobre el resultado de los procedimientos ante las jurisdicciones supremas en la materia de Turquía, el Tribunal considera que en el presente caso no sería oportuno pedir al demandante, que ha esperado ya de 1996 a 2004 una decisión sobre el carácter del terreno en cuestión, que entable un nuevo procedimiento para obtener una indemnización (ver, mutatis mutandis, sentencia Guillemín contra Francia, de 21 de febrero de 1997, Repertorio 1997-I, ap. 50)».

A la luz de esta jurisprudencia, cabe concluir que tampoco en nuestro caso existe un justo equilibrio entre la protección del interés general (legalidad urbanística) y la protección de la propiedad, en la medida en que la decisión de demoler las edificaciones se ha tomado sin analizar el derecho de los propietarios y sin acompañarse de medida compensatoria alguna, remitiéndose al inicio de procesos judiciales posteriores. Y ello aunque las mismas sentencias que anulan la licencia y decretan la demolición hayan constatado que la misma se debe a una actuación incorrecta de la Administración (61).

(61) La STS de 6-2-07 (rec. 2135/2004), a pesar de considerar la actuación de la Administración municipal incurra en desviación de poder, rechaza la solicitud de los terceros de buena fe de que se reconociera la responsabilidad de la Administración municipal y se les indemnizara por los perjuicios sufridos. Su Fundamento Jurídico quinto aporta las siguientes razones: «(...) el juez de la ejecución (...) no puede, así, desconocer ni contradecir el pronunciamiento que ejecuta, pero tampoco adicionar decisiones que excedan o sobrepasen lo decidido con fuerza de cosa juzgada en el previo proceso o fase de cognición o declarativa (idea también exteriorizada en aquellas sentencias y en otras muchas, como lo es, por ejemplo, la del Tribunal Constitucional núm. 99/1995). Pues bien, a partir de ahí, nada hay en la sentencia que se ejecuta (la de la Sala de Cantabria de 9 de diciembre de 1992, confirmada por la de este Tribunal Supremo de 28 de enero de 1999, tanto en ella misma como en las otras dos precedentes de las que dimos cuenta, y tanto si se atiende a la literalidad de sus fallos como a la motivación o fundamento de ellos, que supedita su ejecución a la apertura, tramitación y resolución de un procedimiento de revisión de oficio, sólo imaginable o posible cuando el acto administrativo que hubiera de revisarse aún pervive, e imposible, por tanto, cuando ya ha sido anulado judicialmente; *ni nada hay, tampoco, que supedita la demolición ordenada, rotundamente ordenada, a una previa o simultánea declaración de responsabilidad de los causantes del daño y del correlativo derecho de los perjudicados a ser indemnizados. Esa responsabilidad y ese correlativo derecho no fueron objeto de enjuiciamiento en aquellas sentencias, de suerte que nada sobre una y otro puede decidirse en la fase o proceso de su ejecución.* Ni ésta queda frenada por la transmisión de los pisos o locales a terceros, aunque estos lo fueran de buena fe, pues como dijimos en la sentencia de 12 de mayo de 2006, dictada en el recurso de casación número..., los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o

5. LA INSUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE TUTELA ALTERNATIVA OFRECIDAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO. EN PARTICULAR, LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

A) *Consideraciones previas*

La debilidad de la doctrina del Tribunal Supremo se pone todavía más de manifiesto cuando se remite, en cuanto a la tutela de los terceros adquirentes, a vías alternativas a las que han fiscalizado la legalidad de la licencia y decidido la demolición de la edificación por ella amparada. Aparte de la incompatibilidad con el derecho de propiedad que supone no analizar realmente los intereses de los propietarios en los procesos que conducen a la demolición de sus viviendas y de no reconocerse simultáneamente ningún derecho compensatorio, resulta que estas vías alternativas tampoco cumplen los mínimos requisitos para considerarse eficaces para tutelar estos intereses.

Las acciones rescisorias o resolutorias del ámbito jurisdiccional civil no resultan adecuadas en nuestro caso. De una parte, es muy probable que estas acciones hayan caducado cuando el tercer adquirente tiene conocimiento de la existencia de la sentencia que ordena la demolición, conforme a los artículos 1.299 y 1.301 CC. De otra parte, es posible que el transmitente llevara a cabo la transmisión del bien ignorando la existencia del proceso. Por último, estas acciones requieren la devolución recíproca de las cosas objeto del contrato (arts. 1.295 y 1.303 CC). En la medida en que el inmueble ha sido demolido, no puede ser objeto de devolución, por lo que la obligación se transformaría en una indemnización de daños y perjuicios. De cualquier forma, en el caso de las licencias anuladas, la ilegalidad no trae causa de la conducta del transmitente, por lo que nunca se reconocerán derechos compensatorios en favor de los terceros adquirentes. En definitiva, la reclamación de daños y perjuicios en vía civil tiene numerosos riesgos para el tercer adquirente, entre otros, que se determine que la responsabilidad es de la Administración, que es lo más probable en nuestro caso.

responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución.

No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los artículos 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976».

Lo mismo cabe decir del cauce de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, que realmente es la única vía viable en nuestro caso. Pero, antes de analizar la eficacia de este cauce, veamos algunas cuestiones importantes que se suscitan.

La primera cuestión que cabe plantearse es la de los sujetos a los que reclamar. Dentro de las Administraciones públicas ocupa una posición singular la Administración Local, que ha otorgado la licencia, a quien corresponderá proceder materialmente al derribo del inmueble e indemnizar a los terceros adquirentes por los daños y perjuicios causados. La situación económica de la Administración local no es nada halagüeña, pues de sobra es conocida su penuria económica, incluso, en pleno apogeo del urbanismo. En este sentido, hay que recordar la doctrina del TEDH que establece que un organismo de Estado no puede excusarse en la falta de recursos para no honrar una deuda basada en una decisión de justicia y que los retrasos considerables en la ejecución de las sentencias afectan al derecho protegido por el artículo 1 del Protocolo adicional número 1 (sentencia de 29-11-2005, *caso Vishnevskaya contra Ucrania*).

Cabe plantearse la posibilidad, que apunta la doctrina, de que deba responder también la Administración autonómica con base en que las competencias que ostenta en materia de urbanismo y ordenación del territorio (62). Esta postura es admisible, si bien deberá poder conectarse la actuación declarada ilegal con la intervención desarrollada por la Administración autonómica.

También cabe plantearse la eventual responsabilidad de la Administración estatal. Y ello con base en la existencia de un hecho objetivo, generador de responsabilidad, esto es, que el tercer adquirente ha adquirido su vivienda confiando legítimamente en un Registro público estatal, cuyos asientos, precisamente, están «bajo la salvaguardia de los Tribunales», conforme al artículo 1 LH. Frente a ello, no cabe objetar que el acceso de las licencias al Registro de la Propiedad no supone fiscalización sobre su legalidad, ya que, conforme al artículo 57 LRJPAC, gozan de presunción de validez y eficacia.

La responsabilidad del Estado en este ámbito ya se planteó hace tiempo. MORELL y TERRY, con base en la eficacia del Registro de la Propiedad, entendió que los perjuicios derivados para el tercer adquirente de buena fe debían correr a cargo del Estado (63). Consideramos que los daños y perjuicios que se causen al tercer adquirente de buena fe que inscribió su título adquisitivo confiando en el Registro de la Propiedad deben correr a cargo del Estado o, al menos, ser una de las Administraciones responsables. Su responsabilidad

(62) GEIS I CARRERAS, Gemma (2009): pág. 227 y sigs., afirma que las Comunidades Autónomas tienen un cometido específico en el procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos, gestión urbanística y concesión de licencias urbanísticas que no debe quedar difuminado ante la ejecución de una sentencia.

(63) MOREY Y TERRY, J. (1927), *Legislación Hipotecaria*, Tomo Segundo, editorial Reus, págs. 715 a 718.

deriva del hecho de que se permita que pueda estar discutiéndose judicialmente la legalidad de un acto o disposición de la Administración que puede suponer la demolición de un inmueble, sin que esté garantizado que este hecho sea conocido por los posibles adquirentes ya que, según la normativa aplicable, la anotación no es preceptiva. Hay que tener en cuenta que la Administración estatal está obligada a evitar esta situación desde la aprobación de la Ley del Suelo de 1975 y que esta obligación de coordinar y compatibilizar el urbanismo y el Registro de la Propiedad sigue contemplándose hoy en el TRLS de 2008. A pesar de los mandatos del legislador, el sistema actual, no obstante, permite que pueda existir una sentencia que implica la demolición de una edificación y seguir el bien en el tráfico jurídico varios años sin noticia para los potenciales adquirentes.

Tampoco está totalmente clara la naturaleza de la indemnización a solicitar. A primera vista, se estaría en un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 139 y sigs. LRJPAC). La tesis de la «subrogación» del Tribunal Supremo nos llevaría directamente al artículo 44.2 de la derogada Ley 6/1998 o 35.d) TRLS de 2008, regulación pensada para reclamaciones entre el sujeto al que le ha sido anulada la licencia, se la ha otorgado tardíamente o denegado de forma improcedente, y la Administración. Este sistema supone introducir al tercer adquirente en el entramado de unas relaciones totalmente ajenas al objeto examinado. Prueba de ello es que ambos preceptos nos dicen al final que: «(...) en ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado (...)».

De cualquier forma, el título de imputación de responsabilidad en el caso de la anulación de licencias será, respecto de la Administración municipal, haber dictado un acto ilegal; el deficiente control de legalidad de los instrumentos de planeamiento, por parte de la Administración autonómica; y, respecto de la Administración estatal, haber permitido que el inmueble funcionara en el tráfico jurídico, sin haberse informado de la existencia de un proceso pendiente sobre su legalidad que puede acabar con su demolición.

B) *La ineficacia del cauce de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*

La falta de consideración material de los intereses de los terceros adquirentes en los procesos judiciales que conducen a la demolición de sus viviendas implica, una vez finalizados éstos, el comienzo de un verdadero calvario para estos sujetos. Tras haber perdido su vivienda, deben iniciar un procedimiento administrativo en el que reclamen a la Administración su responsabilidad. Lo más probable es que a este procedimiento le siga un proceso judicial, cuya resolución definitiva puede demorarse hasta diez años. La sentencia del TS de

23-10-2009 constituye un buen ejemplo de la dilatada duración temporal de estos procesos (64). Esta sentencia trae causa de la anulación judicial de una licencia de construcción y consiguiente orden de demolición del año 1995, confirmada por el TS en 2000 (65). Pues bien, los propietarios de los inmuebles afectados iniciaron la acción de reclamación ante las administraciones municipal y autonómica en 2001; año en el que se inicia el proceso judicial, que terminó en 2005. El recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo se resolvió en 2009. En la STS de 13-10-2009, esto es, catorce años después de la anulación de la licencia y nueve desde que se reclama la responsabilidad de la Administración, se observa que todavía están pendientes de resolver los incidentes sobre imposibilidad material y si la vía indemnizatoria debe tomar como base la expropiación o la responsabilidad patrimonial.

También frente a este cauce de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, como solución al tratamiento de los terceros de buena fe, cabe invocar la jurisprudencia del TEDH. De una parte, ya se ha visto que el Tribunal de Estrasburgo ha considerado que la posibilidad de reclamar posteriormente en vía judicial la compensación por los daños derivados de la privación de un bien, vía responsabilidad patrimonial, no constituye un motivo que impida constatar la vulneración del derecho de propiedad por falta de compensación y que es necesario que la misma se reconozca con carácter simultáneo al proceso en que se fiscaliza la privación del bien (STEDH de 22-7-08, *caso Köktepe contra Turquía*). Esta decisión se enmarca en la doctrina reiterada del Alto Tribunal que establece que el derecho a la compensación que acarrea cualquier privación de un bien debe satisfacerse en un plazo razonable y que, en caso contrario, se vulnera el derecho de propiedad (66).

(64) STS de 23-10-09.

(65) STSJ de Cantabria, de 4-05-1995, confirmada por STS de 7-02-2000.

(66) En la STEDH de 21-2-97, *caso Guillemin contra Francia*, se condena a Francia por violación del derecho de propiedad, por el retraso que sufrió la propietaria de unos bienes expropiados ilegalmente por la Administración en ser indemnizada. Establece el Alto Tribunal: «(...) El Tribunal constata que las autoridades francesas procedieron, en 1982, a la expropiación ilegal de la propiedad de la demandante para acondicionar una gran urbanización. Al edificar nuevas construcciones, vendidas más tarde en parcelas, el municipio expropiador y el organismo público encargado de la operación privaron definitivamente a la interesada de toda posibilidad de devolverle la posesión de su terreno. No le quedaba más que la vía de indemnización. *La indemnización del perjuicio sufrido por la interesada sólo constituiría una reparación adecuada si tiene en cuenta la duración de la privación. Por otro lado, debe tener lugar en un plazo razonable.*»

La señora Guillemin presentó una primera solicitud al municipio en este sentido el 20 de junio de 1990, pero se enfrentó a una decisión de rechazo (apartado 13 *supra*). Por otro lado, no recibió ninguna propuesta de arreglo amistoso. En cuanto al contencioso judicial para la indemnización, existente desde hace cinco años (apartados 15 a 22 *supra*), ha sobrepasado el plazo razonable (apartados 43 a 45 *supra*) y todavía prosigue (apartado 22 *supra*). Hasta la fecha, no ha recibido ninguna indemnización, pudiendo haber sido acordada incluso después de anular la orden de expropiación (apartado 24 *supra*).

Es más, los retrasos injustificados frente a la defensa de los derechos patrimoniales suponen, desde la perspectiva del TEDH, no sólo la vulneración del derecho de propiedad sino también del derecho a la tutela judicial efectiva.

El TEDH considera que los Estados contratantes tienen la obligación de organizar su sistema legal de forma que sus tribunales puedan garantizar el derecho de cualquiera a obtener una sentencia en un plazo razonable. El criterio que utiliza el TEDH a la hora de valorar la vulneración de este derecho fundamental es el del carácter razonable de la duración del proceso. Para ello, se tiene en cuenta, aparte de la duración temporal, los siguientes aspectos: las circunstancias del caso, la complejidad del litigio, el comportamiento del litigante y de los órganos judiciales, así como, lo que resulta especialmente relevante en nuestro caso, lo que se halla en litigio para el demandante (67). Baste citar, como ejemplos ilustrativos de esta jurisprudencia, las sentencias de 27-10-00, *caso Frydlender contra Francia*, y 25-2-97, *caso Hornsby contra Grecia*. El primer pronunciamiento supuso la condena a Francia, por considerar el TEDH que el demandante, un empleado despedido, tenía un importante interés personal en obtener rápidamente una decisión judicial sobre la legalidad del despido, por estar en juego su medio de vida. El segundo, en materia de responsabilidad de la Administración pública, también supuso la condena estatal por violación del derecho a un proceso justo, por considerarse la duración del proceso irrazonable (68).

En vista de esta jurisprudencia, y habida cuenta de la dinámica de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública en nuestro Ordenamiento jurídico, primero en vía administrativa y después en vía judicial, su duración temporal y la entidad de los intereses en juego (pérdida de la vivienda), puede concluirse sin dificultad que la remisión de los propietarios de estas edificaciones a esta vía de tutela posterior no satis-

El Tribunal considera que la cantidad total que puede ser concedida al final del procedimiento en curso no compensa la ausencia de indemnización constatada, y no podría ser determinante vista la duración del conjunto de las instancias ya entabladas por la demandante (ver, *mutatis mutandis*, sentencia Zubani contra Italia de 7 de agosto de 1996). Teniendo en cuenta el conjunto de los hechos, el Tribunal constata que hubo violación del artículo 1 del Protocolo número 1».

(67) Entre otras muchas, STEDH de 25-3-99, *Caso Pelissier y Sassi contra Francia*.

(68) Merece destacarse el voto particular concurrente formulado por el, entonces, juez del TEDH, José María Morenilla, que aludía a la línea evolutiva según la cual, para el administrado que acude a la jurisdicción ordinaria (contencioso-administrativa) para contestar la legalidad del acto administrativo que ha lesionado sus derechos, resulta inaceptable que, una vez estimada su petición de anulación, la jurisdicción ordinaria «no le procure la reparación del daño causado, dado que el juez remite el asunto a la administración para volver a iniciar el procedimiento» (apartado 13 del voto particular), destacando también la jurisprudencia del TEDH sobre la problemática de los recursos «en cadena» (apartado 14).

face las exigencias derivadas de los derechos de propiedad y a la tutela judicial efectiva que reconoce la CE.

6. EL LEGISLADOR Y LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, EN CASOS ANÁLOGOS, PRIMAN LA SEGURIDAD JURÍDICA SOBRE LA LEGALIDAD: LA REVISIÓN DE OFICIO Y LA RESTAURACIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

La doctrina del Tribunal Supremo resulta, en último término, contradictoria con la configuración legal y jurisprudencial del restablecimiento de la legalidad urbanística en nuestro Ordenamiento jurídico. No puede afirmarse que el principio de legalidad constituya, con carácter general, un valor absoluto que prevalezca necesariamente frente a la seguridad jurídica en el ámbito del Derecho Administrativo, ni con carácter general ni específicamente en el ámbito urbanístico.

El espíritu del legislador se mueve claramente en esta línea. En primer lugar, hay que referirse, con carácter general, a la configuración de la revisión de oficio, esto es, a la potestad que el Ordenamiento jurídico-administrativo reconoce a la Administración para revisar sus propios actos. La LRJPAC impide su revisión, a pesar de que contravengan gravemente el Ordenamiento jurídico (69), por razones temporales, de buena fe o equidad.

El artículo 106 LRJPAC, titulado «límites de la revisión», establece:

«las facultades no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o las leyes.»

Aparte de estos límites, que son aplicables con carácter general a cualquier acto administrativo, el legislador urbanístico ha establecido limitaciones específicas frente a la revisión de oficio de las licencias urbanísticas. Aunque, en la actualidad, la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho no está temporalmente limitada, tradicionalmente, se fijó un plazo de cuatro años para la revisión de las licencias urbanísticas cuyo contenido constituyera manifiestamente alguna de las infracciones urbanísticas graves (art. 187 TRLS de 1976). Además, la jurisprudencia es especialmente rigurosa a la hora de exigir a la Administración el cumplimiento de estas limitaciones legales que establece el artículo 106 LRJPAC frente a la revisión de las licencias urbanísticas (70).

(69) El mismo plazo temporal de cuatro años que fija la LRJPAC para la declaración de lesividad, y posterior discusión judicial, de los actos administrativos en los supuestos en que no concurre un vicio de nulidad de pleno derecho, resulta también ilustrativo del espíritu del legislador.

(70) La STSJ de la Comunidad Valenciana, de 14-5-10, constituye un buen ejemplo de la consideración, por los órganos judiciales, de la seguridad jurídica, la equidad y la

Y, en fin, un caso en que el legislador, y también la jurisprudencia contencioso-administrativa, han primado claramente la seguridad jurídica frente a la legalidad urbanística se encuentra en el ámbito de la disciplina urbanística. Desde siempre, la normativa urbanística ha limitado las posibilidades de restablecer la legalidad urbanística, excepto en los casos de mayor gravedad. El artículo 185.1 TRLS de 1976 estableció un límite, inicialmente de un año y posteriormente de cuatro (71), desde la terminación de la obra ilegal, para el restablecimiento de la legalidad cuando se trataba de obras sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a sus condiciones, al igual que, en la actualidad, hace la normativa autonómica en la materia (72). Una vez transcurrido dicho plazo, conforme reiterada jurisprudencia, no podrá demolerse la edificación ilegal sin licencia, ni en vía judicial ni administrativa. Resulta significativo que el legislador, incluso, consagrara, mediante la disposición transitoria quinta número 1 TRLS de 1992, la patrimonialización de estas construcciones sin título habilitante, una vez transcurrido el plazo de cuatro años para el restablecimiento de la legalidad (73).

El papel de la jurisprudencia en esta línea tendente a primar la seguridad jurídica frente a la legalidad urbanística en cuanto a las construcciones sin licencia ha sido relevante, a pesar de que con el régimen actual de publicidad registral, sea difícil en estos casos invocar buena fe. Como ha puesto de manifiesto BAÑO LEÓN, ha sido el propio Tribunal Supremo el que ha interpretado, frente al silencio de la norma, que el plazo establecido para el restablecimiento de la legalidad conculcada era de caducidad y no de prescripción (74).

buena fe de los particulares frente a la revisión de oficio de los actos administrativos en materia urbanística. En ella se establece, en relación con la solicitud de un particular de que se iniciara este procedimiento respecto de la aprobación de una reparcelación, que: «(...) plantear ahora los mismos motivos de impugnación que pudo plantear entonces, supone, hasta cierto punto, atentar contra la seguridad jurídica y la buena fe; sobre todo si se tiene en cuenta que, en el procedimiento reparcelatorio, están interesados terceros sujetos protegidos por la publicidad registral, y amparados así en sus derechos. De manera que, a tenor del precepto arriba mencionado, puede decirse que, por las circunstancias del caso y el tiempo transcurrido, el ejercicio de la acción de nulidad podría calificarse como contrario a la equidad».

(71) Decreto-Ley 16/1981.

(72) Sirva, como ejemplo, el artículo 224 de la Ley 16/2005, Urbanística Valenciana.

(73) Resulta sorprendente que este mismo texto legal (TRLS del 92) estableciera la regla contraria respecto de las edificaciones ejecutadas al amparo de una licencia posteriormente declarada ilegal, es decir, dichas edificaciones no quedaban incorporadas al patrimonio del propietario del terreno (art. 40).

(74) BAÑO LEÓN, José María (2009): pág. 516 y sigs. Este autor considera necesario reconstruir la doctrina de la caducidad de la potestad de restablecimiento del orden perturbado con base en varios argumentos. Afirma que: «no estamos en este supuesto ante el ejercicio de una acción, sino ante el ejercicio de una potestad pública», y considera absurdo y contrario a la naturaleza de esta medida de policía, el régimen actual que supone que las edificaciones ilegales sin licencia no pueden deruirse pasado el plazo establecido legalmente y, sin embargo, las edificaciones construidas al amparo de licencias ilegales

Por otra parte, y en cuanto a las licencias otorgadas al amparo de instrumentos de planeamiento o gestión judicialmente anulados, el TS ha exceptuado la regla general del arrastre de los actos que los desarrollan (75). En las STS de 4-1-08 y 17-6-09, el Alto Tribunal ha suavizado, por razones de seguridad jurídica, el principio de eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de las disposiciones de carácter general respecto de los actos administrativos que hubiesen adquirido firmeza con anterioridad a que la sentencia anulatoria de aquellas disposiciones alcanzase efectos generales. El TS sacrifica, por tanto, el principio de legalidad en aras de la seguridad jurídica de las personas que habían construido con base en una licencia que debería declararse nula (76).

En cualquier caso, resulta contradictorio que, respecto de las edificaciones ilegales sin licencia, el legislador y la jurisprudencia hayan establecido, para salvaguardar valores como la seguridad jurídica, mecanismos que, de una parte, exigen a la Administración valorar previamente la posibilidad de legalización e incluso ponderar la proporcionalidad de la demolición (77); y, de otra, le impiden actuar por el transcurso del tiempo, lo que puede suponer que, finalmente, se sacrifique la legalidad urbanística y que, en el caso que nos ocupa, en que las edificaciones disponen de licencia urbanística (posteriormente anulada), estos mismos valores no sean merecedores de consideración ni de tutela alguna por parte de los órganos judiciales. La doctrina actual del Tribunal Supremo, que establece la regla automática de la demolición de las edificaciones cuyo título habilitante ha sido anulado judicialmente, hace, en definitiva, de mejor condición a la persona que conscientemente construye

sean revisables de oficio en cualquier momento. Sostiene que, salvo que la ley disponga expresamente que se trata de un plazo de caducidad, el restablecimiento de la legalidad perturbada debe considerarse como un plazo de prescripción.

(75) Respecto de los instrumentos de ordenación, la STS de 8-2-06 establece que la anulación de un Plan General acarrea también la anulación de plan parcial, que lo modificaba puntualmente. De la misma forma, la STS de 17-4-2004, considera que la nulidad de un plan parcial supone la nulidad del acuerdo municipal de aprobación definitiva de los estatutos y bases de actuación de la junta de compensación del plan parcial de ordenación, al haber devenido firme la sentencia por la que se declaró la nulidad de dicho plan.

(76) A la misma solución llega la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia de 19-6-09. Tras una reparcelación, un Ayuntamiento se adjudica dos parcelas que vende en pública subasta. Se impugnó la venta por haber sido posteriormente anulada la reparcelación por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El TS desestimó la pretensión de nulidad de la venta, ya que las subastas de las fincas no fueron impugnadas. Considera el Tribunal que el hecho de anularse la reparcelación no supone un motivo de nulidad absoluta del artículo 6.1 del Código Civil, ya que la venta en pública subasta reunía los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil y no era contraria a ninguna norma imperativa o prohibitiva.

(77) Merece mencionarse, en el ámbito del restablecimiento de la legalidad urbanística frente a actuaciones sin licencias, que el artículo 231.3 TRLSRM, establezca que no procede dicho restablecimiento cuando conlleva consecuencias más perjudiciales para el orden conculcado que su mantenimiento.

sin licencia o se excede de la misma, que al que edifica con el correspondiente título habilitante así como al tercer adquirente de buena fe (78).

Lo que queda claro con lo expuesto hasta ahora es que ni para el legislador ni para la jurisprudencia contencioso-administrativa la legalidad urbanística constituye un valor absoluto, ni siquiera frente a las construcciones que, de forma consciente, se realizan en la ilegalidad más absoluta, que deba primar necesaria y automáticamente sobre la seguridad jurídica y la buena fe. Entonces, con mayor motivo, habrá que admitir que la declaración judicial de ilegalidad de una licencia no debe suponer necesariamente la demolición de la construcción que se amparaba en ella, sobre todo cuando existen terceros adquirentes de buena fe. La interpretación sistemática del ordenamiento jurídico que debe guiar la resolución judicial de los conflictos exige que, en estos casos, se consideren también por el juez, cuando decide sobre el modo de ejecutar las sentencias en materia urbanística, estos valores que el legislador ha ordenado tener en cuenta a la Administración (seguridad jurídica, buena fe) antes de anular una licencia urbanística y, sobre todo, declarar la demolición. No tiene mucho sentido que el juez y la Administración sigan criterios divergentes a la hora de decidir sobre una misma situación (anulación de licencia vía judicial o vía revisión de oficio), por mucho que, en los casos que nos ocupan, entre en juego el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), puesto que, como ya se ha dicho, la ejecución sustitutoria es plenamente respetuosa con el mismo.

7. LA PRESENCIA DE TERCEROS DE BUENA FE ES CAUSA DE IMPOSIBILIDAD LEGAL EN LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES CIVIL Y PENAL

La ejecución de las sentencias en sus propios términos (art. 24 CE) es, evidentemente, aplicable en todos los órdenes jurisdiccionales. El análisis del tratamiento de los terceros de buena fe en las jurisdicciones civil y penal permite comprobar que, a diferencia de lo que ocurre en el orden contencioso-administrativo en materia de urbanismo, se considera causa de imposibilidad legal, es decir, de no ejecutar las sentencias en sus propios términos.

En el Derecho Civil existen diversos preceptos que pueden impedir que una sentencia sea ejecutada en sus propios términos. El artículo 1.295 CC cuando regula la rescisión de los contratos establece como obligación «la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato». Sin embargo, esta obligación de devolución se convierte en un derecho de indemnización por daños y perjuicios «cuando las cosas objeto del contrato se hallaren en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe». La doctrina civilista entiende que si la

(78) En este sentido, BAÑO LEÓN, José María (2009): 519.

cosa ha pasado a manos de un tercer adquirente de buena fe se sustituye por una indemnización (79), distinguiéndose los efectos indemnizatorios según exista en el transmitente buena fe (art. 1.295.3 CC) o mala fe (art. 1.298 CC). En todo caso, se configura como una causa de imposibilidad legal de ejecución de sentencia in natura. Por su parte, la doctrina procesalista es prácticamente unánime, al admitir la presencia de tercer adquirente de buena fe de inmuebles como causa de inejecutabilidad de la sentencia en sus propios términos, poniendo en relación los artículos 703 LEC y 18.2 LOPJ (80).

La jurisprudencia civil del Tribunal Supremo también es contundente (81), distinguiendo entre terceros adquirentes que reúnen los requisitos del artículo 34 LH, en cuyo caso se decreta la imposibilidad legal de ejecución in

(79) Autores como ESPÍN CÁNOVAS, Diego (1978), *Manual de Derecho Civil Español*, editorial Revista de Derecho Privado, págs. 326 a 333, entienden que hay que distinguir cuando exista una enajenación si el adquirente (tercero inmediato) participó en el acto fraudulento, en cuyo caso la revocación se llevará a efecto. En caso de no ser posible, habrá lugar a indemnización del artículo 1.298 CC. De no haber participado, la doctrina se divide sobre si existirá la revocación en sus propios términos o se transformaría en derecho a indemnización. Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS, José (1974), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, vol. III, editorial Reus, págs. 585 a 591, exige, para que la cosa que haya pasado a terceros devenga irreivindicable, el título oneroso y la buena fe.

(80) SALINAS MOLINA, Fernando (2001), *El proceso civil*, vol. VII (Vol. Col.), Tirant lo Blanch, pág. 5865; MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José (2004), *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch, pág. 2025; y ORTELLS RAMOS, Manuel (2002), *Proceso Civil Práctico*, VII, La Ley.

(81) STS de 19-10-2001; STS de 20-10-2006, en juicio ejecutivo, que se declara nulo y supone la reintegración de unos locales al actor que han pasado a manos de tercero de buena fe. La sentencia confirma la decisión de proceder a la ejecución por sustitución, lo que supone el pago de precio con la revalorización. Por su parte, en la STS de 12-6-08, se analiza el ejercicio por parte de un sujeto sobre otro de opción de compra de 55 apartamentos. Aunque el Juzgado le da la razón y obliga a otorgar escritura pública, como parte de los mismos se habían inscrito a favor de terceros de buena fe, se establece la ejecución por sustitución. En la STS de 12-12-2008, una empresa vende a otra en el año 1991, mediante escritura pública, un inmueble que no inscribe en el Registro de la Propiedad. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria procede al embargo de la empresa vendedora por deudas tributarias en 1994 e inscribe el embargo en 1995. En 1996 la Agencia Tributaria subasta y adjudica a un tercero, que inscribe su derecho en 1997. El 8-8-96 la compradora inicial vende, a su vez, a otro sujeto, mediante escritura pública y presenta a inscripción la escritura de 1991, inscribiendo igualmente la de 1996. Estas inscripciones fueron canceladas el 26-3-97, en virtud de providencia de 10-2-97 del Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación de Las Palmas de Gran Canaria. A pesar de declarar la sentencia la validez de las escrituras de compraventa de aquéllos mantiene a aquél en su adquisición, al cumplir los requisitos del artículo 34 LH. La STS de 6-3-09 considera que las viviendas adquiridas por uno de los codemandados del otro transmitente o adjudicatario en subasta pública, una vez declarada la nulidad de ésta y su adjudicación, pertenecen a dicho codemandado recurrente, y no a la herencia yacente de la que salieron, *dado que aquél las adquirió como tercero de quien era titular registral, a título oneroso y de buena fe*. En la STS de 5-6-09, relativa a una venta en documento privado con condición suspensiva, se declara válida la compraventa pero no se anula la venta en documento público e inscrita, a pesar de la validez de la primera venta, ya que no puede afectar al tercer adquirente de buena fe según el artículo 34 LH.

natura y se pasa a la ejecución por sustitución. Cuando los terceros no son adquirentes de buena fe se ordena la ejecución de sentencia *in natura* (82).

La perspectiva es similar en el orden penal. Desde principios de siglo, la doctrina ha entendido que si «la cosa» ha pasado a poder de tercero, en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerla irreivindicable, la restitución *in natura* no es posible. VIADA VILASECA, comentando el artículo 122 CP de 1870, de dicción prácticamente igual al actual artículo 111 CP, establecía como límites a la restitución los bienes adquiridos en Bolsa, conforme a la Ley de 8-2-1854, los inmuebles adquiridos conforme a las prescripciones del artículo 34 LH (83). La doctrina moderna entiende que, conforme al artículo 111.2 CP, cuando se den los requisitos del artículo 34 LH el bien deviene irreivindicable (84).

Por su parte, la jurisprudencia del TS se ha planteado en diversas ocasiones la posibilidad de decretar, en el marco del proceso penal, la nulidad de escrituras públicas y rectificación del Registro de la Propiedad en delitos como estafa, falsedad o alzamiento de bienes. La respuesta ha sido afirmativa con base en que la ley no distingue entre bienes muebles e inmuebles a la hora de decretar la restitución, siempre que se haya solicitado en el proceso por alguna de las

(82) La Sala Primera del Tribunal Supremo no admite la ejecución de sentencia por sustitución cuando falta buena fe, por ejemplo, en las SSTs de 14-5-08 ó 22-6-09.

(83) VIADA VILASECA, Salvador (1926), *Código Penal Reformado de 1870. Concordado y comentado*. Tomo III, Bosch, págs. 6 a 12.

(84) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (2002), *Responsabilidad Civil ex delicto*, Aranzadi, págs. 52 y 53, consideran que deben apurarse las posibilidades de restitución, pero que la existencia del tercer adquirente con los requisitos del artículo 34 LH es el límite a la restitución. MONTES PENADÉS, Vicente Luis (1996), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I (arts. 1 a 233), Vol. Col. coord. por VIVES ANTÓN, Tirant lo Blanch, págs. 587 a 594, pone de relieve el cambio terminológico de «bien» a «cosa», que llevaría a entender que no sólo existe el deber de restitución de las cosas materiales. Precisa este autor que esos «bienes» deben tener materialidad o corporalidad, ya que de lo contrario no puede hablarse de restitución sino de reparación. En relación con la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo precisa que la acción de nulidad debe materializarse dentro del proceso penal, siguiendo los principios y normas del Derecho Civil. Y, cuando analiza la irreivindicabilidad, pone como ejemplo al tercer adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 LH, ya que entiende que se trata de un supuesto de adquisiciones *a non domino* propia de los delitos de alzamiento de bienes, estafa o falsificación. Por su parte, ROIG TORRES, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*, Tirant lo Blanch, monografía, núm. 174, págs. 184 y sigs., respecto del artículo 111.2 CP entiende que el tercer adquirente de un inmueble que reúna los requisitos del artículo 34 LH, está protegido por el Registro de la Propiedad y el bien deviene irreivindicable. Por ello, crítica la sentencia del Tribunal Constitucional 278/1994, de 17 de octubre, en que un Ayuntamiento es obligado a restituir una finca que había adquirido de buena fe de un vendedor condenado por delito de falsedad y estafa. El TC entiende vulnerado el artículo 24 CE porque el Juzgado de instancia no lo había citado como perjudicado, cuando en realidad debió decretar la nulidad de la restitución para que el Ayuntamiento pudiese plantear, antes que la indemnización, la irreivindicabilidad del bien.

partes como forma o remedio a una auténtica *traditio ficta*, siendo la más típica el otorgamiento de escritura pública que sirve de instrumento al delito con reflejo registral de la transmisión fraudulenta (STS 4-4-92). El TS distingue entre la buena y mala fe del adquirente. En casos de mala fe, o haber participado en el *consilium fraudes*, se anula y ordena la rectificación del Registro de la Propiedad (STS 4-4-1992). Cuando concurre buena fe, el Alto Tribunal estima que el bien es irreivindicable (SSTS de 20-11-72 y 12-05-97).

Para determinar la irreivindicabilidad, y tratándose de bienes inmuebles, hay que atender a lo que dispone el artículo 34 LH, que mantiene en su adquisición al tercero de buena fe que adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, una vez que haya inscrito su derecho. La STS de 12-05-97 añade algo importante, en la línea que se viene defendiendo. Considera que la declaración de nulidad de las operaciones de transmisión efectuadas sobre el inmueble afectan directamente a los derechos e intereses legítimos de personas a las que no consta se les haya dado la posibilidad de defenderlos en la causa penal, y ello impide cualquier pronunciamiento en el sentido pretendido por la recurrente, ya que, en definitiva, se estaría vulnerando el artículo 24 CE.

En conclusión, tanto en el ámbito civil como penal es habitual la declaración de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en sus propios términos cuando existen terceros adquirentes que reúnen los requisitos del artículo 34 LH. Desde esta perspectiva comparativa, no se atisba razón convincente para que no se aplique el mismo criterio en la jurisdicción contencioso-administrativa, habida cuenta de que el derecho constitucional invocado (art. 24 CE), rige en todas las jurisdicciones.

IV. PROPUESTA DE SOLUCIÓN ACORDE CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DE PROPIEDAD

Hemos considerado, respecto de la doctrina del TS relativa a la ejecución de sentencias en materia urbanística, que la interpretación actual de la tutela registral vulnera, en el caso de las edificaciones cuya licencia ha sido anulada judicialmente, la seguridad jurídica y que puede invocarse el principio de protección de la confianza legítima (arts. 9.3 CE y 3.1 LRJPAC), respecto del otorgamiento de la licencia por la Administración, su constancia registral y la falta de publicidad sobre los procedimientos que cuestionan su legalidad. Hemos concluido, igualmente, que el principio de subrogación urbanística resulta improcedente para justificar que, en estos casos, se niegue de plano la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, en la medida en que la demolición de la edificación no constituye un deber urbanístico.

También se ha visto que esta jurisprudencia vulnera el derecho de propiedad de los terceros adquirentes, interpretado conforme a la jurisprudencia del TEDH, y que el principio de legalidad urbanística no constituye, en nuestro ordenamiento jurídico, un obstáculo insalvable frente a la seguridad jurídica, sino todo lo contrario, ya que la CE recoge ambos principios en pie de igualdad (art. 9.3). Además, el legislador ha limitado por este motivo, y por la existencia de buena fe, la posibilidad de revocar actos administrativos. Igualmente, la potestad administrativa de ordenar la demolición de las construcciones sin licencia se condiciona por la posibilidad de su legalización y, con carácter general, está limitada al transcurso de un plazo de tiempo limitado. Por último, se ha puesto de manifiesto que en otros órdenes jurisdiccionales la presencia de terceros de buena fe constituye un motivo que justifica la declaración de imposibilidad legal de ejecutar las sentencias. Es el momento de proponer soluciones.

El derecho de propiedad, que reconoce el artículo 33 CE, interpretado conforme a la jurisprudencia del TEDH, exige que los terceros adquirentes de buena fe puedan defender su causa en los procesos judiciales que llevan a la demolición de las construcciones declaradas ilegales por el juez, es decir, a la privación de su vivienda. Estos sujetos, cuando no constara en el Registro de la Propiedad anotación sobre la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la licencia ni incoación de procedimiento de disciplina urbanística, podrán invocar en su favor el principio de confianza legítima por el otorgamiento de dicha licencia administrativa y por su inscripción registral. De esta manera, el principio de seguridad jurídica o, lo que es lo mismo, los principios de fe pública registral e inoponibilidad (art. 34 LH) jugarían en el proceso contencioso-administrativo como causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia que declara ilegal la edificación y, en su caso, prevé la demolición de la edificación (art. 105.2 LJCA). Esta solución no plantea problemas desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva de los sujetos que han obtenido una sentencia judicial a su favor que declara la ilegalidad de la licencia, en la medida en que la ejecución por sustitución se admite, aunque sea con carácter excepcional, por la jurisprudencia de nuestro TC y del TEDH.

Ahora bien, como ya se ha dicho, no cabe establecer reglas automáticas en la ejecución de sentencias. Esta regla general podrá exceptuarse en determinados casos. Así, por ejemplo, en los supuestos en que la ilegalidad urbanística sea especialmente grave cuando, como ocurre en otros órdenes jurisdiccionales, además de la legalidad urbanística, existan otros valores o bienes jurídicos protegidos que se ven afectados por la edificación (derechos fundamentales de otros ciudadanos, protección ambiental, del dominio público, patrimonio histórico-artístico, etc.). En estos casos, y en otros similares, podrá proceder la demolición.

Entre estos intereses atendibles que pueden primar sobre los de los terceros adquirentes, merece reseñarse el caso de los derechos fundamentales,

cuando, por ejemplo, la construcción atente contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por las perturbaciones que se produzcan (85). Este interés, realmente, puede englobarse en el más amplio de la protección ambiental, y puede conectarse también, interpretado en sentido amplio, con la tutela del dominio público, del patrimonio histórico-artístico o de espacios naturales protegidos.

Esta solución, no obstante, sólo resultará acorde con el derecho de propiedad si se indemniza simultáneamente por la privación del bien. Para materializar esta exigencia, caben dos alternativas. De una parte, interpretar el artículo 105.2 LJCA en el sentido de que se permitiera abrir un incidente simultáneo a la declaración de la demolición de la construcción para determinar la correspondiente indemnización. De otra parte, regularse expresamente este incidente, modificando la LJCA.

El Tribunal Supremo ha acogido en parte la tesis que se acaba de exponer, en las sentencias citadas de 13 y 23 de octubre de 2009. El Alto Tribunal ha deslindado completamente la responsabilidad frente a terceros derivada de la anulación de la licencia, que imputa solidariamente al Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma, de la disputa entre las dos Administraciones, que se resuelve en un proceso diferente. Aunque el Alto Tribunal considera que debe seguirse la vía ordinaria de la responsabilidad patrimonial, realmente la vía autónoma resulta innecesaria puesto que únicamente resta por cuantificarse la indemnización.

(85) Debe mencionarse, ante todo, la doctrina del TEDH que entiende vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio a causa de las perturbaciones ambientales (ruidos, olores, etc.) derivadas del ejercicio de las actividades económicas (SSTEDH, caso López-Ostra contra España, y Moreno-Gómez contra España). Véase, LOZANO CUTANDA, Blanca (2002), «La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 1, págs. 175-205. En cuanto a la jurisprudencia del TEDH que considera vulnerado el derecho de propiedad, se inicia con la STEDH de 24-5-07, *caso Paudicio contra Italia*. Esta jurisprudencia no contradice nuestra tesis, ya que, en estos casos, el Tribunal no encuentra ninguna causa en el Derecho interno que justifique la falta de demolición de las construcciones por la Administración. En nuestro caso, la tutela de los terceros ha considerado vulnerado el derecho de propiedad, por la falta de ejecución de la demolición de obras declaradas ilegales. Sobre esta jurisprudencia, véanse MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO (2006), «Orden de derribo de lo edificado sin licencia y protección del medio ambiente (STEDH “Saliba contra Malta”, de 8 de noviembre de 2005)», en *REDA*, núm. 130, págs. 349-360; VILLALÓN PRIETO, Juan Carlos (2009), «Protección de la propiedad, urbanismo y ordenación del territorio en la última jurisprudencia del TEDH», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, pág. 338 y sigs. Hay que notar que la condena se produce porque el Tribunal no encuentra causa en el Derecho interno que justifique la negativa a demoler por parte de la Administración Municipal. En nuestro caso, la tutela de los terceros adquirentes de buena fe, declarada en fase judicial, constituiría una causa que impediría una condena por este motivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAÑO LEÓN, José María (1999), «Comentario al artículo 103.4 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100.
- (2009), *Derecho Urbanístico Común*, Iustel.
- BERNARDO DE QUIRÓS, Manuel Peña (1982), *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Marcial Pons.
- CARRASCO PEREIRA, Ángel y SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (1999), «Aspectos civiles del derecho urbanístico», en *APDC*.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1973), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, editorial Reus, 1973.
- CASTILLO BLANCO, Francisco (1987), *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons.
- CHICO Y ORTIZ, José María (1981), «Lo jurídico y lo urbanístico», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 44.
- ENERIZ OLAECHEA, Francisco Javier; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis; NAGORE SORABILLA, Héctor Miguel, OTAZU AMATRIAN, Blas, *Comentarios a la Ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones (Ley 6/1998)*. Editorial Aranzadi, 1989.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego (1978), «Manual de Derecho Civil Español», en *Revista de Derecho Privado*.
- FONT I LLOVET, Tomás (1985), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Cuadernos Civitas.
- (1992), «Medidas para hacer efectiva la ejecución de las sentencias», en (Vol. Col.), *Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativos*, Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XI.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1974), «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Revista de Administración Pública*, núm. 73.
- (1977), «De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 84.
- (2006), *Manual de Derecho Urbanístico*, La Ley.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael (2009), «La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico. Primera Parte», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 20.
- FUERTES, Mercedes (2001), *Urbanismo y Publicidad Registral*, Marcial Pons.
- GARCÍA LUENGO, Javier (2000), *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas.
- GARCÍA MACHO, Ricardo (1987), «Contenido y límites del principio de confianza legítima: estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 56.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991), *Hacia una nueva justicia administrativa* (2.ª ed.), Civitas.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel (1993), *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Civitas.

- GEIS I CARRERAS, Gemma (2009), *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael (2008), *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Thomson-Civitas.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1987), *Comentarios a la Ley del Suelo*, Civitas.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco (1984), *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2002), «La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 1, págs. 175-205.
- (2007), «Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 172.
- MARTÍN MATEO, Ramón (2007), *La gallina de los huevos de cemento*, Civitas.
- MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José (2004), *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tirant lo Blanch.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thomson-Civitas.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel (1999), «Subrogación legal y urbanismo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 651.
- MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo (2004), «De nuevo sobre la ejecución de sentencias en materia urbanística: la salvaguarda de los intereses de los adquirentes de las viviendas de un edificio ilegalmente construido (a propósito de un supuesto de aplicación del art. 73 del TRLS de 1976. Construcción no adaptada al ambiente en que se sitúa)», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 10, págs. 119-125.
- MONTES PENADÉS, Vicente (1996), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch.
- MOREY Y TERRY, J. (1927), *Legislación Hipotecaria* (2.ª ed.), editorial Reus.
- MORILLO VELARDE PÉREZ, José Ignacio (1999), «La ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 55.
- NARBÓN LAINEZ, Edilberto (2006), «Medios de Impugnación en el urbanismo, especialmente en los programas de actuación integrada», en *Curso práctico de Derecho Urbanístico Valenciano*, Instituto Valenciano de Estudios Notariales del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Tirant lo Blanch.
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2002), *Proceso Civil Práctico*, La Ley, 2002.
- PAREJO ALFONSO, Luciano José y ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo (2009), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley del Suelo* (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), Iustel.
- PEMÁN GAVÍN, Ignacio (2001), «La demolición en la disciplina urbanística: una mirada retrospectiva», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 187.
- PONCE SOLÉ, Julio (1996), *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas.
- PUIG BRUTAU, José (1989), *Compendio de Derecho Civil*, vol. III, Bosch.
- ROIG TORRES, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito. Aspectos civiles y penales*, Tirant lo Blanch.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (2002), *Responsabilidad Civil ex delicto*, Aranzadi.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2009), «Tutela judicial efectiva e imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3.
- ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis (1995), *Derecho Hipotecario*, Bosch.
- SALINAS MOLINA, Fernando (2001), *El proceso civil*, vol. VII (Vol. Col.), Tirant lo Blanch.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2000), «El principio de confianza legítima como limitador del poder normativo comunitario», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7.
- SÁMANO BUENO, Pablo (2007), «La ejecución de sentencias en materia de urbanismo: repaso del estado de las cosas y alguna propuesta», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 238.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe (1900), *Estudios de Derecho Civil*, Sucesores de Rivadeneira.
- VIADA VILASECA, Salvador (1926), *Código Penal Reformado de 1870. Concordado y comentado*. Tomo III, 5.^a edición puesta al día por don Salvador Viada y Ruanet. Librerías Suárez-Reus y Agustín Bosch.
- VILLALÓN PRIETO, Juan Carlos (2009), «Protección de la propiedad, urbanismo y ordenación del territorio en la última jurisprudencia del TEDH», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142.

RESUMEN

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS LICENCIAS URBANÍSTICAS

El presente trabajo analiza, desde una perspectiva crítica, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la ejecución de sentencias en materia urbanística, en particular, de las que anulan licencias. Esta jurisprudencia establece, como regla general, la demolición de la edificación, aunque existan terceros adquirentes de buena fe. Su presencia no se considera causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en sus propios términos y la defensa de su derecho de propiedad se remite a otras vías alternativas, como la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

ABSTRACT

EXECUTION OF RULINGS ON ACTION UNDER ADMINISTRATIVE LAW DEVELOPMENT PERMITS

This paper takes a critical look at Supreme Court doctrine on the execution of development rulings, particularly rulings annulling development permits. As a general rule, case law prescribes demolition of the building in such cases, even if there are third-party purchasers in good faith. The presence of such purchasers is not regarded as grounds for its being legally impossible to execute the ruling as issued, and the injured parties are referred to alternative channels (e.g., claims for government financial liability) to defend their property rights.

First, the paper refutes the Supreme Court's arguments in such cases. The

Se rebaten, en primer lugar, los argumentos del Tribunal Supremo en este supuesto. Se sostiene que la interpretación del principio de fe pública registral no es acorde con la función actual del Registro de la Propiedad en el urbanismo y vulnera el principio de protección de la confianza legítima, ya que la edificación disponía de licencia administrativa, que goza de presunción de legalidad, y fue inscrita en el Registro de la Propiedad, en el que, hoy en día, deben constar todas las afecciones urbanísticas con eficacia real. Por su parte, el principio de subrogación legal no justifica que los terceros adquirentes deban soportar la demolición de su vivienda, en la medida en que, en este caso, no existe ningún deber urbanístico pendiente, como lo acredita el otorgamiento de la licencia. En segundo lugar, se pone de manifiesto que esta doctrina vulnera el derecho de propiedad que reconoce el artículo 33 CE, interpretado conforme a la jurisprudencia del TEDH, ya que no se respeta la vertiente procedimental de este derecho. También se pone de manifiesto la ineficacia de las vías alternativas de tutela que propone el Tribunal Supremo, en particular de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, que no cumple los mínimos requisitos para satisfacer los derechos de propiedad y de tutela judicial efectiva de los terceros adquirentes. Otros argumentos que se aportan son el tratamiento legal y jurisprudencial más favorable que reciben las actuaciones urbanísticas ilegales que no cuentan con licencia urbanística y la constatación de que en los órdenes jurisdiccionales civil y penal la presencia de terceros adquirentes de buena fe constituye causa de imposibilidad legal de ejecutar las sentencias en sus términos.

Se propone, como solución, que la existencia de terceros adquirentes de buena fe constituya, como regla general,

paper maintains that the rule of public confidence in the registration authorities is not being interpreted in accordance with the current function of the Property Registry in development. Furthermore, the paper argues, such an interpretation violates the rule of protection under legitimate confidence; the buildings had been issued with presumably legal administrative permits and had been entered in the Property Registry, where all development encumbrances with real efficacy must be recorded. The rule of legal subrogation does not justify making third-party purchasers put up with the demolition of their home, because all development duties had been fulfilled, as proved by the fact that the permits were given. Second, the paper clearly explains that this doctrine violates the property right recognised in article 33 of the Spanish Constitution, interpreted pursuant to European Human Rights Court case law, because the procedural facet of the right is not respected. The paper also points out the inefficacy of the alternative channels of protection the Supreme Court proposes, particularly the channel of government financial liability, which fails to meet the minimum requirements for satisfying third-party purchasers' property right and right to effective judicial protection. The paper gives other arguments as well, showing how illegal developments that have no permit at all are accorded more-favourable legal and jurisprudential treatment and demonstrating how in the civil and criminal jurisdictions the presence of third-party purchasers in good faith constitutes grounds for the legal impossibility of executing the rulings as issued.

As a solution, the paper proposes that the existence of third-party purchasers in good faith constitutes, as a general rule, grounds for the legal impossibility of executing such rulings as written, without prejudice of execution by substitution

causa de imposibilidad legal de ejecutar estas sentencias en sus propios términos, sin perjuicio, en los casos en que proceda, de la ejecución por sustitución mediante la correspondiente indemnización al sujeto que haya obtenido la sentencia a su favor. Se exceptuarían de esta regla los supuestos de ilegalidad urbanística más graves y en los que entren en juego otros intereses públicos, como, por ejemplo, la protección ambiental, el dominio público o el patrimonio histórico-artístico. En estos casos, procederá la demolición, pero deberá indemnizarse simultáneamente a los terceros adquirentes de buena fe.

where possible, by means of the appropriate indemnity for the individual in whose favour the ruling was given. Exceptions from this rule would be made in cases of more-serious development illegalities and cases involving other public interests, such as environmental protection, public property and the historic or artistic heritage. In these cases, demolition would be in order, but any third-party purchasers in good faith would have to receive indemnities at the same time.

(Trabajo recibido el 15-5-2010 y aceptado para su publicación el 30-5-2010)

El deslinde administrativo. Aspectos civiles y registrales (*)

por

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS
*Profesora Contratada-Doctora de Derecho Civil
Universidad de Valladolid*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DESLINDE CIVIL Y EL DESLINDE ADMINISTRATIVO. EL DESLINDE ADMINISTRATIVO COMO MANIFESTACIÓN DEL PRIVILEGIO DE AUTOTUTELA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.
- III. PRESUPUESTOS PARA QUE PUEDA LLEVARSE A CABO EL DESLINDE.
- IV. PROCEDIMIENTO DE DESLINDE:
 1. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.
 2. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y RESOLUCIÓN.
 3. IMPUGNACIÓN DEL ACTO DE DESLINDE.
- V. PUBLICIDAD DEL DESLINDE.
- VI. EFECTOS DEL DESLINDE Y DERECHOS DE LOS TERCEROS. EL DESLINDE FRENTE A LAS INSCRIPCIONES REGISTRALES.
- VII. SOBANTES DE DESLINDES DE DOMINIO PÚBLICO.

(*) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación *El nuevo Derecho Registral: Hipoteca, Mercado Hipotecario y Derecho Civil*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref.: DER2009-12093).

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 132 de la Constitución Española de 1978 proporciona unas pautas en torno a la regulación de los bienes de dominio público. Dispone este artículo:

«1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación».

Con anterioridad a la Constitución se dictó la Ley del Patrimonio del Estado (LPE), de 15 de abril de 1964, y su Reglamento de desarrollo de 5 de noviembre de 1964 (RPE).

Dicha Ley ha sido derogada por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas (en adelante LPAP), cuyo objeto es, según su artículo 1, «establecer las bases del régimen patrimonial de las Administraciones públicas, y regular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 de la Constitución, la administración, defensa y conservación del Patrimonio del Estado». Esta Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 1372/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas (en adelante RGPAP).

La LPAP reconoce a las Administraciones públicas, entre las facultades y prerrogativas para la defensa de su patrimonio, la de deslindar en vía administrativa los bienes inmuebles de los que sean titulares.

II. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DESLINDE CIVIL Y EL DESLINDE ADMINISTRATIVO. EL DESLINDE ADMINISTRATIVO COMO MANIFESTACIÓN DEL PRIVILEGIO DE AUTOTUTELA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El artículo 384 del Código Civil reconoce a todo propietario el derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes.

El deslinde, dice LACRUZ, consiste en trazar, sobre el propio terreno o sobre un plano desde el cual puedan trasladarse sin discusión a la superficie,

los límites, hasta entonces dudosos y discutidos, entre dos o varias fincas, es decir, tiene como fin determinar los límites confusos e inciertos (1).

Distinto del deslinde es el amojonamiento recogido en el artículo 388 del Código Civil, según el cual, «todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas».

El amojonamiento lo puede exigir, de su vecino, el propietario de cada finca, cuando los confines entre dos fundos, si bien ciertos y determinados, están desprovistos de señales físicas para hacerlos reconocibles, sea porque no se han puesto nunca o porque las señales han ido desapareciendo. Es la operación por la que se marcan con hitos o mojonos (o mediante un foso, empalizada, tapia, etc.) los límites establecidos cuando no hay contienda sobre cuáles sean éstos, o bien si la contienda ha quedado resuelta por el deslinde efectuado en cualquiera de sus modalidades (2).

Las vías jurídicas para llevar a cabo un deslinde, y, de este modo, resolver los conflictos derivados de la confusión de los límites entre fincas colindantes, son tres: en primer lugar, la vía contractual, cuando las partes llegan a un acuerdo para la fijación de los linderos; en segundo lugar, el recurso a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, regulado en los artículos 2.061 a 2.070 de la LEC de 1881, en el que el Juez hará la distribución del terreno conforme a la voluntad de los interesados, y, por último, en el caso de que éstos no se pongan de acuerdo, la iniciación de un proceso declarativo (art. 251.3.6 LEC) en el que el Juez deberá resolver atendiendo a los criterios de distribución recogidos en los artículos 385 a 387 del Código Civil (3).

Este régimen previsto para los particulares no es aplicable cuando se ven involucradas las Administraciones públicas, ya que a éstas el artículo 41 de la LPAP les reconoce, entre las facultades y prerrogativas para la defensa de su patrimonio, la de deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad.

Esta potestad de deslinde de las Administraciones públicas se regula, con carácter general, en los artículos 50 a 54 de la LPAP y en los artículos 61 a

(1) LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 1.º, 2.ª parte, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 90.

(2) LACRUZ BERDEJO y otros, *ob. cit.*, pág. 90.

(3) Artículo 385 del Código Civil: «El deslinde se hará en conformidad con los títulos de cada propietario y, a falta de títulos suficientes, por lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes».

Artículo 386 del Código Civil: «Si los títulos no determinasen el límite o área perteneciente a cada propietario, y la cuestión no pudiera resolverse por la posesión o por otro medio de prueba, el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales».

Artículo 387 del Código Civil: «Si los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento o la falta se distribuirá proporcionalmente».

67 del Reglamento, de manera que, mediante un procedimiento administrativo, aquéllas pueden deslindar, según dispone el artículo 50.1 de la Ley, «los bienes inmuebles de su patrimonio de otros pertenecientes a terceros cuando los límites entre ellos sean imprecisos o existan indicios de usurpación». Añade el número 2 del citado artículo que «una vez iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, y mientras dure su tramitación, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión».

Por tanto, el deslinde administrativo se configura como una de las facultades exorbitantes que integran la potestad de autotutela de la propiedad y posesión administrativa (4), permitiendo a las Administraciones públicas acometer la defensa autónoma e inmediata de sus bienes y derechos sin dependencia de los Tribunales de Justicia (5), a fin de que puedan servir de forma instrumental a la satisfacción de los intereses públicos, es decir, la facultad de deslinde administrativo, a consecuencia del carácter exorbitante que adquiere al ser regulada por el Derecho Público, sufre modificaciones que lo impregnan de la posición de supremacía de que goza la Administración para el cumplimiento de sus fines (6).

El deslinde, precisa RIVERO YSERN, «que en el Derecho Privado se realiza en acto de jurisdicción voluntaria se paraliza ante la oposición formulada por alguno de los interesados, acudiéndose entonces al juicio declarativo correspondiente. Lo que interesa destacar es la situación de igualdad de las partes, que se someten a un órgano dirimente imparcial. Esta situación cambia cuando el deslinde se lleva a cabo por la Administración, que al delimitar unilateral y privilegiadamente sus bienes, se convierte en juez y parte del deslinde efectuado, rompiendo así la igualdad en la relación entablada con los particulares. Esto no sólo ocurre en el procedimiento de deslinde que transcurre por sus cauces normales, sin oposición del administrado, sino, y éstos son los casos más frecuentes, cuando el particular manifiesta su disconformidad con las operaciones que se están practicando y que afectan a sus derechos. Es en este momento especialmente cuando la Administración se convierte en juez y parte con más fuerza (...)» (7).

En definitiva, la competencia de la Administración, basada en razones de interés general, no presupone el acuerdo de los afectados, a diferencia de lo que sucede con el deslinde civil. No obstante, pienso que esas razones de interés general no justifican el otorgamiento de este privilegio a la adminis-

(4) RIVERO YSERN, E., «Concepto, naturaleza jurídica y elementos del deslinde administrativo», en *RAP*, núm. 52, 1967, pág. 204.

(5) SETUÁIN MENDÍA, B., «El deslinde de los bienes públicos», en *Justicia Administrativa*, número extraordinario, 2006, pág. 51.

(6) JIMÉNEZ PLAZA, I., «El deslinde administrativo», en *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones públicas*, El Consultor, Madrid, 2004, pág. 626.

(7) RIVERO YSERN, E., *ob. cit.*, pág. 212.

tración, por ello considero, con PARRA LUCÁN, que sería más sensato que, de la misma manera que la competencia del Juez civil en el expediente de jurisdicción voluntaria de deslinde cesa cuando hay oposición, cese también la competencia de la Administración cuando el particular se oponga (8).

Surge la duda en torno al carácter de la facultad de deslinde, en el sentido de determinar si se considera como una potestad facultativa de la Administración u obligatoria.

Como veíamos, el artículo 50.1 de la LPAP comienza diciendo que «las Administraciones públicas *podrán* deslindar...», término que podría llevarnos a pensar en una potestad cuyo ejercicio quedaría al libre arbitrio de las Administraciones públicas.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina que ha interpretado este precepto ha matizado su alcance, entendiendo que no puede dudarse de la obligatoriedad del ejercicio de la potestad de deslinde por parte de la Administración, pues se trata de un deber, de una competencia indisponible e irrenunciable, que aquélla deberá ejercer cuando se den las condiciones necesarias para ello (9).

Estas dudas ya se planteaban en la derogada LPE, cuyo artículo 13 disponía: «La Administración podrá deslindar los inmuebles patrimoniales mediante procedimiento administrativo en el que se oiga a los particulares interesados (...)».

Mientras que autores como MENDOZA OLIVÁN (10) defendían la obligatoriedad del deslinde basándose en su configuración jurídica como deber inexcusable, RIVERO YSERN mantenía que «el término “podrá”, a nuestro juicio, no debe inducirnos a pensar que la Administración no sólo pueda deslindar mediante procedimiento administrativo sus bienes, sino que también pueda ir ante los Tribunales ordinarios. El término “podrá”, pensamos, señala la posibilidad o no de que la Administración deslinde sus bienes, es decir, la facultad que tiene todo propietario de deslindar sus bienes» (11).

En mi opinión, la obligatoriedad es la solución acertada, pues de otro modo decaería la justificación misma de esta facultad exorbitante que se concede a la Administración. La potestad de deslinde es una de las facultades y prerrogativas que el artículo 41 de la LPAP concede a la Administración para la conservación y defensa de sus bienes, precisamente porque estos bienes están destinados a fines de interés público; si pudiese quedar a su

(8) PARRA LUCÁN, M.^a A., «Eficacia del deslinde de los bienes de las Administraciones públicas», en *Act. Civ.*, núm. 21, 2006.

(9) Vid. JIMÉNEZ PLAZA, I., *ob. cit.*, págs. 626 y 627, y SETUÁIN MENDÍA, B., *ob. cit.*, págs. 53 y 54.

(10) MENDOZA OLIVÁN, V., «Dictamen sobre procedencia del deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre de la llamada “Laguna del Peix”, inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de un particular», en *RAP*, núm. 80, mayo-agosto, 1976, pág. 590.

(11) RIVERO YSERN, E., *ob. cit.*, pág. 254.

arbitrio el ejercicio de esa potestad, no se entendería el por qué de tanto privilegio.

III. PRESUPUESTOS PARA QUE PUEDA LLEVARSE A CABO EL DESLINDE

El artículo 50 de la LPAP exige, para que las Administraciones públicas puedan deslindar sus bienes inmuebles de otros pertenecientes a terceros, que «los límites entre ellos sean imprecisos o existan indicios de usurpación».

De la lectura del precepto, surge la duda de si, al referirse a otros bienes inmuebles «pertenecientes a terceros», el deslinde administrativo siempre ha de separar la propiedad pública de la privada.

Con carácter general, se ha mantenido que el deslinde administrativo va dirigido a la fijación de los límites del dominio público respecto de la propiedad privada. Así, la STS de 8 de octubre de 1999 sostiene:

«Las resoluciones administrativas que aprueban el deslinde del dominio público necesariamente han de considerar a los terrenos deslindados como públicos pues, con ella se trata de fijar cuáles son las *lindes*, los límites físicos del dominio público en relación con el de particulares respecto de una porción determinada de terreno (...)» (12).

No obstante, la doctrina entiende que, si bien esta es la regla general, ello no significa que el deslinde no pueda darse entre bienes de dos Administraciones públicas, o entre bienes que, siendo de una misma Administración, tengan cada uno de ellos unos órganos específicos encargados de efectuar el deslinde (13).

El artículo 61.1 del Reglamento, relativo al objeto del deslinde, prescinde de la expresión bienes inmuebles «pertenecientes a terceros» y dice que aquél «se dirigirá a determinar los límites de los bienes inmuebles de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, cuando éstos sean imprecisos o existan indicios de usurpación».

La imprecisión de los límites se configura como una imprecisión entre los linderos de los bienes públicos y de las propiedades colindantes, de tal magnitud que impide conocer dónde terminan aquéllos y dónde empiezan éstas.

Por tanto, las operaciones de determinación de límites que no respondan a la fijación de los confines de los bienes públicos no se enmarcan en el des-

(12) *RJ* 1999/6755.

(13) Vid. RIVERO YSERN, E., *ob. cit.*, págs. 244 a 247, y JIMÉNEZ PLAZA, I., *ob. cit.*, pág. 628.

linde administrativo, siendo éste el caso ejemplificativo de las mediciones para el establecimiento de servidumbres públicas (14).

Los indicios de usurpación deben considerarse, afirma SETUÁIN MENDÍA, «como eso, meros indicios, y no como usurpaciones indiscutidas, que tienen su herramienta de oposición en la potestad de recuperación de oficio» (15).

Teniendo en cuenta la naturaleza del deslinde, coincido con CARRILLO DONAIRE en que, aun cuando la LPAP y el Reglamento partan de un doble presupuesto de hecho (que los límites entre las propiedades a deslindar «sean imprecisos o existan indicios de usurpación»), no se trata de un requisito alternativo, ya que la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que la confusión de linderos es un presupuesto inexcusable para el ejercicio de la acción de deslinde (ya sea ésta civil o administrativa), con independencia de que haya o no indicios de usurpación. Así, la STS de 18 de abril de 1984 (16), dice que el deslinde no es viable «cuando los inmuebles se encuentran perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto de la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio» (17).

Es cierto que, como ha reconocido la jurisprudencia, la imprecisión de límites suele conllevar indicios de usurpación, pero precisamente es esa situación indiciaria provocada por la confusión de límites la que justifica el procedimiento de deslinde, ya que, si dichos límites están claros, la usurpación está consumada y, por tanto, lo que procedería sería el ejercicio de la acción recuperatoria, regulada en los artículos 55 a 57 LPAP (18).

La STS de 20 de febrero de 1985 (19) sostiene que «la recuperación de oficio requiere inequívoca constancia de la posesión originaria de los bienes

(14) HORGUÉ BAENA, C., *El deslinde de costas*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 137.

(15) SETUÁIN MENDÍA, B., *ob. cit.*, pág. 55.

(16) *RJ* 1984/1959.

(17) CARRILLO DONAIRE, J. A., «Facultades y prerrogativas para la defensa de los patrimonios públicos. La investigación. El deslinde», en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 361.

(18) Vid. MESTRE DELGADO, J. F., «La recuperación de la posesión», en *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones públicas*, El Consultor, Madrid, 2004, págs. 663 a 667.

Según el artículo 55 de la LPAP, titulado *Potestad de recuperación posesoria*:

«1. Las Administraciones públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio.

2. Si los bienes y derechos cuya posesión se trata de recuperar tienen la condición de demaniales, la potestad de recuperación podrá ejercitarse en cualquier momento.

3. Si se trata de bienes y derechos patrimoniales, la recuperación de la posesión en vía administrativa requiere que la iniciación del procedimiento haya sido notificada antes de que transcurra el plazo de un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación. Pasado dicho plazo, para recuperar la posesión de estos bienes deberán ejercitarse las acciones correspondientes ante los órganos del orden jurisdiccional civil».

(19) *RJ* 1985/2644. En el mismo sentido, la STS de 20 de febrero de 2003 (*RJ* 2004/316).

presuntamente usurpados, que habrá de acreditarse documentalmente al acordar la recuperación. Cuando no sea así, cuando los límites aparezcan imprecisos y, por tanto, la prueba de la usurpación sea sólo indiciaria, el procedimiento adecuado es el deslinde».

IV. PROCEDIMIENTO DE DESLINDE

Para llegar al acto de deslinde es preciso haber llevado a cabo el procedimiento legalmente establecido al efecto.

El artículo 52 de la LPAP regula las normas básicas a las que ha de sujetarse el procedimiento administrativo para el deslinde de los bienes de las Administraciones públicas, dejando a la potestad reglamentaria la regulación de dicho procedimiento.

No obstante, el Consejo de Estado, en el Dictamen de 3 de abril de 2003, sobre el Anteproyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas, criticó la minuciosidad con que dicho artículo regula el procedimiento para llevar a cabo el deslinde: «El anteproyecto consultado es un texto minucioso, que, en ocasiones, resulta prolijo. Regula materias de escasa entidad, más propias de las disposiciones reglamentarias, como por ejemplo (...) las estrictamente procedimentales y de atribución de competencias a órganos de la Administración General del Estado para el ejercicio de potestades administrativas como las de deslinde (...). Esta técnica normativa entra dentro de las distintas opciones de que dispone el legislador y, en consecuencia, no empece la legitimidad del anteproyecto. Sin embargo, tal nivel de detalle no parece necesario para dar estricto cumplimiento a la reserva de ley contenida en el artículo 132 de la Constitución, y tampoco es recomendable desde el punto de vista de la seguridad jurídica. La minuciosidad de regulación contenida en el anteproyecto podría poner en peligro, en el futuro, su deseable estabilidad: cuando un cambio en las circunstancias obligue a introducir modificaciones en determinadas normas procedimentales (...)».

El citado desarrollo reglamentario se ha producido con la promulgación del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas, concretamente en los artículos 61 a 67. Hasta ese momento, se consideraban de aplicación los artículos 32 a 47 del RPE, en todo lo que no se oponían a la LPAP, pues aquella normativa no había sido derogada expresamente por la Disposición Derogatoria Única de esta Ley, derogación que, finalmente, se ha llevado a cabo por el citado Real Decreto 1373/2009 [Apdo. a) Disp. Derogatoria Única].

Es preciso advertir que la regulación del procedimiento administrativo es variada, pues, además de la recogida en la LPAP y su Reglamento

de desarrollo, existe normativa específica para el deslinde de playas y de la zona marítimo-terrestre (art. 12 de la Ley de Costas, de 28 de julio de 1988, y arts. 18 a 30 de su Reglamento, aprobado por RD 1471/1989, de 1 de diciembre), para el deslinde de montes públicos (art. 21.8 de la Ley de Montes 43/2003, de 21 de noviembre, y los artículos correspondientes del Reglamento de Montes, de 22 de febrero de 1962, sólo vigentes en cuanto no se opongan a la nueva Ley), para el deslinde de cauces de dominio público (art. 95 de la Ley de Aguas, de 20 de julio de 2001, y arts. 241 a 242 bis del Reglamento de dominio público hidráulico, aprobado por RD de 11 de abril de 1986) y para el deslinde de bienes de las corporaciones locales (arts. 56 a 69 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por RD de 13 de junio de 1986), además de una variada legislación autonómica.

1. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Según dispone el artículo 52.a) de la LPAP, «el procedimiento se iniciará de oficio, por iniciativa propia o a petición de los colindantes». En este último caso, o sea, si la iniciativa parte de los colindantes, correrán ellos con los gastos derivados del procedimiento, estableciéndose la posibilidad de seguir, incluso, la vía de apremio para el cobro de los mismos. Establece el precepto, además, la necesidad de hacer constar en el expediente la conformidad expresa de los citados colindantes con dichos gastos.

Por tanto, la LPAP señala a la Administración como única legitimada para incoar el procedimiento de deslinde. Ello coloca a los particulares en una situación debilitada respecto a la Administración, toda vez que ésta puede negarse a la incoación del procedimiento de deslinde. No obstante, la desestimación de la petición no puede producirse sin que la Administración haya realizado el apeo (el reconocimiento sobre el terreno, y ante los afectados, de la situación de los bienes para la fijación de los linderos), condicionado, si lo considera oportuno, a la presentación por los solicitantes de documentos y pruebas que permitan fijar los datos en base a los cuales ha de dictarse la resolución (20). Cuando la desestimación se considere infundada, el interesado podrá acudir, previos los oportunos recursos administrativos, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El órgano competente para adoptar el acuerdo de incoación del procedimiento se determina en función del tipo de bien de que se trate. Siendo los bienes patrimoniales, se acordará por el Director General del Patrimonio del Estado (art. 51.1 LPAP). Cuando los bienes sean demaniales, se acordará por

(20) CARRILLO DONAIRE, J. A., *ob. cit.*, pág. 366. En el mismo sentido, SETUÁIN MENDÍA, B., *ob. cit.*, pág. 57.

el titular del departamento ministerial que los tenga afectados o al que corresponda su gestión o administración (art. 51.2 LPAP). Respecto de los bienes propios de los organismos públicos o adscritos a los mismos, la competencia se ejercerá por sus presidentes o directores (art. 51.3 LPAP).

El expediente se iniciará con una Memoria, en la que habrá de hacerse referencia a los siguientes extremos (art. 62.2 RGPAP):

- a) Justificación de la conveniencia del deslinde que se propone.
- b) Descripción de la finca o fincas objeto del deslinde, con expresión de sus linderos generales, de sus enclaves, colindancia y extensión perimetral y superficial.
- c) Título de propiedad y, en su caso, certificado de inscripción en el Registro de la Propiedad e información de todos los incidentes habidos con relación a la propiedad, posesión y disfrute, así como certificación catastral.
- d) Presupuesto de gastos de deslinde, con la conformidad del propietario de la finca colindante, si el deslinde se hubiera promovido por éste.

El acuerdo de iniciación del procedimiento de deslinde deberá incluir la descripción de la finca y la fecha en que haya de dar comienzo el apeo (art. 64, párr. 1, RGPAP).

Acordado el deslinde, la Ley articula una serie de medidas para asegurar su debida publicidad.

En primer lugar, establece que el acuerdo se comunique al Registro de la Propiedad correspondiente, a fin de que, por medio de nota al margen de la inscripción de dominio, se tome razón de su incoación [art. 52.b)]. Cuando el deslinde fuera a practicarse sobre una finca que no estuviera inmatriculada, se procederá a la inscripción del título adquisitivo de la misma o, a falta de éste, de la certificación librada conforme a lo dispuesto por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, sin que la práctica de tal trámite afecte al procedimiento iniciado (art. 63 RGPAP).

En segundo lugar, se impone su publicación gratuita en el *Boletín Oficial del Estado* y en el tablón de edictos del ayuntamiento en cuyo término radique el inmueble a deslindar, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar adicionalmente otros medios de difusión [art. 52.c), inciso primero], la cual deberá llevarse a cabo con una antelación mínima de dos meses a la fecha en que hayan de dar comienzo las operaciones de apeo (art. 64, párr. 2.º, RGPAP).

Finalmente, el acuerdo de iniciación se notificará a cuantas personas se conozca ostenten derechos sobre las fincas colindantes que puedan verse afectadas por el deslinde [art. 52.c), inciso segundo], concretamente, dice el artículo 64, párrafo 3.º, RGPAP, que «el órgano instructor notificará el acuer-

do de iniciación a los propietarios de las fincas colindantes y en su caso, a los titulares de otros derechos reales constituidos sobre las mismas».

A partir del momento en el que se publique el acuerdo de iniciación del deslinde, los interesados podrán presentar cuantas pruebas y documentos estimen necesarios para la prueba y la defensa de sus derechos, dentro del plazo señalado en la publicación de dicho acuerdo, que finalizará, necesariamente, veinte días antes de iniciar el apeo (art. 65.1 RGPAP).

Finalizado el plazo, y previamente al inicio del apeo, el órgano instructor acordará lo pertinente sobre los documentos y pruebas aportados, previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico sobre la validez y eficacia jurídica de los títulos presentados para acreditar el dominio o posesión de las fincas a que se refieran (art. 65.2 RGPAP).

Además, el acuerdo de iniciación tiene el importante efecto de impedir la intervención judicial mientras esté pendiente el deslinde administrativo, pues, según el artículo 50.2 de la LPAP, «una vez iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, y mientras dure su tramitación, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión».

Se ha visto, en esta norma, un mecanismo de protección de la Administración pública en el ejercicio de sus prerrogativas exorbitantes frente a eventuales injerencias del poder judicial. Hasta que no finalice el procedimiento administrativo y se dicte un acto firme, no podrá llegar a los Tribunales el conocimiento de ese asunto. Efectivamente, así se garantiza el respeto al ejercicio de las competencias que le son propias a la Administración, y se evitan los posibles conflictos de competencia que, de otro modo, podrían suscitarse; quedando aplazada la intervención judicial, en sede de recurso, a un momento posterior (21).

2. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y RESOLUCIÓN

La LPAP no aborda con la suficiente claridad la cuestión relativa a los órganos competentes para la instrucción y resolución del procedimiento.

Tratándose de bienes patrimoniales, el artículo 51.1 de la Ley atribuye a los Delegados de Economía y Hacienda la instrucción del procedimiento, y al Ministro de Hacienda la resolución del mismo; sin embargo, guarda silencio sobre quiénes hayan de instruir y resolver respecto de los bienes demaniales y de los bienes propios de los organismos públicos o adscritos a los mismos. Ha sido el Reglamento de desarrollo de la Ley, en el último párrafo del artículo 61, el que ha determinado dicha atribución, otorgando la competencia

(21) JIMÉNEZ PLAZA, I., *ob. cit.*, pág. 651.

para la instrucción y resolución del procedimiento «al departamento que tuviera afectado el bien, o cuya gestión le corresponda, o al organismo que sea su titular» (22).

La principal operación a realizar dentro de la instrucción del procedimiento de deslinde es el apeo, al que asistirán un técnico designado por el órgano instructor, con título facultativo adecuado, y los peritos que, en su caso, hubieren nombrado los interesados, y que consiste en la fijación con precisión de los linderos de la finca y en la extensión del acta correspondiente, en la que deberán constar los siguientes extremos (cfr. art. 65 RGPAP):

- a) Lugar, día y hora en que comience la operación.
- b) Identificación y representación de los asistentes.
- c) Descripción del terreno, trabajos realizados sobre el mismo e instrumentos utilizados.
- d) Dirección y longitud de las líneas perimetrales.
- e) Situación, cabida aproximada de la finca y nombres especiales, si los tuviere.
- f) Manifestaciones u observaciones que se formularen.
- g) Hora en que se concluya el deslinde.
- h) Firma de todos los asistentes.

Si no pudiere terminarse el apeo en una sola jornada, proseguirán las operaciones durante las sucesivas o en otras que se convinieren, sin necesidad de nueva citación, y por cada una de ellas se extenderá la correspondiente acta. Si no se conviniese al terminar cada jornada la fecha en que proseguirán las actuaciones, el órgano instructor citará en forma a los interesados.

Concluido el apeo, se incorporará al expediente el acta o actas levantadas y un plano a escala de la finca objeto de aquél, tras lo cual, el expediente se pondrá de manifiesto a los interesados para que, dentro del plazo de diez días, aleguen lo que crean conveniente a su derecho (art. 65 RGPAP).

(22) En cuanto al deslinde realizado por órgano incompetente, la STS de 26 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001/7669) declaró que: «El ordenamiento jurídico reduce al máximo la invalidez por irregularidades formales y restringe su efecto anulatorio sólo a aquellas que impedirían alcanzar la finalidad del acto o producir indefensión de los interesados (art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Ello determina que se confiera a la Administración un amplio poder de convalidación de los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan (art. 53.1), convalidación que en materia de incompetencia podrá realizar el órgano competente, cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto convalidado. Pues bien, en el caso presente, el defecto consistente en la tramitación del deslinde por órgano incompetente, quedó plenamente salvado con la aprobación de las actas y planos por el órgano competente. Tal aprobación ni ha impedido alcanzar el fin propio del acto, que no es otro que fijar los límites del demanio marítimo con los terrenos privados, ni ha causado a los interesados indefensión».

En el mismo sentido, la STS de 31 de diciembre de 2003 (*RJ* 2004/220).

El órgano instructor elaborará un informe razonado y propondrá al órgano competente la resolución oportuna, sobre la que se solicitará el informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado [arts. 52.d) LPAP y 66.1 RGPAP], el cual, según SETUÁIN MENDÍA, no será vinculante, en virtud de lo dispuesto con carácter general en el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, aplicable a este supuesto, dado el silencio de la LPAP al respecto (23). Si el deslinde se hubiera practicado sobre un bien patrimonial de la Administración General del Estado, la propuesta e informe citados corresponderán a la Unidad de Patrimonio de la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente (art. 66.2 RGPAP).

El plazo máximo para resolver el procedimiento de deslinde será de dieciocho meses. Trascurrido este plazo sin haberse dictado y notificado la correspondiente resolución, caducará el procedimiento y se acordará el archivo de las actuaciones [art. 52.e) LPAP].

Adoptada la resolución, ésta deberá notificarse a los afectados por el procedimiento de deslinde y publicarse, nuevamente, en el *BOE* y en el tablón de edictos del ayuntamiento en donde radique la finca deslindada [art. 52.d) LPAP].

Una vez el acuerdo resolutorio sea firme (lo cual ocurrirá cuando se haya agotado la vía administrativa), y si resulta necesario, se procederá al amojonamiento, con la intervención de los interesados que lo soliciten [art. 52.d) LPAP].

El amojonamiento es la operación dirigida a trazar sobre el terreno, mediante hitos o mojones, la línea que separa dos fincas cuando los límites entre ellas están claramente determinados pero están desprovistos de señales físicas para hacerlos reconocibles. Por ello, el amojonamiento suele ser, habitualmente, la operación que pone fin al procedimiento de deslinde.

No obstante, se trata de dos actos totalmente diferenciados, mientras que el deslinde tiene por finalidad fijar los límites entre dos fincas cuando éstos sean confusos, de manera que no pueda delimitarse la línea perimetral exacta de cada una de las propiedades, el amojonamiento, partiendo de unos límites perfectamente identificados, únicamente tiende a plasmar dichos límites sobre el terreno.

El artículo 15 de la LPE establecía que «una vez firme el acuerdo de aprobación de deslinde, se procederá al amojonamiento, con intervención de los interesados»; sin embargo, la LPAP, como acabamos de ver, prevé el amojonamiento «si resulta necesario», no siéndolo si se hace posible la identificación de la finca deslindada, lo cual ocurrirá, por ejemplo, si sus límites coinciden con un camino, seto, río, etc., ya que, en estos casos, esos signos físicos hacen posible la determinación perimetral de la finca.

(23) SETUÁIN MENDÍA, B., *ob. cit.*, pág. 59.

Siendo necesario el amojonamiento, la Ley no señala un plazo en el que éste haya de llevarse a cabo. No obstante, debe advertirse la importancia de no dejar transcurrir un largo periodo de tiempo, para evitar que el deslinde pierda su eficacia.

Como veremos posteriormente, el deslinde despliega sus efectos en el ámbito estrictamente posesorio, sin hacer ninguna declaración respecto del derecho de propiedad de las fincas deslindadas. Por ello, la no realización del amojonamiento en un largo periodo de tiempo puede implicar la pérdida de virtualidad del deslinde realizado si entre el momento del deslinde y el del amojonamiento se ha producido un cambio o alteración en el estado posesorio de las fincas afectadas por el deslinde. En estos casos, habrá que proceder a un nuevo deslinde y, posteriormente, al amojonamiento.

El artículo 52.d) de la LPAP, en su inciso final, impone la obligación de inscribir en el Registro de la Propiedad correspondiente el acuerdo firme de deslinde, de cuyos efectos nos ocuparemos posteriormente, añadiendo el artículo 67 del RGPAP la necesidad de su comunicación de acuerdo con la normativa catastral.

3. IMPUGNACIÓN DEL ACTO DE DESLINDE

Como acabamos de ver, la potestad de deslinde se concreta en una serie de actuaciones procedimentales que concluyen en el acto administrativo de deslinde, que será el que determine los límites concretos de los bienes públicos, el cual podrá ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa o ante la jurisdicción civil, según los casos.

Así, el artículo 43 de la LPAP, titulado *Régimen de control judicial*, dispone, en su número 2, párrafo 1.º, que «los actos administrativos dictados en los procedimientos que se sigan para el ejercicio de estas facultades y potestades —se refiere a las del art. 41, entre las que se encuentra la de deslinde— que afecten a titularidades y derechos de carácter civil sólo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa».

Por otro lado, el párrafo 2.º establece que «quienes se consideren perjudicados en cuanto a su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil por dichos actos podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a las normas del título VIII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

La jurisdicción contencioso-administrativa será el orden competente para resolver cualquier controversia sobre el desarrollo material del deslinde, en la medida en que éste viene constituido por un conjunto de actuaciones públicas llevadas a cabo en ejercicio de una potestad administrativa legalmente atribuida, y de acuerdo con un procedimiento normativamente establecido; mientras que la jurisdicción civil intervendrá en los litigios en que se discutan cuestiones en torno a la propiedad de los bienes, por entender los afectados que los límites fijados por el acto de deslinde exceden los correspondientes a los bienes de la Administración, invadiendo sus heredades (24).

Así, la STS de 28 de septiembre de 2006 (25), en el que se discute la procedencia de una acción reivindicatoria respecto de un trozo de terreno de un monte ejercitada por un particular contra el Ayuntamiento, sostiene que: «el deslinde no vincula a la jurisdicción civil en absoluto, por lo que dicha jurisdicción puede declararlo nulo y sin efecto, en cuanto contradiga los pronunciamientos de la sentencia que decida el juicio sobre la propiedad, como así lo hace la Sala de instancia. Lo que se confirma a la vista del artículo 15.2 de la misma Ley que establece la posibilidad de impugnación del deslinde en vía contencioso-administrativa sin que en ella puedan plantearse cuestiones relativas al dominio o posesión del monte, ni cualesquiera otras de carácter civil. En definitiva, como puntualiza la sentencia de instancia, el deslinde administrativo en su día realizado es un título insuficiente para adquirir la propiedad y se encuentra sometido o claudicante ante el pronunciamiento judicial de un Tribunal del orden jurisdiccional civil».

En conclusión, si lo que se alegan son vicios de procedimiento, la impugnación se llevará ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, por el contrario, si lo que se alegan son cuestiones de fondo, se acudirá a la jurisdicción civil (26).

No obstante, es posible que, en la práctica del deslinde, la Administración tenga en cuenta ciertas reglas civiles, como las relativas a los títulos de propiedad o posesión alegados por los interesados, en cuyo caso la jurisdicción contencioso-administrativa tiene competencia prejudicial para examinar las cuestiones planteadas derivadas del dominio y demás derechos reales, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la LOPJ y el artículo 4 de la LJCA (27).

La división de competencias expuesta entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil, y la posibilidad de que la primera conozca, en ciertos casos, cuestiones derivadas del derecho de propiedad,

(24) SETUÁIN MENDÍA, B., *ob. cit.*, pág. 71.

Vid. SOSPEDRA NAVAS, F. J., «La impugnación jurisdiccional del deslinde de bienes públicos», en *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 2.^a quincena de junio, 2005, págs. 1430 y sigs., en La Ley Digital 1447/2005.

(25) RJ 2006/7526.

(26) JIMÉNEZ PLAZA, I., *ob. cit.*, pág. 658.

(27) SOSPEDRA NAVAS, F. J., *ob. cit.*

provoca algunos problemas a la hora de determinar los límites competenciales de ambas jurisdicciones.

La STS de 13 de junio de 2007 (28), en un supuesto de delimitación del dominio público marítimo-terrestre, se plantea la cuestión de si la jurisdicción civil es competente para conocer de la reclamación interpuesta por los actores contra el acto de deslinde de la Administración que declaraba los terrenos que aquellos tenían inscritos a su nombre como pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre.

Concretamente, los actores solicitaron ante el Juzgado de Primera Instancia que se declarase: en primer lugar, que las fincas eran de propiedad privada, no procediendo la declaración de titularidad dominical ni posesión a favor del Estado, por no concurrir en ellas las características físicas y jurídicas que conforman el demanio marítimo-terrestre, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por dicha declaración, y, en segundo lugar, la nulidad de las anotaciones e inscripciones que se hayan practicado en el Registro de la Propiedad en relación con las fincas registrales propiedad de los actores, como consecuencia o a causa del expediente de deslinde, para que se mantengan con plena vigencia y eficacia las inscripciones de pleno dominio a favor de los actores.

Tras desestimarse la demanda en primera instancia por falta de competencia y mantenerse el mismo pronunciamiento en apelación, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por los actores, declarando la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la acción declarativa de dominio y de nulidad y cancelación registral ejercitadas en la demanda, y ordenando devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial, a fin de que proceda a dictar nueva sentencia sobre las restantes excepciones oportunamente alegadas por las partes y sobre el fondo del asunto, todo ello en base a la siguiente argumentación:

«No cabe negar que la función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende no sólo a las actuaciones formales del procedimiento, sino también al contenido sustantivo del acto administrativo resolutorio sobre el deslinde, y por tanto, a comprobar si se ha apreciado correctamente o no la concurrencia de las circunstancias físicas que definen la zona del dominio público (sentencias —Sala Tercera— de 8 de junio y de 17 de diciembre de 1990, entre otras); consecuentemente, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se pronuncian sobre cuestiones de propiedad, lo que les está permitido, por lo demás, por el artículo cuarto de la Ley reguladora de esa jurisdicción. Pero frente a la innegable competencia del orden jurisdiccional civil para conocer acerca de las

(28) *RJ* 2007/3723.

cuestiones suscitadas en torno al derecho de propiedad, estos pronunciamientos de los tribunales de la jurisdicción contenciosa han de presentar un carácter *incidenter tantum*, en la medida en que no pueden impedir el conocimiento y el pronunciamiento de los órganos del orden civil, que comprende, desde luego, los casos más comunes de solicitud de protección de los derechos dominicales adquiridos con anterioridad al deslinde con base en la protección que dispensa el Registro de la Propiedad, pero que se ha de extender también a la comprobación de la concurrencia en la finca litigiosa de las características físicas del dominio público, para lo cual, sin embargo, los tribunales civiles podrán servirse de lo actuado en el expediente administrativo y en el eventual proceso revisor ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

Esta dualidad jurisdiccional, que ha sido defendida a ultranza por la jurisprudencia (29), ha recibido críticas por parte de la doctrina, dada la complejidad que supone un doble proceso muchas veces necesario si se quiere obtener una solución verdaderamente efectiva. Así, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER manifiesta la incongruencia que supone el que el propietario afectado por el deslinde se vea obligado a acudir en muchos casos a un doble procedimiento para intentar obtener la única pretensión que persigue, cual es el que se aclare su situación (30).

Se le objeta, además, por algunos autores (31), la inseguridad jurídica a que puede dar lugar esta dualidad jurisdiccional en el caso de resoluciones

(29) Vid., por ejemplo, SSTS de 20 de julio de 2000 (*RJ* 2000/6167), 5 de julio de 2001 (*RJ* 2001/5022), 24 y 26 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001/7665 y *RJ* 2001/7669), 3 de enero de 2002 (2003/2318), 17 de abril de 2002 (*RJ* 2002/3702), 6 de mayo de 2002 (*RJ* 2202/9063), 15 y 17 de marzo de 2003 (*RJ* 2003/2591 y *RJ* 2004/80), 16 de abril de 2003 (*RJ* 2003/4188), 10 de junio de 2003 (*RJ* 2003/5869), 24 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003/6439), 4 de noviembre de 2003 (*RJ* 2003/8421) y 31 de diciembre de 2003 (*RJ* 2004/221).

(30) «El propietario de un monte que linde con un monte público no tiene ningún interés, pero absolutamente ninguno, en acudir para defender su situación a un proceso contencioso-administrativo alegando irregularidades en la forma de realizarse el deslinde o en acudir luego a un proceso declarativo para que se establezca la situación real de la propiedad. No tiene más interés que el que su situación se aclare y se le respeten sus legítimos derechos. Para eso acude ante los Tribunales. Cuando se desconfiaba del actuar de los Tribunales contencioso-administrativos, bien estaba que se encomendaran las cuestiones de propiedad a los Tribunales civiles. Pero ahora que la situación ha cambiado del todo, ¿qué inconveniente habría en que se unificaran esfuerzos, en simplificar actuaciones y en facilitar la resolución conjunta de todos los problemas?» (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Unidad de jurisdicción para la Administración pública», en *Revista de Administración Pública*, núm. 49, 1966, pág. 182. En el mismo sentido, SETUÁIN MENDÍA, B., *ob. cit.*, pág. 73).

(31) Vid. HORGUÉ BAENA, C., *ob. cit.*, págs. 422 y 423; GONZÁLEZ SALINAS, J., *Régimen jurídico actual en la propiedad de las costas*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 644, y SETUÁIN MENDÍA, B., *ob. cit.*, pág. 74.

incompatibles a la hora de valorar el deslinde, situación que puede producirse, ya que no operan las excepciones de litispendencia y de cosa juzgada por tratarse de dos órdenes jurisdiccionales distintos. Dos soluciones proponen al respecto; la elección por el recurrente del orden jurisdiccional que entienda más proclive a sus pretensiones, evitando el considerado menos favorable, solución que consideran insatisfactoria, porque no se le puede negar al recurrente la legitimación para acudir a ambas vías jurisdiccionales, o el planteamiento de un recurso de amparo basándose en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la citada contradicción, solución que se considera, igualmente, poco convincente por los inconvenientes que acarrearán para el recurrente, teniendo en cuenta que, para la resolución del deslinde, se debería contar con una solución más estable.

V. PUBLICIDAD DEL DESLINDE

El artículo 12.2 del RH declara inscribibles «los deslindes administrativos debidamente aprobados», lo cual implica que se haya seguido el procedimiento legalmente establecido.

Dentro del procedimiento recogido en la LPAP destaca, a efectos registrales, la constancia en el Registro de la Propiedad de la iniciación del deslinde mediante nota al margen de la inscripción del dominio, en virtud de certificación del acuerdo de iniciación del mismo [art. 52.b)], como medio de dar publicidad al procedimiento, dadas las importantes consecuencias que el mismo conlleva.

El último trámite del procedimiento consiste en la inscripción del acto firme de deslinde en el Registro de la Propiedad correspondiente [art. 52.d), *in fine*, LPAP].

Dicha inscripción registral se efectuará tanto si la finca deslindada se halla inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 53.1 LPAP), como si no lo está, en cuyo caso, «la resolución aprobatoria del deslinde será título suficiente para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes, siempre que contenga los demás extremos exigidos por el artículo 206 LH».

Para PARRA LUCÁN, la remisión del artículo 53 de la LPAP a las exigencias del artículo 206 de la LH debe entenderse en el sentido de que para la inmatriculación será precisa la resolución aprobatoria del deslinde y la certificación administrativa en la que, con referencia a los inventarios y documentos oficiales, se haga constar el título o modo de adquisición.

Los argumentos que utiliza la autora para llegar a esta conclusión se basan, fundamentalmente, en la naturaleza y efectos del deslinde.

Con anterioridad a la LPAP se introdujeron reglas en algunas Leyes (cfr. art. 13.2 Ley de costas, art. 8.4 Ley de vías pecuarias y art. 95.3 Ley

de aguas) que atribuían al deslinde la condición de título inmatriculador. Pero esto, según la autora, parecía una consecuencia derivada de la eficacia declarativa de la titularidad dominical del deslinde; por ello, fuera de estas leyes especiales, limitada la eficacia general del deslinde a la declaración de situaciones posesorias, no parecía que pudiera considerarse al deslinde, con carácter general, título suficiente para inmatricular.

En línea con lo anterior, se remite la autora a lo dispuesto en el artículo 16 de la derogada LPE: «Si la finca del Estado a que se refiere el deslinde se hallare inscrita en el Registro de la Propiedad, se inscribirá también el deslinde administrativo debidamente aprobado. En caso contrario, se procederá a la inscripción previa del título adquisitivo de la misma o, a falta de éste, de la certificación librada conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la vigente Ley Hipotecaria, inscribiéndose a continuación el deslinde».

Sostiene que «esta disposición daba por supuesto que, si no había título adquisitivo de la finca, debía librarse la certificación prevista en el artículo 206 de la LH (que sí es instrumento de inmatriculación, conforme al art. 199 del RH) e inscribirse a continuación el deslinde. No debe olvidarse que, de la misma manera que el artículo 12 del Reglamento Hipotecario admite la inscripción del deslinde administrativo, en su número 1.º admite la inscripción de «las copias notariales de las actas judiciales protocolizadas de deslinde y amojonamiento de fincas, cuando hayan sido citados en el expediente los propietarios colindantes». Ahora bien, la propia entrada del artículo 12 del Reglamento establece que al amparo, en su caso, del artículo 205 de la Ley. Es decir, en el caso de que la finca esté inmatriculada, el deslinde tiene acceso al Registro de la Propiedad, sin que en ningún caso sea título inmatriculador. Pero tampoco lo es cuando la finca no está inmatriculada porque entonces, y así debería ser aunque el precepto reglamentario no lo dijera, debe inmatricularse la finca con arreglo a las reglas generales, y no en virtud del simple deslinde, que no es título declarativo de la propiedad» (32).

Finalmente, recurre al régimen previsto, en la actualidad, en el artículo 68 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, para los bienes de las Entidades locales: «Si la finca de la Corporación local a que se refiere el deslinde se hallare inscrita en el Registro de la Propiedad, se inscribirá igualmente el deslinde administrativo debidamente aprobado, referente a la misma. Si la finca de la Corporación local no se hallare inscrita, se procederá a la inscripción previa del título adquisitivo de la misma o, a falta de éste, de las certificaciones pre-

(32) PARRA LUCÁN, M.^a A., *ob. cit.*

En contra, MENDOZA OLIVÁN defendía que el deslinde de bienes patrimoniales de la Administración era título inmatriculador. Llegaba a la conclusión de que el deslinde declaraba la titularidad de la Administración porque, siendo como regla general la primera inscripción la de dominio (art. 7 RH), entendía que no podía ser otra la consecuencia de la inscripción del deslinde administrativo del artículo 16 LPE (*El deslinde de los bienes de la Administración*, Madrid, 1968, pág. 153 y sigs.).

vistas en el artículo 36 de este Reglamento, inscribiéndose, a continuación de dicho asiento, el correspondiente al deslinde debidamente aprobado». A la vista de este precepto puede afirmarse, según su criterio, que el deslinde no es título inmatriculador, y es precisa la previa inmatriculación de la finca mediante las oportunas certificaciones administrativas, conforme al artículo 36 del Reglamento, que, a su vez, se remite a lo dispuesto en los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303 y siguientes del Reglamento Hipotecario.

En mi opinión, el artículo 53 de la LPAP es claro en el sentido de considerar el acto firme de deslinde como título inmatriculador, cuando afirma que «en todo caso, la resolución aprobatoria del deslinde será título suficiente para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes...». La remisión al artículo 206 de la LH se establece para imponer la necesidad de que en dicho acto consten los extremos que el citado artículo recoge a los efectos de que pueda considerarse como título inmatriculador, pero no que siempre sea necesaria la certificación administrativa a que alude el citado precepto de la LH.

El hecho de que, en el régimen anterior, pudiera defenderse un efecto contrario, no es óbice para que la solución en la normativa actual sea diferente, toda vez que el recurso a los antecedentes históricos se hace preciso cuando la interpretación de la norma vigente plantea alguna duda, situación que, a mi modo de ver, no se da en el caso que estamos tratando.

Por ello entiendo, con VALERO FERNÁNDEZ-REYES, que «de la dicción del artículo 53 parece inferirse que no será necesario aportar como documento independiente la certificación administrativa del artículo 206.1 de la Ley Hipotecaria, siempre que la resolución del deslinde contenga todos los extremos o circunstancias previstos en el mismo. Registralmente serán dos actos increíbles, inmatriculación a favor de la Administración y deslinde, pero que podrán practicarse en un solo asiento con un único título» (33).

En cualquier caso, las inscripciones practicadas de este modo no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su realización, en virtud de lo dispuesto en el artículo 207 de la LH.

VI. EFECTOS DEL DESLINDE Y DERECHOS DE LOS TERCEROS. EL DESLINDE FRENTE A LAS INSCRIPCIONES REGISTRALES

Siendo presupuesto ineludible del deslinde la confusión de linderos y su finalidad la fijación de los mismos, su eficacia se desenvuelve en el ámbito estrictamente posesorio, no afectando, por tanto, al derecho de propiedad.

(33) VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «El patrimonio de las Administraciones públicas», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 128, 2006, págs. 2626 y 2627.

Se distingue, así, el deslinde de la acción reivindicatoria, pues, como afirma RIVERO YSERN, aquél supone, como regla general, confusión de límites, mientras que ésta, controversia de títulos (34).

La STS de 3 de marzo de 1992 (35) sostiene que «el deslinde no puede convertirse en una acción reivindicatoria simulada, y no puede con tal pretexto la Administración hacer declaraciones de propiedad sobre terrenos en los que los particulares ostenten derechos de propiedad y prueben una posesión superior a un año, ya que el deslinde sólo sirve para la fijación precisa de la situación posesoria entre las fincas deslindadas».

Además, la STS de 28 de diciembre de 1999 (36) afirma que el deslinde tiene un mero carácter delimitador de los bienes considerados en un momento dado, previsión relativa a los efectos temporales del deslinde que, según CARRILLO DONAIRE, «no carece de importancia, debiendo entenderse —en consecuencia— que el deslinde efectuado no tiene la condición de inmutable, pudiendo esa declaración alterarse porque sobrevengan nuevas circunstancias fácticas (cambios naturales, por ejemplo) o *de iure*» (37).

Teniendo en cuenta los efectos del deslinde, cabe preguntarse su influencia en las inscripciones registrales.

La LH formula el principio de legitimación registral en los artículos 38.1, 97 y 1.3.

El artículo 38.1 dispone que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

Conforme al artículo 97, «cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera».

Y, por último, según el artículo 1.3, «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

(34) RIVERO YSERN, E., *ob. cit.*, pág. 230.

Sobre las diferencias entre el deslinde y la acción reivindicatoria, vid., por ejemplo, CABRERA HERNÁNDEZ, J. M.^a, «Reivindicación y deslinde: sus diferencias», en *ADC*, vol. 15, núm. 3, 1962, págs. 743 a 748; MORENO CATENA, V. M., «Reivindicación y deslinde. Remisión a un procedimiento previo. Incongruencia. No resolución», en *CCJC*, núm. 3, 1983, págs. 881 a 890; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Acción de deslinde. Presupuesto para su viabilidad. Acción de deslinde, reivindicatoria y declarativa. Sus diferencias», en *CCJC*, núm. 5, 1984, págs. 1613 a 1662; PRATS ALBENTOSA, L., *Deslinde y reivindicación: criterios distintivos en la doctrina y la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

(35) *RJ* 1992/1775.

(36) *RJ* 1999/8793.

(37) CARRILLO DONAIRE, J. A., *ob. cit.*, págs. 362 y 363.

Estos artículos establecen una presunción de exactitud del Registro relativa a la existencia y pertenencia del derecho, o a su inexistencia en caso de cancelación. La presunción ha de ser respetada por todos mientras no se demuestre la inexactitud de la situación proclamada por el Registro. Estamos, pues, ante una presunción *iuris tantum* (cfr. art. 385 LEC), cuya consecuencia más importante es la inversión de la carga de la prueba. Serán, por tanto, quienes aleguen que la inscripción no refleja la realidad jurídica, los que soporten la carga de la prueba.

La presunción opera «a todos los efectos legales» (art. 38 LH), de donde se deduce que la legitimación registral es eficaz no sólo en el ámbito del Derecho Civil, sino también en los órdenes procesal, administrativo o fiscal; y lo mismo en el sentido de favorecer al titular registral o en el de perjudicarlo, como ocurriría, por ejemplo, en los casos en que resulte responsable por razón de la titularidad de su derecho.

Aunque la presunción admita la prueba en contrario, se debe tener presente que, según el artículo 1.3 de la LH, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y «producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». Por ello, la presunción sólo puede ser destruida cuando el impugnante, además de probar la inexactitud del asiento, ejercite una acción de rectificación ante los Tribunales con el fin de modificar su contenido. De otro modo, es decir, si sólo se practica la prueba en contrario, la presunción quedará destruida para el caso concreto, pero el poder legitimador del asiento, al no rectificarse el Registro, continuará produciendo sus efectos en los demás casos que puedan presentarse en el futuro.

Además, el artículo 38.2 de la LH dice que «no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente (...)». La finalidad de esta norma, ha declarado en ocasiones el Tribunal Supremo, es la de mantener una perfecta concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, para lo cual no es necesario que nominal y específicamente se pida la nulidad o cancelación del asiento registral contradictorio, basta que el titular inscrito afectado aparezca demandado, pues entonces tal cancelación o nulidad constituyen la consecuencia hipotecaria lógica de la acción ejercitada (38).

De los artículos 38.1 y 97, ambos de la LH, se deduce que la presunción de exactitud abarca los siguientes aspectos:

(38) Vid. SSTS de 9 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5152), 29 de marzo de 1984 (RJ 1984/1471), 19 de junio de 1987 (RJ 1987/4537) y 1 y 29 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9154 y RJ 1995/9614, respectivamente).

- a) La existencia, en la realidad jurídica extrarregistral, de los derechos reales inscritos, con la extensión y con los límites reflejados en la hoja de la finca sobre la que recaigan. De ahí que, para conocer la situación jurídica de la finca, haya que tener en cuenta, además de los asientos de inscripción, los demás relativos al inmueble, tales como anotaciones, notas marginales y cancelaciones, pues de todos ellos pueden resultar modificaciones jurídico-reales. El artículo 97 de la LH, de una manera expresa, extiende la presunción de exactitud a la inexistencia del derecho cuando el correspondiente asiento ha sido cancelado.

Se ha suscitado la duda en orden a si la presunción de la existencia de los derechos «en la forma determinada por el asiento respectivo» alcanza también a los datos físicos —al menos, a la cabida y linderos— de la finca.

Diversas sentencias del Tribunal Supremo, a partir de la de 21 de marzo de 1953, se han manifestado en sentido afirmativo; pero otras muchas sentencias posteriores han defendido un criterio opuesto, y han reconocido que «el principio de legitimación registral cubre los datos jurídicos, mas no las circunstancias de mero hecho, como extensión, linderos, etc.» (STS de 27 de diciembre de 1996) (39).

En la actualidad, a consecuencia de la coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, la presunción de exactitud del Registro comprenderá la descripción física de la finca, siempre que en éste conste la referencia catastral. El Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, de 5 de marzo de 2004, reconoce la competencia exclusiva del Registro de la Propiedad a la hora de determinar «los efectos jurídicos sustantivos derivados de la inscripción de los inmuebles en dicho registro» (art. 2.2) y, al mismo tiempo, afirma que «salvo prueba en contrario, y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos» (art. 3).

- b) La presunción se extiende a la titularidad o pertenencia del derecho en la forma determinada por el asiento respectivo. Se presume que el titular registral es el verdadero titular del derecho, con el contenido que figure en el asiento. La presunción de exactitud produce la importante consecuencia de legitimar al titular registral para el ejercicio del derecho y, consiguientemente, para la realización de actos dispositivos del mismo.
- c) La presunción de exactitud se extiende, además, a la posesión; es decir, se presume que el titular registral es poseedor de la finca, en

(39) *RJ* 1996/9280.

la medida del derecho que tiene inscrito a su favor. La doctrina, sin embargo, discrepa en torno al tipo de posesión a que pertenece la que se presume. A la vista de los términos utilizados en el segundo inciso del párrafo 1.º del artículo 38 de la LH, tener la posesión es —como dice PEÑA (40)— tener el derecho de posesión. No sólo se presume el *ius possidendi*, pues como facultad integrante del dominio o derecho real inscrito se entiende presumido con el derecho mismo (para eso no habría hecho falta un precepto especial), se presume, además, que el titular registral tiene el *ius possessionis*, y que, por tanto, tiene las facultades de dominación inmediata que caracterizan este derecho. La posesión que se presume es la posesión en concepto de dueño. A la fuerza legitimadora del Registro se agrega, por vía de la presunción, la fuerza legitimadora de la posesión en concepto de titular del derecho real correspondiente, y, en consecuencia, el titular registral puede ejercitar las acciones posesorias y consumir la prescripción si dicha posesión continúa durante los plazos establecidos por la ley (vid. art. 35 LH).

En consonancia con la doctrina del principio de legitimación registral, la jurisprudencia ha declarado, en reiteradas ocasiones, que el deslinde administrativo no puede desconocer la presunción de legalidad que se deriva del artículo 38 de la LH a favor del titular registral.

Según la STS de 1 de marzo de 1983 (41), «la inscripción registral produce la legitimación prevenida en el artículo 38 de la LH, y consiguientemente el deslinde administrativo no puede desconocer, sino que ha de respetar esta presunción de legalidad a favor de la registral que sólo puede ser destruida por sentencia mediante el ejercicio de actuaciones, no sólo en el orden de la titularidad dominical —ya que el deslinde no puede nunca prejuzgar dicha cuestión— sino en el de la posesión legal, y de aquí que la delimitación no puede hacerse discrecionalmente, sino con base y respeto a las situaciones de propiedad y posesión».

Añade la STS de 5 de noviembre de 1990 (42) que «en tanto aquella presunción no se destruya y, con ello, la prevalencia antes dicha, siempre —claro es— por expresa declaración de la jurisdicción ordinaria, tal eficacia y correlativa protección no puede ser desconocida ni por las personas privadas ni las públicas, por operar *erga omnes*, y bien recordaba la sentencia de

(40) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 4.ª ed., T. II, Madrid, 2001, pág. 599.

(41) RJ 1983/6027.

Vid, también, SSTS de 7 de febrero de 1963 (RJ 1963/3158), 5 de abril de 1979 (RJ 1979/1567), 8 de junio de 1987 (RJ 1987/6096), 18 de enero de 1989 (1989/142), 3 de marzo de 1994 (RJ 1994/2416) y 19 de mayo de 1999 (RJ 1999/4154).

(42) RJ 1990/8739.

4 de junio de 1979, que esto es así mientras la Administración no obtenga la nulidad o caducidad del asiento registral, explicando, por su parte, la de 18 de noviembre de 1975, con cita de las de 24 de junio de 1959, 12 de noviembre de 1962 y 31 de enero de 1975, que “en todo expediente de deslinde administrativo ha de ser respetado el principio de legitimación registral del artículo 38 de la LH, a tenor del que se presumirá a todos los efectos que los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, así como también que el que tenga inscrito el dominio de bienes inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos, no pudiendo tampoco ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación correspondiente, lo que viene a corroborar el propio artículo 1.º de la misma LH, al disponer que los asientos practicados en los libros del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en dicha Ley”, siendo también de recordar que la carga procesal de evidenciar esa inexactitud tabular, en casos como el presente y según la sentencia de 4 de junio de 1979, corresponde a la Administración sin que “pueda desplazarse al titular inscrito”».

En definitiva, el deslinde administrativo a que hacen referencia los artículos 50 y siguientes de la LPAP, desenvuelve su eficacia en el ámbito estrictamente posesorio, lo que excluye su consideración como título declarativo de la titularidad de la Administración, y, por tanto, no es suficiente para rectificar las inscripciones registrales contradictorias con el deslinde.

Esta eficacia general del deslinde administrativo se ve reflejada en el artículo 57.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales:

- «1. El deslinde consistirá en practicar operaciones técnicas de comprobación y, en su caso, de rectificación de situaciones jurídicas plenamente acreditadas.
2. Dichas operaciones tendrán por objeto delimitar la finca a que se refieran y declarar provisionalmente la posesión de hecho sobre la misma» (43).

Sin embargo, debe advertirse que la legislación sectorial en materia de costas (art. 13 de la Ley 22/1998, de 28 de julio), de aguas (art. 95 del Texto Refundido de 20 de julio de 2001) y de vías pecuarias (art. 8 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo) otorga al deslinde una eficacia mucho mayor que la que le

(43) En relación al deslinde de las Corporaciones Locales, vid. COBO OLVERA, T., «La potestad de deslinde de las entidades locales», en *Actualidad Administrativa*, núm. 30, 25-31 de julio, 1994, págs. 429 a 446.

confiere la legislación general, pues del mismo se derivan efectos declarativos de la posesión y de la titularidad demanial, a la vez que concede al título de deslinde eficacia prevalente respecto de las titularidades contradictorias (44), sin perjuicio, como ha declarado la jurisprudencia, de que los titulares inscritos puedan hacer valer sus derechos ante la jurisdicción civil (45).

La STS de 25 de abril de 2007 (46), respecto de los efectos del acto administrativo del deslinde de costas, dice que «tras la entrada en vigor de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, es indiscutible el efecto declarativo del deslinde de costas, que, como tal acto administrativo, no sólo goza de la presunción de legitimidad, sino que se encuentra amparado por los tradicionales privilegios posicionales de la Administración, particularmente la autotutela declarativa, que le permite declarar unilateralmente derechos frente a los particulares, cuya efectividad se garantiza, por ende, a través de la autotutela ejecutiva. También ha de ser pacífico que, hoy por hoy, superadas ya concepciones históricas, y en consonancia con la protección que la Ley de Costas de 1988 ha dispensado al dominio público-marítimo terrestre, en respeto a su dimensión constitucional, esa eficacia declarativa no se detiene en el estado posesorio, ni en el reconocimiento de una titularidad meramente provisional, sino que se traduce en la declaración del derecho de propiedad de la Administración del Estado sobre los bienes, cuya cabida y linderos se precisan en el acto administrativo del deslinde, además de, claro está, declarar el *ius possidendi* de la Administración sobre tales bienes, como una de las facultades que integran el derecho de propiedad. Consecuentemente, el deslinde confiere, además de un título posesorio, un título de dominio sobre los bienes que, por revestir las características naturales del *demanio*, tal y como lo entiende el artículo 132 de la Constitución, quedan incorporados en el dominio público marítimo-terrestre, como se infiere de la lectura de los artículos 13.1 de la Ley de Costas de 1988 y 28.1 de su Reglamento. Es más, junto con esa eficacia declarativa, el deslinde produce efectos registrales pues, una vez aprobado, es título hábil y

(44) Vid. GARCÍA PÉREZ, M., «La indeterminación del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de Costas de 1988. A propósito del deslinde de acantilados», en *Revista de Administración Pública*, núm. 169, enero/abril, 2006, págs. 189 a 218; GONZALO RODRÍGUEZ, I., «Doctrina del Tribunal Supremo sobre deslinde de la zona marítimo-terrestre», en *Revista de Administración Pública*, núm. 43, 1964, págs. 237 a 250; LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., «Comentario de la STS de 24 de julio de 2003», en *CCJC*, mayo/septiembre, 2004, págs. 619 a 631; PÉREZ ANDRÉS, E. M.^a, «El deslinde de vías pecuarias y su control judicial», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 59, julio-agosto, 2005, págs. 75 a 115, y SÁNCHEZ DE LA MADRID AGUILAR, C., «Estudio de jurisprudencia sobre reivindicación y deslinde de la zona marítimo-terrestre», en *Diario La Ley*, T. 1, 1988, págs. 975 y sigs.

(45) Vid., por ejemplo, las SSTS de 10 de febrero de 1998 (*RJ* 1998/1586), 31 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/3940), 19 de mayo de 1999 (*RJ* 1999/4154), 5 de julio de 2001 (*RJ* 2001/5022) y 24 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001/7665).

(46) *RJ* 2007/2416.

suficiente para solicitar y obtener la anotación preventiva del dominio público en la inscripción de aquellos bienes incluidos en el demanio, según el deslinde, y permite no sólo la constancia tabular del carácter demanial de tales bienes, sino incluso la rectificación de los asientos contradictorios a dicho carácter y condición, y a la titularidad pública que es inherente a ellos (art. 13.2 de la Ley de Costas y 29.1 de su Reglamento). Y lo que es más importante, esa declaración dominical, y la eficacia registral propia del deslinde, se proyecta tanto hacia el futuro, como hacia las titularidades pretéritas, afectando incluso a las amparadas por el Registro, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 13.1 de la Ley y 28.1 del Reglamento —«sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados»—, alcanzando también a los titulares de derechos inscritos amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que ven cómo desaparece la conservación de sus derechos que les confería la anterior Ley de Costas de 26 de abril de 1969 —concretamente su art. 6.3—, cediendo ante la mayor protección que, desde la Constitución, merece el demanio natural, y que a nivel legislativo se plasma en la conversión del derecho de propiedad, afectado por el efecto declarativo inherente al deslinde, en un derecho real de carácter administrativo y de duración limitada —Disposición Transitoria primera de la Ley de Costas—; sistema de protección que no desconoce el significado expropiatorio de las consecuencias legales del deslinde que afecta a titularidades anteriores, y que —y esto es aquí lo relevante— no impide que los titulares inscritos afectados puedan ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial —art. 13.3 de la Ley y 29.2 del Reglamento—, para cuyo ejercicio el legislador establece un plazo especial de prescripción de cinco años, desde la aprobación del deslinde (art. 14 de la Ley)».

El Consejo de Estado, en el Dictamen 1132/96, de 13 de junio de 1996, advirtió que esta ampliación de la eficacia del deslinde comporta «una ruptura del tradicional monopolio del juez civil para conocer de cualquier cuestión relativa al dominio, aun cuando éste fuera de titularidad pública, atribuyendo a la Administración que promueve el deslinde la facultad de decidir —en vía administrativa— sobre la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al consiguiente amojonamiento, y sin que las inscripciones registrales puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados. De este modo, la realidad extrarregistral del deslinde administrativo goza del valor de enervar la presunción *iuris tantum* que confiere el Registro de la Propiedad a las titularidades inscritas, de tal forma que la realidad registral contradictoria cede en favor de la propiedad pública declarada en el acto administrativo de deslinde».

Ciertamente, como afirma CARRILLO DONAIRE, «esta extralimitada configuración del deslinde, que difiere mucho de su tradicional alcance desde que

la figura se recibiese en la Ordenanza de Montes de 1833 —por influencia del ordenamiento francés—, sitúa a la Administración en una posición impropia que no sólo se aparta —como hemos indicado— de la regulación de esta figura en la LPAP y en el RBCL sino que, a nuestro juicio, supone también una falla importante para el sistema registral inmobiliario y de la dualidad jurisdiccional que informa la competencia de los Tribunales para conocer las actuaciones administrativas dirigidas a la defensa de los patrimonios públicos, por mucho que puedan comprenderse las razones que ha compelido al legislador sectorial a predicar efectos reivindicativos de la titularidad demanial al deslinde cuando éste recae sobre bienes pertenecientes al llamado «demanio natural» (como las aguas continentales y las costas, no así las vías pecuarias)» (47).

VII. SOBANTES DE DESLINDES DE DOMINIO PÚBLICO

La LPAP recoge este supuesto en el artículo 54, el cual se produce cuando, en un deslinde de bienes demaniales, una vez determinados los límites de dichos bienes, sobran terrenos.

En estos casos, el citado precepto, en su número primero, dispone que «los terrenos sobrantes de deslindes de inmuebles demaniales podrán desafectarse en la forma prevista en el capítulo I del título III de esta ley».

La desafectación de los bienes y derechos demaniales supone la pérdida de esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, por dejar de destinarse al uso general o al servicio público (art. 69.1 LPAP). De este modo, el bien saldría del dominio público y, en consecuencia, dejaría de estar protegido por el régimen de demanialidad, pasando a tener la condición de bienes privados o patrimoniales de la Administración pública.

Se configura la desafectación como el único mecanismo de salida de la condición de dominio público de los bienes con tal calificación jurídica. Ello trae como consecuencia que los efectos de tal pérdida de afectación y de demanialidad no alteran el otro elemento esencial del dominio público, la titularidad pública de los bienes en cuestión, que lógicamente no se ve modificado por la desafectación, que es, en suma, una de las potestades (como es el caso también de la potestad de afectar) propias del sujeto titular público de los bienes de dominio público, y consecuencia, precisamente, de la titularidad sobre los bienes, entendida en términos más o menos amplios, en especial por lo que se refiere a los bienes de los organismos públicos (48).

(47) CARRILLO DONAIRE, J. A., *ob. cit.*, pág. 365.

(48) CLIMENT BARBERÁ, J., «Afectación, desafectación y mutación de destino de los bienes y derechos», en *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones públicas*, dir. Juan Francisco Mestre Delgado, El Consultor, Madrid, 2004, pág. 737.

Dicho esto, parece lógico que, ante la existencia de terrenos sobrantes tras el deslinde de un bien de dominio público, la consecuencia sea la desafectación de dichos terrenos, pues si el bien no es demanial, tiene que ser patrimonial.

Ahora bien, la letra del artículo 54 dice que los terrenos sobrantes «podrán» desafectarse, ¿significa ello que la desafectación es facultativa para la Administración?

Parece, y así lo ha destacado la doctrina (49), que la intención del legislador es que la desafectación, lo mismo que el deslinde, sea obligatoria, porque, como acabamos de ver, para un bien que no es de carácter demanial, la única opción posible es que sea de carácter patrimonial, de modo que la desafectación se impone como consecuencia necesaria en estos casos. La derogada LPE era clara al establecer el reconocimiento inmediato del carácter patrimonial de los terrenos sobrantes, cuando, en su artículo 122 disponía: «en los casos de deslinde del dominio público (...) los terrenos sobrantes se integrarán en el Patrimonio del Estado».

En definitiva, de lo expuesto se desprende que, cuando un bien deje de cumplir el fin público o el uso público que lo definía como demanial, quedará «materialmente» desafectado y, por ende, convertido en bien patrimonial; de ahí que el procedimiento de desafectación de los terrenos sobrantes tan sólo persiga declarar «formalmente» lo que de facto ya se ha producido antes (50).

Destaca JIMÉNEZ PLAZA (51) que el tema de los terrenos sobrantes constituye uno de los supuestos más problemáticos en materia de deslinde, pues si éste se limita con carácter general a fijar físicamente los linderos que separan un bien de la Administración del de un tercero cuando los límites entre ellos sean imprecisos o existan indicios de usurpación, ¿por qué la Administración, tras deslindar un bien demanial, puede decidir el destino de los terrenos que precisamente quedan fuera de ese deslinde?, es decir, ¿bajo qué título actúa la Administración sobre esos otros terrenos sobrantes del deslindado demanio público? Lo razonable, dice la autora, es pensar que, si la Administración deslinda sus bienes con el fin de protegerlos y conservarlos ante supuestas amenazas de terceros, una vez efectuado el deslinde, su ámbito de decisión se limitará justamente a gestionar el terreno deslindado, puesto que, teóricamente, sobre la otra parte no ostentará ningún derecho, ya que, si así fuera, también esos terrenos habrían quedado dentro de los márgenes del deslinde. En fin, dado que mediante el deslinde no se hacen declaraciones de propiedad sobre los bienes, ¿por qué la Administración puede adoptar, no ya

(49) JIMÉNEZ PLAZA, I., *ob. cit.*, pág. 644, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial*, T. I., Bosch, 2005, pág. 480.

(50) JIMÉNEZ PLAZA, I., *ob. cit.*, pág. 644. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *ob. cit.*, pág. 480.

(51) JIMÉNEZ PLAZA, I., *ob. cit.*, págs. 645 y 646.

sobre el terreno deslindado, sino sobre los terrenos sobrantes, decisiones inherentes a la titularidad dominical, como, por ejemplo, decidir su destino?

Para solucionar este interrogante, la autora propone dos soluciones:

1.^a Reconocer que la Administración, aprovechando el acto de deslinde, lleva a cabo una autoatribución de la propiedad de los terrenos sobrantes.

La autoatribución dominical tendría naturaleza no ya expropiatoria, sino confiscatoria, al no haberse seguido procedimiento administrativo alguno; lo cual no convence a la autora, porque, ciertamente, una cosa es que la Administración actúe como juez y parte en el deslinde administrativo, y otra bien distinta es que, en el uso de esa prerrogativa exorbitante en la que decide hasta donde llegan los límites de sus bienes demaniales, se atribuya, además, a su favor la propiedad de los terrenos que sobren del deslinde, lo cual constituye una actuación arbitraria que perjudicaría los derechos legítimos de los eventuales afectados.

2.^a Concluir que la Administración está utilizando el acto de deslinde para afectar y desafectar sus bienes.

En este caso, la Administración ostentaría la titularidad dominical de todos los terrenos y utilizaría erróneamente el deslinde como mecanismo de clasificación de sus bienes en demaniales y patrimoniales, para llevar a cabo afectaciones, desafectaciones y mutaciones demaniales; solución por la que se decanta la autora, por ser la más acorde con el respeto a la propiedad privada reconocido en el artículo 33 de la Constitución Española.

Ciertamente si, como acabamos de ver, la desafectación afecta a la demanialidad de los bienes pero no altera el otro elemento esencial del dominio público, la titularidad pública de los bienes en cuestión, por ser, en suma, una de las potestades (como es el caso también de la potestad de afectar) propias del sujeto titular público, hemos de reconocer, necesariamente, que la Administración sigue siendo titular de los terrenos sobrantes. Y, a mi modo de ver, la única justificación posible para tal afirmación es partir de que la Administración utiliza el deslinde para determinar el carácter demanial o patrimonial de sus bienes, pues lo contrario implicaría que la Administración se atribuyera la titularidad de terrenos que, en realidad, no le corresponderían, lo cual iría en contra no sólo del artículo 33 de la Constitución Española, sino también del propio fundamento del deslinde administrativo, al cual se le considera como una de las facultades exorbitantes que integran la potestad de autotutela de la propiedad y posesión administrativa, permitiendo a las Administraciones públicas acometer la defensa autónoma e inmediata de sus bienes y derechos sin dependencia de los Tribunales de Justicia, a fin de que puedan servir de forma instrumental a la satisfacción de los intereses públicos, intereses que, obviamente, no existirían en los supuestos que estamos tratando.

En cuanto a la forma de llevarse a cabo el deslinde de los terrenos sobrantes, el número 2 del artículo 54 dispone que «a estos deslindes acudirá un

representante del Ministerio de Hacienda, si la competencia para efectuarlo no correspondiese a este departamento, a cuyos efectos el órgano competente para el deslinde cursará la oportuna citación a la Delegación de Economía y Hacienda en cuya demarcación radiquen los bienes de que se trate».

Finalmente, el número 3 del citado precepto prevé la posibilidad de que el Director General del Patrimonio del Estado inste de los departamentos ministeriales y organismos públicos competentes el deslinde de los inmuebles demaniales, a efectos de determinar con precisión la extensión de éstos y la eventual existencia de terrenos sobrantes.

RESUMEN

DESLINDE ADMINISTRATIVO

Entre las facultades y prerrogativas que, para la defensa de su patrimonio, concede la Ley 33/2003 a las Administraciones públicas, está la de deslindar en vía administrativa los bienes inmuebles de los que sean titulares cuando se dan los presupuestos que la propia Ley determina.

El carácter público de estos bienes dota al deslinde administrativo de una serie de notas específicas que lo diferencian del deslinde civil y que lo configuran como una manifestación del privilegio de autotutela de las Administraciones públicas, permitiéndoles acometer la defensa autónoma e inmediata de sus bienes y derechos sin dependencia de los Tribunales de Justicia, para que puedan llevar a cabo de forma adecuada el cumplimiento de sus fines. Esta posición de supremacía de la Administración se observa claramente en el procedimiento para realizar el deslinde.

Pero una de las cuestiones más importantes que se plantean en torno al deslinde administrativo es la de sus efectos, sobre todo en lo relativo a los derechos de los terceros, y, en consonancia con ello, a si el acto administrativo que pone fin al deslinde es suficiente para proceder a la modificación de las inscripciones registrales, pues, aun cuando

ABSTRACT

ADMINISTRATIVE SURVEYS

One of the faculties and prerogatives that Act 33/2003 grants the government for defending public assets is the ability to take administrative action to have surveys made of government-owned immovable property when the conditions outlined in the act are met.

Because of the public nature of the property concerned, administrative surveying contains a series of specific notes that makes it different from civil surveying and turns it into a manifestation of government's privilege of self-protection, enabling government to take immediate, autonomous action to defend its property and rights without depending on the court system, so that government can do its job properly. This position of government supremacy can be observed clearly in the surveying procedure.

But one of the most important issues concerning administrative surveys is that of the effects, especially as regards the rights of third persons and, in a related matter, as regards whether an administrative act concluding a survey is sufficient grounds for amending registration entries. Even though Act 33/2003 strictly limits the efficacy of administrative surveys to the possessory realm, sector-specific legislation on coasts, water and livestock trails gives administrative

el deslinde, según la Ley 33/2003, desenvuelve su eficacia en el ámbito estrictamente posesorio, en la legislación sectorial sobre costas, aguas y vías pecuarias se le otorga una eficacia mucho mayor, al derivarse del mismo efectos declarativos de la posesión y de la titularidad demanial, a la vez que se concede al título de deslinde eficacia prevalente respecto de las titularidades contradictorias.

Finalmente, la Ley prevé el régimen jurídico para los terrenos sobrantes tras el deslinde, lo cual provoca no pocos problemas, fundamentalmente respecto del destino de los citados terrenos.

surveys much greater efficacy. Under this latter type of legislation, declaratory effects of possession and inalienable property ownership in the public domain may stem from administrative surveys, and survey titles are vested with an efficacy that prevails over any contradictory titles.

Lastly, the act lays down the system of rules for land left over after an administrative survey. Such land causes no few problems, fundamentally the problem of what is to be done with it.

(Trabajo recibido el 28-5-09 y aceptado para su publicación el 30-6-2010)

DICTÁMENES Y NOTAS

Requisitos para la interposición de las demandas de retracto de comuneros. Algunos problemas prácticos

por

YOLANDA BERGEL SAINZ DE BARANDA
Profesor ayudante específico
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.
2. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA.
3. COMPETENCIA:
 - a) COMPETENCIA OBJETIVA.
 - b) COMPETENCIA TERRITORIAL.
4. LEGITIMACIÓN:
 - a) LEGITIMACIÓN ACTIVA.
 - b) LEGITIMACIÓN PASIVA.
5. PLAZO PARA INTERPONER LA ACCIÓN:
 - a) BREVEDAD DEL PLAZO.
 - b) CÓMPUTO DEL PLAZO.
 - c) NATURALEZA DEL PLAZO.
 - d) SOBRE LA APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 133.4 Y 135.1 LEC AL PLAZO DEL ARTÍCULO 1.524 DEL CÓDIGO CIVIL.
6. CONSIGNACIÓN JUDICIAL DEL PRECIO DE VENTA:
 - a) SOBRE LA NECESIDAD DE CONSIGNACIÓN JUDICIAL DEL PRECIO DE VENTA.
 - b) FORMA DE LLEVAR A CABO LA CONSIGNACIÓN.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El derecho de retracto es un derecho de adquisición preferente que, ante la enajenación de una cosa, otorga a una persona la facultad de adquirir la

cosa del adquirente pagando el precio que éste había dado por la ella. Nuestro Código Civil regula el derecho de retracto en el Libro IV, Título IV, referente al contrato de compraventa y, dentro del capítulo VI dedicado a la resolución de dicho contrato, distingue los retractos convencionales (arts. 1.507 a 1.520) y los legales (arts. 1.521 a 1.525). Como tipos de retractos legales el Código Civil regula en el artículo 1.522 el retracto de comuneros y en el artículo 1.523 el de colindantes. La regulación de los retractos en el Código Civil se completa con el artículo 1.708, que regula el retracto de consocios cuando la sociedad está en liquidación; los artículos 1.535 y 1.536, que regulan el retracto de derechos litigiosos; y el artículo 1.636 del Código Civil sobre el retracto enfiteútico.

El artículo 1.521 del Código Civil define el retracto legal como el derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere la cosa por compra o dación en pago. Es éste, por lo tanto, un derecho de adquisición que restringe la libertad del propietario de vender a quien desee, y también la del comprador de la cosa, que puede verse privado de ella en caso de que se ejercite con éxito el derecho de retracto ante los Tribunales (1).

El artículo 1.522 del Código Civil, que regula el retracto de comuneros, establece que el copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. Con la regulación de este retracto se pretendía acabar con

(1) El titular del derecho de retracto puede hacerlo efectivo sea quien sea la persona a la que se transmita la cosa y, además, puede ejercitarse, no sólo contra el primer adquirente de la cosa, sino también contra los sucesivos adquirentes. Esta eficacia frente a terceros ha determinado que gran parte de la doctrina considere el derecho de retracto como un derecho de carácter real. Vid. *ad ex*, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, II, Madrid, 1950, pág. 33; LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. II, págs. 322 y 329; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Ed. Centro de Estudios Registrales, 4.ª ed., Madrid, 2001, págs. 754, 755 y 774; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo III, pág. 481 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo IV, pág. 224; BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (Tanteo, retracto y opción)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 23; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Comentario al artículo 1.521», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo II, págs. 1006 y 1007, y DIEZ SOTO, C. M., *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, pág. 74.

En contra del carácter real del derecho de retracto se muestran DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, pág. 102; DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pág. 55. Estos autores entienden que se trata de un derecho de adquisición que permite a su titular dirigirse contra terceros, pero que carece de eficacia real porque no confiere un poder directo e inmediato sobre la cosa.

Finalmente el carácter real o no de los derechos de adquisición preferente depende del concepto de derecho real que se tenga (en este sentido, LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. II, pág. 322). No lo serían si se tiene en cuenta que los derechos reales otorgan un poder directo e inmediato sobre la cosa, y sí si se prima el hecho de que conceden a su titular la facultad de actuar sobre la cosa sin intermediación del propietario.

supuestos de comunidad y terminar con situaciones de indivisión que se entendían ineficaces y poco económicas (2).

En el retracto de comuneros, el propietario de una cuota tiene derecho en todo caso a adquirir preferentemente la cuota que se transmita a un extraño a la comunidad (3). Se pretende que el vendedor quede en la misma situación que tenía antes del ejercicio del derecho. De igual manera se pretende que el primitivo comprador quede en las mismas condiciones que tenía antes de celebrar el contrato. En consecuencia, el retrayente debe pagar al comprador no sólo el precio pagado sino también cuantos gastos se le ocasionaron por razón del contrato. Así, el artículo 1.518 del Código Civil establece que, para ejercitar el retracto, el retrayente debe rembolsar al comprador el precio de venta más los gastos del contrato, los necesarios y útiles hechos en la cosa (4) y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

En cuanto a qué negocios determinan la puesta en marcha de los derechos de adquisición, aunque no hay un criterio uniforme, sí es cierto que, en principio, y salvo determinación expresa en el caso concreto, lo hacen la compraventa y la dación en pago (5). Esto, para el caso del retracto, porque el artículo 1.521 del Código Civil otorga el derecho de retracto para esos casos y porque el carácter fungible de la contraprestación hace posible que en esos casos el vendedor se mantenga en una situación igual a la que surgió de la compraventa.

A nosotros, para este trabajo, nos interesa en especial el retracto de comuneros, pues vamos a tratar de exponer los problemas que plantea en la actualidad el ejercicio de la acción de retracto de comuneros ante los Tribunales para tratar de dar una solución a los mismos.

(2) Sobre el espíritu de la regulación del retracto y las distintas soluciones que pueden adoptarse en caso de venta de cosa común dependiendo del interés que se pretenda proteger, vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-editorial, Madrid, 1852, pág. 425.

(3) La condición de comunero ha de concurrir tanto en el momento de la enajenación como en el momento del ejercicio del retracto. De igual forma, la condición de extraño a la cosa común ha de concurrir tanto cuando se adquiere la cuota como cuando se ejercita el retracto. Al respecto, vid. las recientes SAP de Granada, de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/52350); SAP de Álava, de 16 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/8643) y 1 de junio de 2007 (*AC* 2007/1840); SAP de Pontevedra, de 10 de abril de 2008 (*RJ* 2008/2163329); SAP de Las Palmas, de 10 de diciembre de 2007 (*AC* 2008/325); SAP de Madrid, de 25 de julio de 2007 (*RJ* 2007/347083), y SAP de Cádiz, de 11 de marzo de 2003 (*EDJ* 2003/46805). Sobre la condición de extraño, vid. también la STS de 23 de julio de 1991 comentada por GRAMUNT FOMBUENA, M. D., en *CCJC*, 1991, núm. 27, pág. 911 y sigs.

(4) Aunque éstos, dado el breve plazo de nueve días para ejercitar el retracto de comuneros difícilmente tendrán lugar.

Sobre el precio que debe pagar el retrayente resulta de gran interés el reciente trabajo de GÓMEZ CALLE, E., «El precio a pagar por el retrayente para ejercitar su derecho de adquisición preferente», en *ADC*, vol. 62, núm. 2, 2009.

(5) Un estudio doctrinal y jurisprudencial completo sobre los negocios que dan lugar al ejercicio del retracto lo encontramos en Díez Soto, C. M., *Ejercicio y efectos de los tanteos y retractos legales*, págs. 78 a 83.

El retracto legal de comuneros establecido en el artículo 1.522 del Código Civil es una figura jurídica que se plantea en la práctica en muchas ocasiones. El desarrollo inmobiliario de España en años recientes ha supuesto la venta de bienes inmuebles que en no pocas ocasiones se encontraban en manos de comunidades, sobre todo de comunidades hereditarias. Y ya se sabe que la disolución de estas comunidades puede no ser todo lo pacífica que debería esperarse. No es extraño el caso de que la mayoría de los comuneros tenga intención de vender su parte en la comunidad mientras que alguno de ellos impide la venta a persona extraña a la comunidad mediante el ejercicio del derecho de retracto ante los Tribunales.

Llegado el caso, las partes pueden encontrarse con algunas incógnitas sobre cómo debe ejercitarse esa acción y los requisitos que debe cumplir. Esto, por un lado, porque la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (en adelante, «LEC») ha incorporado algunos cambios en este terreno frente a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante, «LEC 1881») que pueden llevar a interpretaciones distintas. Por otro lado, porque sobre algunos aspectos, la jurisprudencia de nuestros Tribunales no es pacífica y, finalmente, porque han llegado al Tribunal Constitucional cuestiones relativas al ejercicio de la acción de retracto en cuanto a las que éste ha cambiado la orientación de algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo; sobre todo porque se ha abierto la mano en cuanto a los medios de pago admisibles en la consignación del precio de venta. Pero esta doctrina del Tribunal Constitucional no puede dar lugar a una flexibilización en todos los aspectos de los requisitos para interponer las demandas de retracto como pretenden algunos retrayentes. No puede llevarse tan lejos la flexibilización de manera que se desvirtúe la esencia de la figura del retracto legal. Nos parece, no obstante, que nuestro Tribunal Supremo es bastante juicioso en sus decisiones y mantiene en sus pronunciamientos más recientes una línea adecuada a la esencia y razón de ser de los retractos de comuneros.

No es el objetivo de este trabajo estudiar en general el retracto de comuneros. Para eso ya contamos con magníficos estudios de nuestra mejor doctrina (6). Lo que pretendemos con este análisis es, como hemos señalado,

(6) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, II, Madrid, 1950, pág. 33 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. II, ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 327 y sigs.; Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, ed. Civitas, Madrid, 1995, 4.ª ed., pág. 102 y sigs.; Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 55 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Ed. Centro de Estudios Registrales, 4.ª ed., Madrid, 2001, pág. 754 y sigs.; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo III, pág. 481 y sigs.; LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo IV, pág. 224 y sigs.; BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (tanteo, retracto y opción)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Comentario al artículo 1.521», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, Tomo II, págs. 1006 y 1007; Díez SOTO, C. M., *Ejercicio y efectos de los tanteos y*

abordar los problemas que plantea en la actualidad el ejercicio de la acción de retracto de comuneros ante los Tribunales.

Ello no obstante, vamos a hacer una breve exposición histórica del derecho de retracto en el Ordenamiento Jurídico español y un breve examen de las leyes que lo han regulado. Con ello tendremos una base de partida que ayudará a entender mejor los problemas que se plantean en la actualidad y que son los que aborda este trabajo.

2. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

Desde muy antiguo existen previsiones sobre derechos de adquisición preferente (7). El Derecho romano no conoció el derecho de retracto legal pero sí el retracto convencional (8). Tampoco lo preveían los Códigos visigodos. Es en los Fueros municipales dónde parece encontrarse en España el origen del retracto, gentilicio en este caso (9), ante el interés de los señores feudales de conservar dentro de la familia la propiedad inmobiliaria; retracto gentilicio que también se estableció en el Fuero Viejo de Castilla y en el Fuero Real (10).

Pero, por lo que se refiere al retracto de comuneros como tal, debemos esperar hasta las Leyes de Toro para verlo establecido en España. Las Partidas habían previsto el derecho de tanteo pero no el de retracto (vid. Ley 55, Título V, partida V). Es la Ley 74 de las Leyes de Toro, al establecer un orden de preferencia entre retrayentes, la que se refiere ya al derecho del que «tiene parte en la cosa». El supuesto contemplado es ya entonces la venta de una heredad [todavía no se regula la existencia del derecho de retracto en caso de dación en pago aunque algunos comentaristas ya consideraban que debía in-

retractos legales, ed. Dykinson, Madrid, 2000; VILALTA NICUESA, E. y MÉNDEZ TOMÁS, R. M., *Retractos legales*, ed. Bosch, Barcelona, 2004; y BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.^a ed., Pamplona, 2009.

(7) LÓPEZ DIÉGUEZ, R., *Exposición histórica del retracto en general, y examen crítico de las leyes de España sobre esta materia*, Imprenta de Santiago Aguado, Madrid, 1866, págs. 9 a 11, y BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (tanteo, retracto y opción)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 8, hablan ya de textos mosaicos que se refieren a derechos de adquisición preferente.

(8) LÓPEZ DIÉGUEZ, R., *Exposición histórica del retracto en general y examen crítico de las leyes de España sobre esta materia*, Imprenta de Santiago Aguado, Madrid, 1866, págs. 11 a 16, y BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el Derecho español (tanteo, retracto y opción)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958, págs. 9 y 10.

(9) LÓPEZ DIÉGUEZ recoge en su obra los ejemplos de los Fueros de Cáceres, Alcalá de Henares, Zamora, Salamanca y Baeza; LÓPEZ DIÉGUEZ, R., *Exposición histórica del retracto en general, y examen crítico de las leyes de España sobre esta materia*, Imprenta de Santiago Aguado, Madrid, 1866, págs. 11 a 16.

(10) Cuya Ley 13, Título 10 del libro 3.^o se considera la base de las posteriores. Esta Ley 13 establece el derecho de retracto gentilicio a favor del pariente más cercano al vendedor que debía ejercerlo dentro del plazo de nueve días desde la compraventa y pagando al comprador «el precio por que es vendida la heredad».

cluirse (11)] a un extraño. En la Ley 75 se establecía para esos comuneros los mismos requisitos para el ejercicio del retracto que para los parientes en el retracto gentilicio (12). Esos requisitos eran, básicamente, la consignación del precio de venta en tiempo (dentro de los nueve días desde que fuera vendida la heredad) y forma (vid. Ley 75 en relación con la Ley 13, Título 10 del libro 3.º del Fuero Real). Posteriormente, la Novísima Recopilación no hace sino reproducir las Leyes de Toro relativas al retracto de comuneros.

El proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA regula el retracto legal en los artículos 1.450 a 1.454. El artículo 1.451 se refiere al retracto de comuneros: «el co-propietario de una cosa común que no puede dividirse comodamente ó sin menoscabo, puede usar del retracto en el caso de venderse á un extraño la parte de alguno o de los demás condueños». Por su parte, el artículo 1.452 del Código Civil de 1851 señala que no puede usarse el derecho de retracto sino dentro de los nueve días, contados desde el requerimiento que haga el vendedor o el comprador al que tiene tal derecho. Con la exigencia de este requerimiento se pretendía terminar con los problemas que pudiera plantear la prueba del momento del conocimiento por parte del retrayente (13). Este requisito, como veremos, ha desaparecido hoy en día. Ya no lo exige el artículo 1.524 del Código Civil vigente que establece que no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de los nueve días contados desde la inscripción en el Registro y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta (14).

(11) LÓPEZ DIÉGUEZ, R., *Exposición histórica del retracto en general, y examen crítico de las leyes de España sobre esta materia*, Imprenta de Santiago Aguado, Madrid, 1866, pág. 31. Habrá que esperar hasta el Proyecto de Código Civil de 1851 para ver incorporada en su artículo 1.450 la dación en pago como negocio desencadenante del derecho de retracto. Al respecto, vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-editorial, Madrid, 1852, pág. 425; y Díez Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 513.

(12) Ley 75: «Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene común con otro en caso que según la ley de la partida, la pudiera el comunero sacar, por el tanto que sea obligado que la quisiere sacar, a consignar el precio en el tiempo y término y con las diligencias y solemnidades de la manera que la pudiera sacar el pariente más propinco, cuando fuera de su patrimonio y abolengo, de suerte que lo contenido en la dicha ley del fuero, y ordenamiento de Nieva, y en estas nuestras leyes, y se platique en caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida por el tanto» (nuestra la cursiva).

http://fondosdigitales.us.es/fondos/libros/13/17/leyes-de-toro-1505-quaderno-de-las-leyes-y-nuevas-decisiones-sobre-las-dudas-de-derecho-que-continuamente-solian-y-suelen-ocurrir-en-estos-reynos-enque-auia-mucha-diuersidad-de-opiniones-entre-los-doctores-y-letrados-destos-reynos/vista_amplia/

(13) GARCÍA GOYENA comenta que «se evitan así los fraudes a que frecuentemente se recurría con objeto de hacer ilusorio el retracto». GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-editorial, Madrid, 1852, pág. 427.

(14) Conocimiento al que el retrayente puede llegar por cualquier vía, sin que haya obligación ni del comprador ni del vendedor de comunicar la compraventa. Lo cual no

Finalmente, el artículo 1.454 del Código Civil de 1851 remite, entre otros, a lo dispuesto en el artículo 1.447, que disponía que el vendedor no podía hacer uso del retracto sin rembolsar al comprador el precio de venta, y además los gastos del contrato y cualquier gasto hecho para la venta y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. Una redacción, como vemos, muy semejante a la del actual artículo 1.518 del Código Civil.

En cuanto al procedimiento para ejercitar el derecho de retracto, vamos a ver cómo se ha regulado en las distintas Leyes de Enjuiciamiento Civil.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 en su artículo 674 establecía ya como requisitos para dar curso a las demandas de retracto: 1.º) Que se interponga en el juzgado competente (15) dentro de nueve días contados desde el otorgamiento de la escritura de venta. 2.º) Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea. 3.º) Que se acompañe alguna justificación, aun cuando no sea cumplida, del título en el que se funde el retracto. 4.º) Que se contraiga, si el retracto es gentilicio, el compromiso de conservar la finca retraída a lo menos dos años, a no ser que alguna desgracia hiciere venir a menos fortuna al retrayente y le obligara a la venta. 5.º) Que se comprometa el comunero a no vender la participación del dominio que retraiga, durante cuatro años. 6.º) Que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño directo o el útil, el compromiso de no separar ambos dominios durante seis años. 7.º) Que se acompañe la demanda en papel común.

A nuestros efectos, lo más destacado de este texto es que ya se exigía la interposición de la demanda en un plazo de nueve días contados desde el otorgamiento de la escritura de venta y, sobre todo, el hecho de que fuera necesario consignar el precio de venta para poder ejercitar el derecho de retracto. Se garantizaba así al demandado que, en caso de prosperar el retracto, existirán fondos para pagarle el precio que él había dado por la cosa.

Prácticamente en nada altera el texto de 1855 la LEC de 1881 cuyo artículo 1618.1.º establecía que: para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: 1.º) Que se interponga dentro de nueve días, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta. 2.º) Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea. 3.º) Que se acompañe alguna justificación, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funde el retracto. 4.º) Que se contraiga, si el retracto es gentilicio, el compromiso de conservar la finca retraída a lo menos dos años, a no ser que alguna desgracia hiciere venir a menor fortuna al retrayente y le obligare a la venta. 5.º) Que se comprometa el comunero a no vender la participa-

quita para que una comunicación de este tipo deba considerarse como una muestra de buena fe por parte de los intervinientes en la compraventa.

(15) A este respecto, el artículo 673 de la LEC de 1855 otorgaba la competencia para conocer de las demandas de retracto al Juez del lugar en que estuviera situada la cosa o al del domicilio del comprador, a elección del demandante (Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, edición oficial, Madrid, 1855).

ción del dominio que retraiga durante cuatro años. 6.º) Que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño del dominio directo o el del útil, el compromiso de no separar ambos dominios durante seis años. 7.º) Que se acompañe copia, en papel común, de la demanda y de los documentos que se presenten.

Sí ha habido, sin embargo, cambios importantes en el tratamiento de los retractos legales en la LEC 1/2000 vigente, lo cual ha dado lugar a distintos problemas que pasaremos a analizar más adelante en nuestro estudio pero que podemos ya apuntar aquí. El juicio de retracto legal deja de tener bajo esta LEC un procedimiento especial para pasar a decidirse en el juicio ordinario. Así lo establece el artículo 249.1.7.º LEC.

Por su parte, el artículo 266.3.º de la LEC es el que establece los requisitos para la interposición de las demandas de retracto. En él desaparecen varios de los requisitos que históricamente se venían exigiendo para el ejercicio del derecho, como los compromisos de no enajenar lo comprado como consecuencia del retracto. Continúan vigentes, sin embargo, la necesidad de aportar prueba del título en que se funde la demanda y el requisito de consignar el precio de venta si fuera conocido, o de prestar caución que garantice la consignación en cuanto se conozca, aunque se puntualiza, siempre que tal consignación «se exija por ley o por contrato». Esta última exigencia da lugar a opiniones encontradas como veremos a lo largo de este estudio.

No es este el lugar para hacer balance de la regulación del procedimiento para interponer las demandas de retracto en la LEC vigente. Pero, como vamos a ver, es cierto que la falta de claridad de esa regulación da lugar a diversos problemas de índole práctico de importancia a la hora de valorar la adecuación de las demandas de retracto a lo exigido en las normas.

Realizada esta exposición histórica del panorama legislativo sobre el derecho de retracto en general, y de comuneros en especial, vamos a estudiar ahora el porqué de los distintos problemas que plantea en la actualidad el ejercicio de la acción de retracto. Como hemos mencionado al principio de este trabajo, los cambios legislativos introducidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, junto con decisiones judiciales enfrentadas sobre algunos temas, plantean incógnitas sobre el camino a seguir a la hora de interponer una demanda en ejercicio del derecho de retracto de comuneros.

Pasemos, por lo tanto, a ver los distintos requisitos que debe cumplir la demanda de retracto de comuneros para poder apreciar qué problemas plantea en nuestro Ordenamiento Jurídico actual.

3. COMPETENCIA

Analizamos, en primer lugar, la competencia, tanto objetiva como territorial, para interponer la acción de retracto. De los requisitos para interponer

la acción de retracto nos parece que estos son hoy en día los que presentan menos dificultades.

a) COMPETENCIA OBJETIVA

En cuanto a la competencia objetiva, como ninguna disposición expresa atribuye la competencia de los juicios de retracto a ningún Tribunal especializado, se aplica la regla general del artículo 45 LEC. En su virtud, la competencia para conocer de estos asuntos corresponde a los Juzgados de Primera Instancia.

b) COMPETENCIA TERRITORIAL

Por lo que se refiere a la competencia territorial, habrá que distinguir si el bien objeto de retracto es mueble o inmueble. Para el caso de bienes muebles, y a falta de regla especial, el fuero aplicable es el general del artículo 50 LEC (16). Este precepto señala como fuero general el domicilio del demandado.

En caso de que el bien objeto de retracto sea inmueble, nos parece que no debe haber duda sobre la aplicación a este tipo de acciones del artículo 52.1.1.º LEC. A nuestro juicio, el artículo 52.1.1.º LEC fija una competencia territorial especial a estos efectos. Dicho artículo dispone que: «En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles será el Tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa. Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será Tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante». Por su parte, el artículo 54.1 LEC señala que la competencia territorial del artículo 52.1.1.º LEC tiene carácter imperativo, por lo que no es disponible.

El problema surge entonces cuando la acción se interpone ante un Tribunal sin competencia territorial para conocer de la acción de retracto, por ejemplo, porque se atenga el demandante al fuero general. Para estos casos, existe jurisprudencia que señala que la demanda de retracto efectuada ante Juez que carece de jurisdicción no puede surtir efectos de clase alguna (17). Esto supone que la demanda de retracto ante un órgano judicial territorialmente incompetente no sería una vía eficaz para ejercitar el derecho de retracto y debería rechazarse. Cuando la competencia territorial venga fijada por reglas imperativas, el Tribunal debe examinar de oficio su competencia y si

(16) Artículo 51 LEC para personas jurídicas.

(17) SSTs de 4 de mayo de 1956 (*RJ* 1956/2412) y de 30 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992/7419).

entiende que carece de competencia para conocer del asunto lo declarará mediante auto, remitiendo las actuaciones al Tribunal al que considere territorialmente competente (vid. art. 58 LEC).

En caso de que se admitiera a trámite la demanda interpuesta ante Tribunal no competente, entendemos que el demandado tiene dos vías de actuación. Puede interponer la declinatoria a tenor del artículo 59 LEC. Pero, a nuestro juicio, también puede denunciar en su contestación el defecto de falta de jurisdicción territorial. Y esto, porque el fuero del artículo 52.1.1.º LEC es un fuero imperativo, y el artículo 59 LEC establece que la falta de competencia territorial sólo puede ser apreciada cuando se proponga en tiempo y forma la declinatoria, pero esto «fuera de los casos en que la competencia territorial venga fijada por la ley en virtud de reglas imperativas». En estos casos, entendemos que la falta de competencia territorial puede ser apreciada por el Juez en su decisión si el demandado lo ha puesto de manifiesto en su contestación o interpone algún recurso al respecto (18).

4. LEGITIMACIÓN

a) LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa corresponde al titular del derecho de retracto, en este caso, al comunero, que debe acreditar su calidad de tal (19). Éste debe justificar dicha legitimación documentalmente con un doble objetivo. En primer lugar para fundamentar su derecho. En segundo lugar, para que la demanda sea admitida a trámite, ya que el artículo 266.3.º LEC exige que se acompañen a la demanda, «los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto». No se admitirán a trámite las demandas que no acompañen justificación del título (vid. art. 269.2 LEC).

b) LEGITIMACIÓN PASIVA

La legitimación pasiva corresponde al comprador, no es necesario demandar al vendedor. Esto tiene sentido, ya que el vendedor ya ha recibido su precio y, en principio, no debería afectarle la personalidad del adquirente final de lo

(18) Esta opinión, si bien nos parece como decimos la más acertada, la damos con reparo. Somos conscientes de que, aunque no cabe otra interpretación de lo establecido en el artículo 59 LEC, es posible que el Juez no admita el argumento de la falta de competencia territorial si no se ha interpuesto la declinatoria o algún recurso al respecto.

(19) A este respecto, por todos, vid. BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.ª ed., Pamplona, 2009, págs. 226 a 239.

enajenado. Ello, por supuesto, no impide la intervención del vendedor en el procedimiento si tiene interés legítimo en ello, pero no es necesaria su intervención (20).

Es el comprador el que, si prospera la acción de retracto, va a ver afectado su derecho. Al comprador se le entregará el precio pagado por el bien, pero él deberá entregar el bien objeto del retracto al retrayente, otorgando la correspondiente escritura a su favor en caso de bienes inmuebles. De ahí su legitimación activa. Para que la relación procesal quede bien constituida basta con llamar como parte al comprador. Así lo han puesto de relieve nuestros Tribunales en un buen número de sentencias (21).

5. PLAZO PARA INTERPONER LA ACCIÓN

El artículo 1.524 del Código Civil establece que no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de los nueve días contados desde la inscripción en el Registro y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta (22). Si no se interpone la acción dentro de dicho plazo el derecho de retracto decae y la compraventa deviene firme.

a) BREVEDAD DEL PLAZO

El plazo de nueve días de que dispone el retrayente para ejercitar la acción es ciertamente un plazo breve. Su razón de ser estriba en que el derecho de retracto es un derecho de interpretación restrictiva (23). Esto, porque los retractos legales limitan el derecho de libre disposición del propietario al

(20) STS de 11 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/3896).

(21) Por ejemplo, SSTS de 3 de marzo de 2004 (*RJ* 2004/809), de 16 de mayo de 2003 (*RJ* 2003/4761), de 27 de junio de 2000 (*RJ* 2000/5740) y de 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997/5413).

(22) No vamos a profundizar en ello porque hoy es ya opinión consolidada que el derecho de retracto nace cuando la venta está consumada. El plazo no empieza a contar desde la celebración de la compraventa sino desde su consumación. Como bien ha dicho el profesor Rebolledo, esto tiene importancia cuando la enajenación se produce en documento privado porque si hay entrega de la cosa es indiferente el otorgamiento posterior de escritura pública. Este autor cita al respecto la STS de 8 de julio de 1946 (REBOLLEDO VARELA, A. L., *Comentario al artículo 1.524 del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1016). Más recientemente, en este mismo sentido, vid. SAP de Cáceres, de 9 de enero de 2004 (*EDJ* 2004/3526) y, sobre todo, STS 198/2009, de 18 de marzo (*JUR* 2009).

(23) Así lo señalan, por ejemplo, la STC de 24 de febrero de 1994 (*EDJ* 1994/1656), STS de 29 de mayo de 2006 (*RJ* 2006/3345) y la SAP de Córdoba, de febrero de 1992 (*EDJ* 1992/13207).

obligarle a vender la cosa objeto de los mismos a una persona determinada. Además, el plazo da seguridad jurídica, porque una vez transcurrido, el contrato de compraventa deviene firme e inatacable y se evita así que el comprador permanezca en situación de incertidumbre sobre la solidez de su derecho.

b) CÓMPUTO DEL PLAZO

Por estas razones el legislador fijó un plazo breve en el tiempo. Y no sólo eso, también fijó el momento de inicio del cómputo del plazo. Como vemos, el artículo 1.524 del Código Civil señala que el plazo de nueve días empieza a contar desde que se inscribió la venta que da lugar al retracto en el Registro y, a falta de inscripción, desde que se tuviera conocimiento de la venta.

Pero, respecto a este *dies a quo* para el cómputo del plazo, nuestros Tribunales han puntualizado que, si por cualquier razón el retrayente ha tenido conocimiento de la venta antes de su inscripción en el Registro, el plazo para la interposición de la demanda comienza desde que tuvo dicho conocimiento y no desde el momento de la inscripción (24). Esto es perfectamente lógico, pues de otra manera se estaría vulnerando la razón de ser del artículo 1.524 del Código Civil, ya que ese retrayente contaría con un plazo adicional; el que va desde su verdadero conocimiento hasta la inscripción en el Registro. Corresponde, por supuesto al demandado demostrar que el retrayente tuvo conocimiento completo de la enajenación y de sus condiciones antes de la inscripción [por ejemplo, fax comunicando la venta o solicitud por el retrayente de certificación del Registro en la SAP de Alicante, de 26 de octubre de 2005 (*EDJ* 2005/284846); conocimiento de la transmisión de dos fincas simultáneamente ejercitándose el retracto sólo con respecto a una de ellas en la SAP de Madrid, de 6 de febrero de 2006 (*EDJ* 2006/18143); testimonios que acreditan un conocimiento anterior en la SAP de Barcelona, de 29 de abril de 2002 (*EDJ* 2002/44277); o, en caso de enajenación judicial el momento de la subasta por ser un acto público cuando además hay alguna relación con la titularidad dominical en la SAP de Murcia 2002/31696) (25)].

(24) Así, por ejemplo, lo han señalado las SSTS de 5 de mayo de 1972 (*EDJ* 1972/250), de 30 de enero de 1989 (*EDJ* 1989/712), de 30 de octubre de 1990 (*EDJ* 1990/9868) y de 21 de julio de 1993 (*EDJ* 1993/7467).

(25) Al respecto, vid. también STS de 11 de julio de 1992 (*RJ* 1992/6280), de 8 de junio de 1995 (*EDJ* 1995/2643), comentada por BELLO JANEIRO, D. en *CCJC*, 1995, núm. 39, pág. 1119 y sigs. y de 27 de julio de 1996 (*EDJ* 1996/5748). Cuando la venta del bien objeto del retracto ha sido judicial, la celebración de la subasta, en tanto que se produce el remate y la adjudicación del bien (sino son simultáneos, cuando se consume mediante el auto de adjudicación), supone el nacimiento de la acción de retracto. Desde ese momento puede interponerse. No obstante, la sola publicidad de la subasta no basta para probar que el retrayente tuvo conocimiento de las condiciones de la venta. Es necesario probar que el retrayente tuvo conocimiento de tales circunstancias en el momento

Se admite, a estos efectos, la vía indirecta de las presunciones [por ejemplo, conocimiento de la enajenación por los hijos de la retrayente encargados de todo lo relativo a la finca objeto del retracto en la SAP de Málaga, de 21 de julio de 2005 (*EDJ* 2005/160385); intensas negociaciones para la enajenación de cuotas de varios hermanos en la SAP de Córdoba, de 19 de noviembre de 2004 (*EDJ* 2004/235628); o, condición de socio que tiene el retrayente de la entidad mercantil que transmite la finca en la STS de 9 de mayo de 2008 (*EDJ* 2008/2966)].

Así las cosas, si la enajenación se inscribe en el Registro de la Propiedad y no ha habido un conocimiento anterior a esa inscripción por el retrayente, el plazo de nueve días empieza a contar al día siguiente de practicarse el asiento de inscripción, y no desde el asiento de presentación, a pesar de que el artículo 24 de la Ley Hipotecaria retrotraiga la inscripción a la fecha del asiento de presentación (26).

Por otra parte, el artículo 1.524 del Código Civil establece que cuando la enajenación no tenga acceso al Registro, el plazo comienza a contar desde que el retrayente tuvo conocimiento de la venta. Por supuesto, el retrayente puede llegar a este conocimiento por sí mismo o a través de su representante legal. El conocimiento de la venta por parte del representante del retrayente tiene plena eficacia a estos efectos. Como es lógico, en caso de conocimiento de la venta por el representante del retrayente, la jurisprudencia entiende que el inicio del cómputo del plazo de nueve días comienza desde del momento en que la enajenación se pone en conocimiento del representante (27).

También es unánime la jurisprudencia sobre la necesidad de que ese conocimiento de la venta sea «completo, cumplido y cabal», abarcando noticia exacta de todos los extremos de la transmisión (28). La razón de esta

de la celebración para que sea este el *dies a quo* para el cómputo del plazo de nueve días. Así lo exigen recientemente las sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007/8929) en la que el Tribunal estima que el retrayente no tuvo conocimiento de las condiciones de la venta por la subasta sino por la notificación de la escritura pública de compraventa, y 126/2009, de 26 de febrero de 2009 (*JUR* 2009), en la que el Tribunal señala que se tuvo conocimiento de las condiciones de la subasta a raíz de la inscripción, 198/2009 de 18 de marzo (*JUR* 2009), y 235/2009 de 1 de abril (*JUR* 2009).

(26) STS de 2 de abril de 1956 y de 15 de diciembre de 1956, citadas por REBOLLEDO VARELA, A. L. en *Comentario al artículo 1.524 del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1015 a 1017. Recientemente, vid. STS de 27 de junio de 2000 (*EDJ* 2000/15622).

Sobre el conocimiento de la enajenación que deriva de la inscripción en el Registro, se ha sugerido que se sustituya por una notificación pues es fácil que la inscripción se produzca sin que se conozca por el posible retrayente (CORBACHO, J. A., «El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros», en *Derecho Privado y Constitución*, CEC, 1994, 3, pág. 294).

(27) Entre otras, vid. SSTS de 28 de mayo de 1963 (*RJ* 1963/2952), y de 23 de enero de 1990 (*EDJ* 1990/453); y SAP de Soria, de 7 de octubre de 2004 (*EDJ* 2004/190828).

(28) Entre otras muchas, vid. SSTS de 12 de diciembre de 1986 (*EDJ* 1986/7436); de 6 de junio de 1988 (*RJ* 1988/4820); y de 28 de febrero de 1989 (*RJ* 1989/1411); de

exigencia estriba en que sólo cuando el retrayente tenga pleno conocimiento de las condiciones de la transmisión podrá decidir si le interesa o no ejercitar su derecho de retracto de acuerdo con esas condiciones.

c) NATURALEZA DEL PLAZO

Asimismo, es jurisprudencia reiterada que el plazo de nueve días previsto en el artículo 1.524 del Código Civil es un plazo de caducidad, no admitiéndose, por lo tanto, ni interrupción (29) ni ampliación y sin que se descuenten los días inhábiles (30). Además, se trata de un plazo civil, por lo que se computa según establece el artículo 5 del Código Civil. De esta forma, el primer día queda excluido del cómputo, que empieza a contar al día siguiente de la inscripción o de que se tenga conocimiento de la transmisión.

d) SOBRE LA APLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 133.4 Y 135.1 LEC AL PLAZO DEL ARTÍCULO 1.524 DEL CÓDIGO CIVIL

El problema más interesante que a nuestro juicio plantea el plazo del artículo 1.524 del Código Civil está relacionado con este carácter civil del mismo. El plazo de nueve días establecido en el artículo 1.524 del Código Civil es un plazo sustantivo y no procesal. Nuestro Tribunal Constitucional

20 de mayo de 1991 (*RJ* 1991/3773); de 7 de marzo de 1996 (*RJ* 1996/1883), de 6 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1363), de 27 de junio de 2000 (*RJ* 2000/5740), de 20 de octubre de 2005 (*RJ* 2006/1964) y de 25 de mayo de 2007 (*RJ* 2007/3127).

(29) Suprimido el acto de conciliación con la reforma que la Ley 34/1984, de 6 de agosto, hizo de la LEC de 1881, ya no hay duda de que ningún acto puede interrumpir el plazo de nueve días para el ejercicio de la acción. Aunque se lleven a cabo negociaciones previas entre las partes, si no se llega a un acuerdo y el retrayente no interpone la demanda ante los Tribunales en plazo, habrá decaído su derecho. Al respecto, vid. las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 1981 (*EDJ* 1981/1334), de 20 de julio de 1993 (*EDJ* 1993/7388), de 25 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/2536), de 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997/5413), comentada por RONCESVALLES BALLER, C. en *CCJC*, núm. 45, septiembre-diciembre de 1997, pág. 1165 y sigs., y las recientes de las Audiencias Provinciales de La Coruña, de 3 de marzo de 1999 (*RJ* 1999/197); Cantabria, de 9 de octubre de 2001 (*JUR* 2001/32986); Málaga, de 31 de enero de 2002 (*EDJ* 2002/17213); Alicante, de 19 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/129043); Asturias, de 18 de marzo de 2003/231298), y Córdoba, de 24 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/143200). En la doctrina, por todos, vid. BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.ª ed., Pamplona, 2009, págs. 78 a 84.

(30) Entre otras muchas, vid. SSTs de 30 de abril de 1940 (*RJ* 1940/304); de 7 de octubre de 1978 (*EDJ* 1978/357); de 24 de octubre de 1978 (*EDJ* 1978/384); de 3 de noviembre de 1982 (*EDJ* 1982/6612); de 31 de marzo de 1984 (*EDJ* 1984/7147); de 18 de junio de 1986 (*EDJ* 1986/4211), de 30 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992/7419), y de 29 de mayo de 2006 (*RJ* 2006/3345).

ha tenido oportunidad de señalarlo así en su sentencia de 24 de febrero de 1994 (31). La cuestión que se plantea es si el retrayente puede acogerse a lo dispuesto en los artículos 133.4 y 135.1 LEC. El primero, prorroga los plazos que terminen en domingo u otro día inhábil hasta el día siguiente hábil. El segundo, permite la presentación de escritos hasta las quince horas del día siguiente hábil al del vencimiento del plazo. Esta cuestión no es en absoluto pacífica y tampoco baladí. Recordemos que si se presenta la demanda fuera de plazo el derecho de retracto decae y la transmisión se torna inatacable.

La cuestión es importante si tenemos en cuenta que en muchas ocasiones los abogados en ejercicio tienden a disfrutar de los plazos hasta el límite. En el caso que tratamos, una demanda interpuesta contando con las normas de los artículos 133.4 y 135.1 LEC, si consideramos que no resultan aplicables, supondría que el derecho ha decaído y no puede interponerse la acción de retracto de comuneros. Sobre esto, tenemos decisiones de nuestros Tribunales de lo más dispares (32):

(31) Vid. STC de 24 de febrero de 1994 (*EDJ 1994/1656*). Se planteó ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad relativa a si el plazo de caducidad establecido en el artículo 1.524 del Código Civil era contrario al principio de igualdad (por su cómputo distinto de la mayoría de los derechos de retracto) y al derecho a la tutela judicial efectiva (por su brevedad). El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del plazo y reiteró el carácter sustantivo, no procesal del mismo. COBACHO GÓMEZ, J. A., comenta esta sentencia en *Derecho Privado y Constitución*, 1994 (3), pág. 267 y sigs.

Son destacables las siguientes consideraciones del Tribunal:

«Y difícilmente hubiera podido producirse tal vulneración, pues el ejercicio del derecho de retracto en modo alguno se configura, tal y como se afirma en el auto que eleva la cuestión, como un requisito para obtener, precisamente, la tutela judicial efectiva: el establecido en el artículo 1.524 del Código Civil es un plazo para el ejercicio de un derecho, el de retracto, legalmente reconocido, cosa bien diferente de los requisitos que el legislador pueda establecer al configurar el acceso a la tutela judicial efectiva, a los que nos referíamos en nuestra STC 172/1987 (*RTC 1987/172*). El establecimiento de ese plazo viene determinado porque la ley otorga, en caso de que se enajene la propiedad, preferencia al copropietario, pero exige que esta preferencia se ejerza en un periodo determinado, transcurrido el cual decae.

Resulta, pues, que el derecho de retracto regulado en los artículos 1.521 y sigs. del Código Civil es un derecho de carácter sustantivo. Y el plazo que para el ejercicio de ese derecho se prevé en el artículo 1.524 del Código Civil es también, como acertadamente ponen de relieve tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado, un plazo sustantivo, no procesal: es, en efecto, un plazo para el ejercicio de un derecho, pero en modo alguno tiene relación con el acceso a los órganos jurisdiccionales a los efectos de obtener una resolución judicial motivada. De todo ello se desprende con claridad que ninguna relación existe entre el derecho a la tutela judicial efectiva, que es típicamente un derecho al proceso y en el proceso, y el precepto controvertido, que regula un derecho preferente a adquirir la propiedad en determinados supuestos. Este derecho es de creación legal y el legislador puede regularlo con la amplitud o restricción que considera más apropiada a la efectividad de los intereses en atención a los cuales los crea, dentro, claro está, de los límites que establece la constitución».

(32) Aunque las sentencias que mencionamos a este respecto se refieren a uno u otro artículo dependiendo del asunto que se les plantee (sólo algunas pocas se refieren tanto

(i) Por un lado, están aquellas decisiones que consideran aplicables las normas de los artículos 133.4 y 135.1 LEC al plazo establecido en el artículo 1.524 del Código Civil (33). Estas decisiones esgrimen las siguientes razones para su admisión. En primer lugar, señalan que el espíritu de dichas normas es, en el primero, permitir que se puedan presentar escritos cuando el día de vencimiento del plazo sea inhábil y, en el segundo, suplir la ausencia de un servicio específico que tenga atribuida la admisión de escritos cuya presentación esté sujeta a término en la franja horaria que existe entre el cierre del registro de entrada del Juzgado hasta las 24 horas. Creen, por lo tanto, que si se negara la aplicación de tales normas en el caso del plazo para la interposición de las demandas de retracto, se estaría reduciendo aún más el plazo para presentar la demanda, ya de por sí reducido. Si se niega la aplicación del artículo 133.4 LEC o se impide al retrayente presentar la demanda el último día en su integridad si se niega la aplicación del artículo 135.1 LEC, dicen estos pronunciamientos que se vulneraría el principio de tutela judicial efectiva. Entienden que admitir la aplicación de los artículos 133.4 y 135.1 LEC y permitir la interposición de la demanda al día siguiente cuando el día de vencimiento sea domingo o inhábil y hasta las 15 horas del día siguiente hábil en caso de vencimiento en día hábil es más acorde con el principio *pro actione* garantizado en el artículo 24 de la Constitución, tanto más cuando no es posible presentar la demanda civil en Juzgado con servicio de guardia como señala el artículo 135.2 LEC. También argumentan que ni el artículo 133.4 LEC ni el 135.1 LEC diferencian entre plazos procesales y civiles, y que sólo se refieren a escritos procesales, siéndolo tanto la demanda que comienza el procedimiento como los demás escritos presentados durante el mismo. Creen que admitir la aplicación de estos artículos al plazo del 1.524 del Código Civil no supone la indebida ampliación del plazo sino la solución a la falta de coordinación entre el artículo 133.1 LEC, que señala que los plazos expiran a las 24 horas del día de su término y el horario de la oficina judicial.

(ii) Por el contrario, hay decisiones que consideran inaplicables los artículos 133.4 y 135.1 LEC al plazo establecido en el artículo 1.524 del Código Civil (34). Existen sentencias que han considerado fuera de plazo las

al 133 como al 135 conjuntamente) no diferenciamos entre ellos en el análisis que aquí hacemos porque la razón de ser de ambos preceptos es la misma.

(33) En este sentido, por ejemplo, vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de junio de 2002 (*EDJ* 2002/53711); SAP de Almería, de 18 de diciembre de 2002 (*EDJ* 2002/69597); SAP de Zaragoza, de 9 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/1365); SAP de Burgos, de 11 de julio de 2007 (*JUR* 2008/95584), y SAP de Guipúzcoa, de 4 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/41708).

(34) Vid., por ejemplo, SSTS de 11 de febrero de 1959 (*RJ* 1959/472) y de 14 de noviembre de 1962 (*RJ* 1962/4539), SAP de Tenerife, de 13 de junio de 2005 (*EDJ* 2005/121760); SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (*EDJ* 20606); SAP de Álava, de 1 de

demandas de retracto interpuestas al día siguiente del vencimiento del plazo civil por haber sido éste inhábil. Y también las hay que rechazan la aplicación del 135.1 LEC y declaran la caducidad de la acción cuando la demanda se presenta al día siguiente del vencimiento del plazo antes de las 15 horas. Estas decisiones parten de la base de la diferencia que la Sala Primera del Tribunal Supremo hace entre términos sustantivos y procesales (35). Sobre la diferencia entre plazos sustantivos y procesales nuestro Tribunal Supremo ha dicho que sólo tienen carácter procesal los que tengan su origen o punto de partida en una actuación procesal, o sea, que «sólo tienen tal carácter los que comienzan a partir de una notificación, citación o requerimiento, pero no cuando se asigne el plazo para el ejercicio de una acción» (36).

Recordemos que esta diferencia ha sido tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia de 24 de febrero de 1994, en la que no dudó en calificar el plazo de nueve días del artículo 1.524 del Código Civil como un plazo sustantivo y no procesal. En concreto se dijo que el plazo para el ejercicio del derecho de retracto es «un plazo para el ejercicio de un derecho, pero en modo alguno tiene relación con el acceso a los órganos jurisdiccionales a los efectos de obtener una resolución judicial motivada» (37). Como tal plazo sustantivo, «no puede ser enjuiciado desde la óptica de los requisitos formales de los actos procesales» (38).

Así las cosas, y dado que el plazo de nueve días del artículo 1.524 del Código Civil es un plazo civil de caducidad, no susceptible de interrupción ni suspensión, un plazo de naturaleza sustantiva y no procesal, y que se computa de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 del Código Civil, las decisiones que rechazan la aplicación de los artículos 133.4 y 135.1 LEC lo

junio de 2006 (*EDJ* 2006); SAP de Soria, de 25 de septiembre de 2007 (*JUR* 2009/44453); SAP de Sevilla, de 8 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/176070); SAP de Guadalajara, de 4 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/296416); SAP de Cádiz, de 21 de enero de 2008 (*JUR* 2008/878); SAP de Valencia, de 9 de diciembre de 2008 (*JUR* 2009/175687); SAP de Castellón, de 26 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/275112), y SAP de Pontevedra, de 19 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/16198).

(35) Vid. por ejemplo, SSTS de 29 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/4828) y de 25 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001/8150).

(36) Vid. STS de 1 de febrero de 1982 (*EDJ* 1982/371).

(37) Fundamento Jurídico Segundo. STC de 24 de febrero de 1994 (*EDJ* 1994/1656).

(38) Vid. alegaciones del Fiscal General del Estado en la STC de 24 de febrero de 1994 (*EDJ* 1994/1656). Muy interesantes son también las consideraciones del Abogado del Estado cuando señala que: «El plazo de nueve días establecido en el artículo 1.524 del Código Civil es un plazo de caducidad de carácter sustantivo y no procesal: el ejercicio del retracto queda sujeto a dicho plazo en garantía de la certeza de las relaciones jurídicas y de la seguridad del tráfico. Colaciona la historia del precepto cuestionado y añade que el criterio del conocimiento probado y completo de la compraventa por parte del retrayente engendra una debilitación de las adquisiciones que puede durar largo tiempo, depender de demasiadas contingencias y engendrar comportamientos torticeros».

hacen porque son estos preceptos que se refieren a escritos sujetos a plazos procesales (39). No puede, por lo tanto, extenderse la aplicación de esos artículos a plazos sustantivos para la vigencia de un derecho, como el plazo de caducidad del artículo 1.524 del Código Civil, cuyo efecto es que el derecho se extingue el último día del plazo. Extinguido ese derecho no se puede ejercitar y por lo tanto los jueces no pueden reconocer su existencia (40).

Estas decisiones son conscientes del espíritu de las normas contenidas en los artículos 133.4 y 135.1 LEC (41), pero señalan que se refieren a plazos procesales y nunca pueden aplicarse al cómputo de plazos de caducidad de carácter sustantivo que transcurren al margen de los procedimientos judiciales y son improrrogables. Entienden que el retrayente debe actuar con diligencia en la protección de sus intereses y que no es diligente el que deja transcurrir el plazo para el ejercicio de su derecho, sabiendo lo breve del mismo. Señalan que no se vulnera el principio *pro actione* como elemento del contenido de la tutela judicial efectiva cuando de lo que se trata es de un ejercicio del derecho fuera del plazo dado para ello (42). Por el contrario, la caducidad

(39) De hecho, el título del Capítulo II en el que se incluyen reza: «Del tiempo de las actuaciones judiciales».

(40) Sobre la desaparición del derecho transcurrido el plazo de caducidad, vid. SSTS de 5 de julio de 1957 (*RJ* 1957/2554) y de 18 de octubre de 1963 (1963/4138).

(41) «La norma que permite presentar escritos hasta las quince horas del día hábil siguiente al vencimiento del plazo, y que en definitiva no supone más que una prórroga del plazo, admitida en la Ley procesal por razones de practicidad y de un mejor orden en la organización judicial, para evitar una carga de trabajo en los Juzgados de Guardia y eludir inútiles trámites de traslados de escritos y documentos entre los órganos judiciales, se refiere a los plazos procesales, es decir, a los plazos que se generan dentro de un proceso, que se inician a partir de la realización de algún acto o acontecimiento procesal» [Fundamento de Derecho Tercero, SAP de Sevilla, de 8 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/176070)].

(42) A este respecto son muy interesantes las consideraciones de la Audiencia Provincial de Guadalajara en su sentencia de 4 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/296416):

«Sentado lo que antecede, poco hay que añadir para desestimar la impugnación deducida, refiriéndonos por último al principio *pro actione* que considera vulnerado el recurrente». En efecto el Tribunal Constitucional ha ofrecido y desarrollado la doctrina de que los presupuestos formales no son obstáculos destinados a dificultar el pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sino mecanismos dirigidos a garantizar el acuerdo de la resolución judicial y, en razón de ello, los órganos judiciales están obligados a interpretar las normas legales ordenadoras de los requisitos de admisibilidad procesal en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, para evitar así la imposición de formalidades contrarias al espíritu y finalidad de la norma, que producirían la conversión de cualquier irregularidad formal en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, al margen de la finalidad justificante de la existencia de tal requisito (entre otras, SSTC núm. 3/1993 [*RTC* 1993/3], 59/1984 [*RTC* 1984/59], 162/1986 [*RJ* 1986/162], 46/1989 [*RTC* 1989/46], 59/1989 [*RTC* 1989/59], 62/1989 [*RTC* 1989/62], 121/1990 [*RTC* 1990/121] y 12/1992 [*RTC* 1992/12]).

Se relaciona esta postura con la mención al acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial efectiva, consistente en provocar la actividad jurisdiccional hasta desembocar en la decisión de un Juez (STC núm. 19/1981 [*RTC* 1981/19]);

del derecho trae consigo seguridad jurídica. No puede permitirse que se ejercite un derecho fuera del tiempo y forma en que lo establece la Ley.

A nuestro juicio estas últimas decisiones que deniegan la aplicación de los artículos 133.4 y 135.1 LEC al plazo establecido en el artículo 1.524 del Código Civil son más acertadas. Nos parece que la distinción entre plazos procesales y plazos sustantivos y la improrrogabilidad de estos es razón suficiente para defender la falta de aplicación de esas normas procesales al caso que nos ocupa. Creemos que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que es un derecho a obtener una resolución motivada de los órganos judiciales; un derecho a accionar y obtener una resolución. Y ese derecho a accionar lo tiene el retrayente que interpone la demanda, tal y como lo establece el artículo 1.524 del Código Civil, al que habrá de atenerse para que su acción pueda prosperar ante los Tribunales. El retrayente debe conocer el funcionamiento que las Leyes establecen para la presentación de escritos y cumplirlos (43). Es carga del retrayente tener en cuenta el límite temporal de su derecho y debe evitar demoras o inconvenientes en su cumplimiento. Si no interpone la demanda de retracto en el plazo de caducidad de nueve días civiles contados de acuerdo con lo señalado en el artículo 5 del Código Civil, sólo a él es imputable su falta de diligencia, y en ningún caso se le puede amparar ampliando un plazo que por naturaleza no es susceptible de prórroga.

A pesar de que somos plenamente partidarios de esta solución somos conscientes de que en el orden administrativo el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias a raíz de recursos de amparo que admiten la aplicación del artículo 135 LEC a plazos administrativos de carácter sustantivo basándose en el derecho a la tutela judicial efectiva que considera vulnerado si no se admiten escritos al día siguiente del vencimiento (44). ¿Cómo se justificaría esta solución en el orden civil a la vista de la sentencia del mismo Tribunal Constitucional, de 24 de febrero de 1994, que venimos mencionando? Aunque, como decimos, los supuestos son distintos por las diferencias entre

al respecto, dice literalmente la STC número 37/1995 (RTC 1995/37) que: «en este acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio *pro actione* que, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que, eventualmente, pueden configurarse.

No puede, en definitiva, mantenerse que se vulnera el principio invocado cuando se trata de un ejercicio extemporáneo lo que es imputable únicamente a la parte afectada».

(43) Vid. SSTs de 20 de julio de 2003 y de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5889).

(44) Vid. SSTC de 26 de septiembre de 2005 (RTC 2005/239), de 20 de noviembre de 2006 (RTC 2006/335) y de 12 de febrero de 2007 (RTC 2007/25). Por supuesto hay que tener muy en cuenta las diferencias de estos casos con el que aquí contemplamos por tratarse de órdenes distintos. En estos casos no se había admitido la demanda porque no se consideraba aplicable el artículo 135.1 LEC al ser supletorio para el caso de que no hubiera norma administrativa sobre el cómputo de los plazos; norma que sí existía y que únicamente permitía presentar la demanda el día establecido dentro del plazo y no al día siguiente. CABALLERO, J., hace un breve comentario a las dos últimas en la *Revista de Procuradores*, abril de 2007, pág 38 y sigs.

los distintos órdenes, a la vista de la filosofía de las decisiones (45) y de la rigurosa consideración de la tutela judicial efectiva por parte del Tribunal Constitucional, tendente a facilitar al máximo el acceso a los Tribunales, no sería de extrañar que si la cuestión se planteara en el orden civil como cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se decantara por una solución similar a la que ha dado en las sentencias mencionadas. Y, para justificar el conflicto con su sentencia de 24 de febrero de 1994 probablemente diría que en la sentencia de 1994 estaba refiriéndose al plazo en sí y no al ejercicio del derecho ante los Tribunales. Esta solución sería, a nuestro juicio, muy criticable porque desbarataría toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la diferencia entre plazos sustantivos y procesales.

Otra opción sería que el Tribunal Constitucional considerara que ninguna de las dos posturas que hemos expuesto aquí (a favor o en contra de la aplicabilidad de los artículos 133.4 y 135.1 LEC) es irrazonable y estableciera que es esta una cuestión que carece de relevancia constitucional, ya que no es labor del Tribunal Constitucional unificar doctrina. En este caso, la solución quedaría para el Tribunal Supremo. No obstante, no es muy probable que el Tribunal Constitucional se decante por esta opción. Y esto porque cuando se menciona el derecho a la tutela judicial efectiva el Tribunal Constitucional es muy sensible y suele pronunciarse sobre la cuestión.

(45) El Tribunal Constitucional considera que el hecho de no poder disfrutar del último día del plazo en su integridad, debido a que salvo en el orden penal ya no se admite la presentación de escritos en el Juzgado de guardia, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo expresa claramente en el Fundamento Jurídico tercero de su sentencia de 12 de febrero de 2007 (RTC 2007/25):

«Y también es cierto, en segundo lugar, que la posterior presentación en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 2 de Valencia, al día siguiente, fue considerada como extemporánea por este Juzgado y, en apelación, por el Tribunal Superior de Justicia, dando lugar a la inadmisión de la demanda. Así las cosas, resulta notorio que la sociedad limitada ... no pudo disponer en su integridad del plazo de presentación de la demanda que la Ley le concedía pues ni tuvo a su disposición mecanismo alguno de presentación en la parte final de tal plazo ni tal déficit vino compensado con la posibilidad de una presentación posterior. La interpretación judicial de los preceptos concurrentes pudo no resultar en sí manifiestamente irrazonable, pero dio lugar a una restricción del plazo legal de acceso a la jurisdicción incompatible con la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Como hemos afirmado ya en diversas sentencias ante supuestos análogos, las resoluciones ahora impugnadas no ofrecieron respuesta a la cuestión capital de “cómo y dónde el demandante, en aplicación de esa pretendidamente completa regulación de la materia, debería haber presentado la demanda fuera del horario ordinario en el que permanece abierto el Registro para preservar su derecho a disponer del plazo en su integridad” o, en relación con ello, cómo se coordinan para tal preservación “lo dispuesto en los artículos 133.1, final del inciso primero, LECiv (el día del vencimiento expirará a las veinticuatro horas), 135.1 LECiv (los escritos sujetos a plazo pueden presentarse en el órgano judicial al que se dirigen hasta las quince horas del día siguiente al del vencimiento), 135.2 LECiv (en las actuaciones ante los Tribunales Civiles no se admitirá la presentación de escritos en el Juzgado de Guardia) y 41 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales... según la redacción dada por el Acuerdo reglamentario 3/2001, de 21 de marzo, del Consejo General del Poder Judicial”».

6. CONSIGNACIÓN JUDICIAL DEL PRECIO DE VENTA

a) SOBRE LA NECESIDAD DE CONSIGNACIÓN JUDICIAL DEL PRECIO DE VENTA

Antes de abordar cualquier otro asunto referente a la consignación del precio de venta es necesario plantearse si tras la entrada en vigor en 2000 de la nueva LEC es preceptivo consignar el precio de venta del objeto de retracto.

Si la demanda de retracto prospera, el retrayente debe dejar al comprador del bien en la misma situación en la que se encontraba antes de la compraventa; esto es, debe pagarle el precio de la venta y los gastos a que hubiera dado lugar. Esto es lo que pretende el artículo 1.518 del Código Civil, que establece: «El vendedor (46) no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de venta, y además: 1.º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida (47)».

Con este objetivo, el artículo 1.618.2 LEC de 1881 exigía para la admisibilidad de las demandas de retracto la consignación del precio de venta si se conocía y, en caso de no conocerse, que se diera fianza de consignarlo cuando se conociera (48). Era necesario distinguir, por lo tanto, entre: (i) la obligación de reembolso del retrayente en caso de recaer sentencia estimatoria, momento en el que debe entregar al comprador las cantidades señaladas en el artículo 1.518 del Código Civil, y (ii) la obligación de consignar el precio de venta en el momento de la interposición de la demanda, en la que no había que entregar el dinero al comprador, pero sí proceder a su consignación judicial (49).

El artículo 1618.2 LEC de 1881 al exigir la consignación judicial del precio de venta pretendía que no se iniciaran demandas de retracto que luego no pudie-

(46) No se refiere al retrayente sino al vendedor porque es un precepto relativo al retracto convencional pero aplicable a los retractos legales por remisión del artículo 1.525 del Código Civil, por lo que debe interpretarse en consecuencia.

(47) Para no ser repetitivos sobre la necesidad de abonar los gastos establecidos en el artículo 1.518 del Código Civil en adelante nos referiremos en general al «precio de venta».

(48) No se refería el 1618.2 LEC de 1881 a los gastos probablemente porque es difícil conocerlos en el momento de interposición de la demanda, pero no cabe duda de que deberán reembolsarse en fase de ejecución a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.518 del Código Civil. En este sentido, vid. BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.ª ed., Pamplona, 2009, págs. 117 y 131 a 137. Sobre la diferencia entre las cantidades que hay que consignar y las que hay que reembolsar, vid., por ejemplo, STS de 20 de mayo de 1991 (*RJ* 1991/3773), 16 de marzo de 1992 (*RJ* 1992/2185), y de 3 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/1127).

(49) Sobre la diferencia entre la consignación como requisito para admitir a trámite la demanda y el reembolso efectivo del precio al comprador en fase de ejecución de la compraventa, vid. SSTC de 27 de enero de 1992 (*RTC* 1992/12), comentada por GRAMUNT FOMBUERA, M. D., en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 1993 (1), pág. 311 y sigs., de 13 de septiembre de 2004 (*RTC* 2004/144) y de 30 de junio de 1998 (*STC* 145/1998).

ran llegar a buen puerto por no tener el retrayente los medios necesarios para hacer frente al pago del precio de venta en caso de recaer sentencia estimatoria de sus pretensiones. Con la consignación del precio de venta se ofrece garantía al comprador de que va a ser reembolsado en las cantidades pagadas en caso de prosperar la demanda. Nuestro Tribunal Supremo ha señalado a este respecto que con la exigencia de consignación del precio de venta se evitan «situaciones de incertidumbre perjudiciales para la parte compradora y demandada, sujetas a la unilateral decisión del que ejercita el derecho de retracto» (50).

Todo esto llevaba consigo que, si el precio es conocido por el retrayente en el momento de ejercitar la acción, su consignación es ineludible. De no consignarse el precio no podía darse curso a la demanda (51). Y no sólo eso, sino que: «el defecto o la consignación por cantidad inferior al precio conocido... es nula y, por lo tanto, equivalente a no haber sido efectuada» (52).

Pero la cuestión sobre la vigencia de la necesidad de consignar el precio de venta se ha planteado en la actualidad porque en la LEC, como ya hemos mencionado, el artículo 266.3 LEC ha venido a sustituir al artículo 1618.2 LEC de 1881. Y el nuevo artículo 266.3 LEC exige como presupuesto para el ejercicio de las acciones de retracto que, cuando la consignación «se exija por Ley o por contrato», se acompañe a la demanda el documento que acredite haber consignado el precio de la cosa si fuera conocido o haber constituido caución que garantice la consignación cuando se conozca el precio.

(i) De esta necesidad de consignar el precio sólo en caso de que se exija por Ley o por contrato, algunos autores han concluido que la consignación previa ya no es necesaria cuando se interpone una acción que pretenda hacer valer un retracto de comuneros. Esto porque señalan que la Ley no exige tal consignación ya que estiman que el artículo 1.518 del Código Civil sólo se refiere al momento de ejecución de la sentencia en que el retrayente debe entregar al comprador las cantidades señaladas en dicho artículo, pero no al momento anterior de interposición de la demanda. Entienden que, en aplicación del artículo 266.3 LEC, al no exigirse la consignación por Ley, no puede exigirse que se acredite en la demanda haber efectuado la consignación del precio de venta (53).

(50) SSTS de 7 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/1152) y de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6397). Citadas por las recientes SAP de Cádiz, de 14 de julio de 2003 (2003/219404) y SAP de Las Palmas, de 18 de febrero de 2004 (*JUR* 2005/109440).

(51) Entre otras muchas, SSTS de 16 de abril de 1963 (*RJ* 1963/1973); de 21 de octubre de 1981 (*RJ* 1152/1991), y 31 de octubre de 1988 (*RJ* 1988/7780).

(52) STS de 31 de octubre de 1988 (*RJ* 1988/7780). Aunque, como veremos más adelante, los requisitos de la consignación se han flexibilizado, no sólo por lo que respecta a los medios de pago admitidos para llevar a cabo la consignación, sino también en cuanto a la posibilidad de subsanar los defectos de la consignación durante la tramitación del procedimiento.

(53) Así lo cree BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.^a ed., Pamplona, 2009, págs. 116 y 119, y PÉREZ CONESA, C.,

Algunas sentencias de Audiencias Provinciales se han pronunciado en este sentido, y para ello se basan también en la diferencia que debe hacerse entre la consignación como requisito procesal y el reembolso del precio de venta del bien que es lo regulado en el artículo 1.518 del Código Civil (54). También se decanta por esta postura el Tribunal Constitucional. Así, lo pone de manifiesto en dos recientes sentencias en las que decide sendos recursos de amparo interpuestos por retrayentes que habían visto, inadmitida a trámite en el primer caso, y desestimada en el segundo, sus demandas de retracto por no haber consignado el precio de venta del bien (vid. STC de 13 de septiembre de 2004 (*RTC* 2004/144) en un caso de retracto arrendaticio y de 27 de octubre de 2008 (*RTC* 2008/127) en un caso de retracto sobre finca rústica).

En la sentencia de 13 de septiembre de 2004 se entró a considerar esta cuestión porque la Audiencia, al no haber encontrado en la Ley de arrendamiento urbanos ningún precepto que exigiera la consignación del precio, había inferido la necesidad de consignar el artículo 1.518 del Código Civil. El Tribunal Constitucional señaló:

«Pues bien, la interpretación efectuada en este supuesto por la Audiencia Provincial del artículo 1.518 del Código Civil, en relación con el artículo 266.3 LECiv/2000, para inferir de aquel precepto la exigencia de consignación o caución se sustenta en una evidente confusión entre, de un lado, la consignación o la constitución de caución como requisito procesal para la admisión a trámite de la demanda de retracto, al que se refiere el artículo 266.3 de la vigente LECiv, y que supedita, en el supuesto en que fuere conocido el precio de la cosa objeto de retracto, a que se exija por Ley o por contrato y, de otro lado, el reembolso al comprador del precio de la venta y de los gastos derivados que impone el artículo 1518 del Código Civil, no como requisito para la admisión a trámite de la demanda, sino como requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, esto es, una vez obtenida sentencia estimatoria del mismo. (...)

Ha de concluirse, pues, que en este caso, como consecuencia de la interpretación que la Audiencia Provincial ha efectuado del ar-

«Tutela judicial efectiva y consignación del precio de venta como requisito para la acción de retracto», en *Aranzadi Civil*, Tomo 15, vol. 3, 2006, pág. 2407, y para el retracto de colindantes, CAÑETE QUESADA, A., «El retracto legal de colindantes», en *La Ley*, núm. 1, 2005, pág. 1708 y sigs. También parece de esta opinión RUIZ DE LA CUESTA, S., «Apuntes sobre la consignación judicial», en *Práctica de Tribunales*, año V, núm. 54, octubre de 2008, pág. 35.

(54) Vid., por ejemplo, SAP de Cantabria, de 3 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/81571); de Granada, de 3 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/129224); de Barcelona, de 9 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/52709), y de 19 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/74061), y de Alicante, de 29 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/260183).

título 1.518 del Código Civil con base en la confusión apuntada entre la consignación o la constitución de caución en cuanto requisito procesal para la admisión de la demanda y el reembolso en cuanto requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, la decisión de inadmisión de la demanda, que en ejercicio de la acción de retracto arrendaticio han promovido los ahora recurrentes en amparo, se ha fundado en el incumplimiento de un requisito que no es legalmente exigido por la legislación procesal aplicable para la admisión de la demanda, pues el artículo 266.3 LECiv/2000, como se razona en el Auto de apelación y resulta del tenor literal del precepto, condiciona la consignación o la constitución de caución como requisito para la admisión a trámite de la demanda de retracto, si fuere conocido el precio de la cosa objeto de retracto, a que se exija por Ley o contrato, supuestos que no se daban en este caso. En otras palabras, se inadmitió la demanda de retracto sin que concurriera causa legal de inadmisión, por lo que las decisiones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes en amparo».

Por si pudiera haber quedado duda sobre si el Tribunal Constitucional había dado esa solución porque en la Ley de arrendamiento urbanos no había ningún precepto que exigiera la consignación, la reciente sentencia de 27 de octubre de 2008 viene a disparlas todas. La Audiencia Provincial de Ávila había dictado sentencia desestimatoria porque el retrayente no había consignado el precio de venta y basaba su decisión en los artículos 266.3 LEC y 1.618.2 LEC de 1881 en relación con el 1.518 del Código Civil. Pues bien, por lo que respecta al artículo 266.3 LEC, el Tribunal Constitucional ratifica lo señalado en la sentencia de 13 de septiembre de 2004 y señala que no puede exigirse consignación al relacionar ese artículo con el 1.518 del Código Civil (55). Sin embargo, y dado que la Audiencia Provincial no había apo-

(55) «Dentro del margen de actuación que hemos reconocido al legislador para supeditar el ejercicio de la acción de retracto al cumplimiento de la carga de consignar, interesa destacar que bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEG 1881/1) la exigencia de consignar venía impuesta directamente por su artículo 1618.2, con arreglo al cual: “para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea”.

Por el contrario, el actual artículo 266.3 LECiv (*RCL* 2000/34, 962 y *RCL* 2001/1892) supedita la carga de consignar a que así se exija por Ley o por contrato. En el presente caso, la Audiencia Provincial de Ávila sustentó la exigencia de la consignación invocando tanto el artículo 1618.2 LECiv 1881 como el vigente artículo 266.3 LECiv, entendiendo que la exigencia adicional de este precepto, acerca de que la carga de consignar venga impuesta por Ley o contrato, se colma con los artículos 1.518 del Código Civil y 90.2 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre (*RCL* 1981/226), de arrendamientos rústicos (LAR). Pero, como dijimos en la STC 144/2004, de 13 de septiembre (*RTC* 2004/144) (F. 4), tal

yado su decisión de modo exclusivo en el vigente régimen sino que se citó también el artículo 1618.2 LEC de 1881 porque en primera instancia la demanda se tramitó con arreglo a la LEC de 1881, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el mismo caso bajo el prisma de la antigua LEC de 1881 para enjuiciar la cuestión también bajo esa regulación (56).

(ii) Frente a estas decisiones, el Tribunal Supremo, en sus pronunciamientos más recientes, se muestra a favor de la necesidad de consignar el precio a tenor del artículo 266.3 LEC (57). Destaca la STS de 4 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008/5889). En ella, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, que consideraba que la consignación no era requisito procesal para interponer la demanda de retracto (58). Es terminante en el Fundamento Jurídico Primero cuando señala:

inferencia se sustenta en una confusión entre, de un lado, la consignación o la constitución de caución como requisito procesal para la admisión a trámite de la demanda de retracto, al que se refiere el artículo 266.3 de la vigente LECiv y, de otro lado, el reembolso al comprador del precio de la venta y de los gastos derivados que impone el artículo 1.518 del Código Civil (y el art. 90.2 LAR), no como requisito para la admisión a trámite de la demanda, sino como requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, esto es, una vez obtenida sentencia estimatoria del mismo. Por tanto, no es posible sustentar la inadmisión de la demanda en el artículo 266.3 LECiv pues, como resulta del tenor literal del precepto, se condiciona la consignación a que se exija por Ley o contrato, supuestos que no se dan en este caso».

(56) Aunque el amparo prosperó en este campo pero por otros motivos, porque la Audiencia Provincial había incurrido en incongruencia *extra petita*, ya que en ningún momento del pleito se había planteado cuestión alguna sobre la consignación.

(57) También hay muchas sentencias de Audiencias Provinciales que son de este parecer. Por ejemplo, son recientes la SAP de Huesca, de 4 de abril de 2008 (*JUR* 2008/216541) y de 30 de junio de 2007 (*RJ* 2007/355522); SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 23 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/250840); SAP de Bizkaia, de 11 de julio de 2008 (*JUR* 2008/389897); SAP de Asturias, de 25 de julio de 2008 (*JUR* 2008/353301); SAP de Pontevedra, de 19 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/162198), y SAP de La Coruña, de 26 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/187687).

(58) En otras ocasiones el Tribunal Supremo no ha podido pronunciarse sobre este asunto porque se le ha planteado vía recurso de casación cuando la vía correcta hubiera sido el recurso extraordinario por infracción procesal, o porque no se ha apreciado la existencia de «interés casacional». Por ejemplo, vid. ATS de 18 de julio de 2006 (*JUR* 2006/201464), ATS de 13 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/93410), ATS de 22 de enero de 2008 (*JUR* 2008/160284) y ATS de 27 de enero de 2009 (*JUR* 2009/58473). Ello no obstante, incluso en alguno de estos casos, el Tribunal Supremo ha dejado entrever su opinión. Es ejemplo de esto lo señalado en el Auto de 15 de enero de 2008 (*JUR* 2008/44300): «Lo cierto es que el recurso versa sobre una cuestión relativa a un requisito procesal —la aportación del justificante de consignación del precio de la compraventa— imprescindible para el ejercicio de la acción de retracto, que determina la inadmisión de la demanda, *ex* artículo 266.3.º LEC en caso de no aportación de justificante de pago. La naturaleza procesal de la consignación —pese a venir recogida en el Código Civil— viene determinada de su naturaleza de presupuesto o requisito de procedibilidad, sin cuya materialización es ineficaz el ejercicio del derecho de retracto ante los Tribunales. Ello lleva a la inadmisión del recurso de casación por preparación defectuosa, por suscitar una cuestión cuyo planteamiento corresponde al recurso extraordinario por infracción procesal (art. 483.2.2.º, inciso segundo, en relación con el art. 477.1, ambos de la LEC)».

«El primero de los motivos del recurso se contrae a determinar si la sentencia recurrida contradice la jurisprudencia de esta Sala cuando dice: “...no podemos deducir, que siempre y en todo caso, de modo fatal e ineludible, la exigencia de pago o consignación sea requisito *sine qua non* para justificar el ejercicio de la acción de retracto”; manifestación que supone infringir además el actual artículo 266.3.º de la LECiv (*RCL* 2000/34 y 962 y *RCL* 2001/1892), cuyo tenor literal coincide prácticamente con el derogado artículo 1.618 (*LEG* 1881/1). Se estima. La obligación de consignar el precio dentro del plazo legal para interponer la demanda de retracto es requisito esencial para que pueda darse curso a la misma y ha de cumplirse estricta e inexcusablemente para el ejercicio de la acción, de tal forma que cuando se omite, no estamos ante un defecto procesal por inobservancia de un formalismo más o menos riguroso o una mera irregularidad sino ante la elusión de un presupuesto básico de la eventual adquisición, mediante el retracto, de la finca que constituye su objeto, como es poner a la inmediata disposición de la parte demandada el precio previamente abonado a su transmitente, de tal forma que una persona que no cumple este presupuesto, no puede ni debe beneficiarse de un derecho preferente de adquisición legalmente establecido [SSTS de 27 de septiembre de 1994 (*RJ* 1994/7304), 15 de abril de 1998 (*RJ* 1998/2982), 25 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1247), 19 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7214), entre otras]».

También en este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Auto de 6 de febrero de 2004 (*JUR* 2004/98732), que deniega la solicitud del retrayente de retirar el aval que había consignado como garantía de la devolución del precio de venta. Señala dicho Auto:

«Por la parte recurrente —don Cosme— se solicita se deje sin efecto el aval prestado en cumplimiento de lo establecido en el artículo 1.518 del Código Civil (*LEG* 1889/27) y 266.3 LECiv (*RCL* 2000/34 y 962 y *RCL* 2001/1892) para garantizar los efectos económicos del derecho de retracto ejercitado en la demanda. La pretensión expresada no puede ser admitida porque la consignación del precio o el afianzamiento del mismo es un presupuesto sustantivo imprescindible para que se tenga por ejercitado, o intentado el ejercicio del derecho de retracto, careciendo de sentido el argumento de que, una vez prestado para que se admita a trámite la demanda, puede ser retirado con posterioridad, pues obviamente tal garantía de reembolso futuro, aunque de realización incierta, debe prevalecer, como exigencia sustantiva, mientras el proceso esté vivo, con independen-

cia de que las sentencias de primera instancia y apelación sean desestimatorias de la demanda. Y tan es así que este Tribunal tiene establecida la obligación de efectuar la consignación o afianzamiento cuando mediando un inicial mero ofrecimiento previo por desconocimiento del precio, durante el proceso se conoció su real dimensión dineraria [sentencia de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6397)]. Y frente a lo razonado no cabe argumentar con la hipotética posible larga duración de la resolución del proceso y el coste económico del aval, pues tales razones no desvirtúan la naturaleza y finalidad del afianzamiento y, además, son totalmente ajenas a la contraparte, cuyo derecho a que se mantenga la garantía es merecedor de tutela y cuenta con el apoyo legal, sin que pueda sustituirse tal garantía por el mero compromiso del recurrente de hacer efectivas las cantidades avaladas, pues tal hipótesis carece de soporte alguno en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento; y sin que tampoco quepa la aplicación analógica de la normativa LECiv sobre medidas cautelares (art. 744) porque ni cabe la analogía en el campo procesal, ni se da identidad de razón entre los respectivos supuestos contemplados».

A nuestro juicio esta segunda opinión es más acertada. Creemos que el requisito de la consignación del precio de venta sigue siendo necesario en las demandas de retracto de comuneros bajo el nuevo 266.3 LEC (59). No nos parece que el artículo 266.3 LEC quiera hacer nada distinto de lo que hizo el artículo 1.628.2 de la LEC de 1881. Nuestros Tribunales, incluso el propio Tribunal Constitucional, han justificado plenamente la exigencia de consignación del precio de venta como requisito «procesal para la admisión y tramitación de las demandas de retracto cuya finalidad es impedir el planteamiento y la sustanciación del juicio de retracto por quienes carezcan de la capacidad económica suficiente para subrogarse o colocarse en la posición que ostenta el adquirente en la transmisión onerosa de la que nace el derecho de retracto, al no poder satisfacer el precio o la contraprestación necesaria para el ejercicio de este derecho de adquisición preferente» (60). No cabe pensar que el legislador haya querido despojar al comprador de la garantía que supone la consigna-

(59) Así parece opinar también MAGRO SERVET, V., «La presentación de la consignación en el retracto de comuneros», en *Práctica de Tribunales*, año V, núm. 54, octubre de 2008, págs. 41 y 42. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, A. y cols., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Irgium, 2000, págs. 1214 y 1215, y CORDÓN MORENO, F. y cols., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Madrid, 2001, págs. 984 a 987, no se plantean esta cuestión y parecen dar por hecho que hay que proceder a la consignación. La exigencia de consignación les parece justificada a DE LA OLIVA, A. y DIEZ-PICAZO, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, ed. Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2004, pág. 637.

(60) STC de 30 de junio de 1998 (STC 1998/145).

ción. La consignación asegura la devolución del precio en el momento mismo en que recaiga sentencia estimatoria del retracto. Hay que tener en cuenta que, para el adquirente, el ejercicio del retracto supone el perjuicio de la paralización de una inversión económica y de unas expectativas de negocio; perjuicios que pueden no verse recompensados si, de prosperar la acción de retracto, el retrayente careciera de medios para rembolsar el precio de venta.

No creemos que deba interpretarse el artículo 266.3 LEC en el sentido de que termina con la necesidad de consignación en los retractos legales. Hay que recordar que el derecho de retracto es un derecho de interpretación restrictiva. Por eso creemos que debe interpretarse que el artículo 266.3 LEC hay que entenderlo en igual sentido que el artículo 1.618.2 de la LEC de 1881. Y, en cuanto al argumento de que la Ley no exige consignación, puede decirse que el artículo 1.518 del Código Civil señala que el retrayente no puede «hacer uso» del derecho de retracto sin rembolsar las cantidades en él establecidas; y que el retrayente «hace uso» de su derecho cuando interpone la demanda (sin perjuicio de la mencionada diferencia entre consignación y reembolso). Así interpretado, puede decirse que la Ley sí exige la necesidad de garantizar el reembolso de las cantidades establecidas en dicho artículo. No creemos que sea esta una interpretación contraria al artículo 24.1 CE. La finalidad perseguida por la consignación justifica la exigencia de la norma procesal y debe, en consecuencia, considerarse limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial. Una cosa es que las consignaciones procesalmente obligatorias deban aplicarse con la flexibilidad suficiente para evitar que el presupuesto formal sea exigido de manera excesivamente rigurosa y desproporcionada y otra que no deban existir. Tanto más, cuando nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que: «El artículo 1618.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil condiciona el curso de las demandas de retracto, entre otros, al requisito de que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea, cuya finalidad estriba en garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae sentencia estimatoria, será reembolsado, en el momento del otorgamiento de la escritura correspondiente, de las cantidades que señala el artículo 1.518 del Código Civil. Es manifiesto que esta finalidad justifica la exigencia de la norma procesal y debe, en consecuencia, considerarse limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial» (61).

Ello no obstante, y sin perjuicio de la solución por la que nos decantemos, lo cierto es que a este respecto el desbarajuste jurisprudencial es abrumador. En este momento, la obligación de tener que consignar el precio de venta en las demandas de retracto legal depende de dónde se encuentre situado el inmueble, pues dependiendo de qué Audiencia Provincial se encargue del

(61) Vid. STC de 27 de enero de 1992 (RTC 1992/12).

caso se exigirá o no dicha consignación (62). Además, si el asunto llega al Tribunal Supremo la consignación se considerará necesaria, mientras que si

(62) Es clarificadora y devastadora la Audiencia Provincial de Huesca en su Fundamento de Derecho Segundo de su sentencia de 4 de abril de 2008 (*JUR* 216541) que reproducimos íntegramente por su interés:

«1. Bajo la vigencia del artículo 1.618 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, la consignación del precio conocido, o el afianzamiento en el caso contrario dentro del plazo de los nueve días de caducidad de la acción, era un requisito unánimemente exigido por la jurisprudencia y la doctrina, con apoyo en la dicción literal del precepto. Dio lugar, no obstante, a abundantes comentarios y resoluciones judiciales sobre la forma de efectuar la consignación y el afianzamiento, la cuantía, la acreditación, etc. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil contiene un precepto de apariencia similar en el artículo 266, dedicado a enumerar los documentos que en casos especiales han de acompañar a la demanda bajo la sanción de no darle curso, artículo 269.2, al imponer que, con la demanda en que se ejercite la acción de retracto, se aporten los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funde y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere. El contenido del precepto es, como decimos, similar pero no igual, pues a diferencia del artículo 1.618 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo establecía como requisito para dar curso a la demanda, ahora sólo lo es cuando se exija por ley. Dado que la ley procesal no lo establece, habrá que entender que es la ley sustantiva que regula el retracto legal, en este caso el de comuneros del Código Civil, artículo 1.521 y sigs. Una parte de la doctrina y de las Audiencias Provinciales, al tratar de este precepto en relación con el retracto de comuneros, siguen citando la jurisprudencia y estado de opinión formado con la regulación procesal anterior, sin hacer notar o pasando por alto la diferente regulación de la consignación bajo la nueva ley, porque consideran que viene a sustituirlo o es una nueva versión del 1618 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Otras muchas, por el contrario, conscientes de la diferente redacción y sentido de ambas normas han procedido a la búsqueda del significado y alcance del artículo 266.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El resultado es dispar. Un grupo de Audiencias Provinciales en relación con el retracto de comuneros se han decantado por que, a partir de la nueva ley procesal, ya no se exige la consignación para el ejercicio de la demanda, entre ellas se encuentran las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, de 18 de octubre de 2007; Alicante, Sección 6.ª, de 29 de mayo de 2007; Madrid, Sección 3.ª, de 7 de febrero de 2007; Madrid, Sección 14.ª, de 28 de diciembre de 2006, y Zaragoza, Sección 4.ª, de 25 de abril de 2006; Almería, Sección 1.ª, de 30 de marzo de 2005. En este sentido se ha pronunciado también la sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 144/2004, de 13 de septiembre.

3. No obstante, otro importante sector de la doctrina seguido por varias Audiencias Provinciales, como las sentencias de Gerona, Sección 2.ª, de 20 de septiembre de 2004; Granada, Sección 4.ª, de 9 de septiembre de 2005, y Valencia, Sección 7.ª, de 21 de septiembre de 2005, a las que nos adherimos, entienden que la consignación es exigible en el retracto de comuneros conforme al artículo 266.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el artículo 1.525 del Código Civil declara aplicable a los retractos legales, entre el que se encuentra el de comuneros (ex art. 1.522 del Código Civil) lo previsto en el artículo 1.518 del Código Civil, según el cual el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar el precio de la venta y los gastos del contrato, así como los útiles y necesarios efectuados en la cosa vendida. Si, como señala la Audiencia Provincial de Gerona, en sentencia de 20 de septiembre de 2004, seguida por la de Granada antes citada: “el problema que se planteaba bajo la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil era si la obligación indiscutida de consignación se refería sólo al precio (art. 1618.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o también comprendía los gastos a que se refiere el artículo 1.518

se recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional obtendremos una resolución en el sentido de que no puede exigirse dicha consignación.

Esta situación atenta contra la seguridad jurídica y es necesario que se clarifique lo antes posible. Se impone unificar doctrina en este campo y nosotros, como ya hemos justificado, nos decantamos por la necesidad de exigir consignación judicial del precio. Y creemos que la determinación de si de los artículos 266.3 LEC y 1.518 del Código Civil se deriva la necesidad de consignar el precio de venta en las demandas de retracto es una cuestión de legalidad ordinaria. Sin embargo, tras las dos Sentencias mencionadas del Tribunal Constitucional en contra de la necesidad de consignación bajo la LEC de 2000, es posible que esta sea la solución que finalmente se imponga. De otra forma, si se quiere mantener la necesidad de consignación, cuya finalidad nos parece razonable y justificada, sería deseable, de *lege ferenda*, una modificación del artículo 266.3 LEC (en el estilo del 1.618.2 LEC de 1881) que no deje margen de duda al respecto.

b) FORMA DE LLEVAR A CABO LA CONSIGNACIÓN

Tenemos que tener en cuenta toda la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales relativa a la consignación del precio de venta en las acciones de retracto de comuneros. Esto, tanto para el caso de que aceptemos que el requisito de la consignación sigue vigente con la nueva LEC, como creemos que debe

del Código Civil, hoy la duda es más radical, ya que lo cuestionado es si la consignación es o no un requisito esencial. La opinión mayoritaria se decanta por así entenderlo, esto es, considerar que la consignación es indispensable configurándola como presupuesto de la acción. Dicho requisito de procedibilidad dimanaría de la propia redacción del artículo 1.518 del Código Civil, ya que ‘se hace uso’ del derecho, al menos judicialmente, cuando se acciona. Es decir, cuando se presenta la demanda, por lo que será en dicho momento cuando se debe ‘reembolsar’ el precio pagado por el comprador demandado’. Pues, desde la presentación de la demanda luego admitida, se genera el efecto de la *perpetuatio iurisdictionis*, que obliga al Juez a sentenciar conforme a los presupuestos de hecho y de derecho existentes al inicio del pleito. A partir de ese momento comienzan los efectos de la litispendencia en sentido general —de acuerdo con los principios de prohibición de *mutatio libelli* y *ut lite pendente nihil innovetur*—, con la consiguiente perpetuación de los hechos tal como son allí planteados y sus oportunos efectos procesales (*perpetuatio iurisdictionis*, *legitimationis* y *actionis*), sin atender a sus posteriores modificaciones (salvo las subjetivas y objetivas que excepcionalmente sean precedentes y que aquí resulta ocioso contemplar, como aclara la sentencia del Tribunal Supremo de 23-XII-2002). Así resulta de lo dispuesto en el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con sus artículos 411, 412 y 413 (este último se remite también al art. 22), y de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23-XII-2002 —ya citada— y 24-VI-2003 (las sentencias del Tribunal Supremo de 29-XI-1966, 25-VI-1977, 26-III-1979, 20-III-1982 y 25-II-1983 seguían igual criterio bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1889), tal como ya sostuvimos en nuestras sentencias de 19 de mayo de 1997, 18 de febrero, 3 de marzo y 13 de octubre de 1998, 21 de septiembre de 2004, 30 de marzo y 20 de abril de 2007, y la más reciente de 14 de marzo de 2008».

hacerse, o, en caso contrario, para considerar la validez de las consignaciones efectuadas en asuntos sometidos todavía al artículo 1618.2.º LEC de 1881.

En efecto, la jurisprudencia ha evolucionado mucho en los últimos años, sobre todo por lo que se refiere a los medios de pago admisibles para llevar a cabo la consignación del precio de venta a la hora de interponer las demandas de retracto de comuneros. En un principio, la jurisprudencia era rotunda sobre la necesidad de llevar a cabo la consignación del precio de venta en metálico cuando el precio era conocido (63).

El cambio en la jurisprudencia vino de la mano del Tribunal Constitucional. En varias sentencias el Tribunal Constitucional entendió desproporcionada la exigencia de consignación en metálico respecto de la finalidad de garantía de ese requisito procesal (64). El Tribunal considera que exigir la consignación en metálico es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, pues entiende que supone una interpretación demasiado formalista del requisito procesal de la consignación (65).

(63) Entre otras muchas SSTs de 16 de abril de 1963 (*RJ* 1963/1863), de 21 de octubre de 1981 (*RJ* 1981/4957), de 31 de octubre de 1988 (*RJ* 1988/7780), de 7 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/1152), de 20 de abril de 1994 (*RJ* 1994/3214), de 30 de mayo de 1995 (*RJ* 1995/4204) y de 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997/5413).

(64) Es con respecto a este tema que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la diferencia a la que ya hemos aludido entre la consignación y el pago efectivo del precio. La primera es garantía de un reembolso futuro en caso de que prospere la acción; el segundo es un pago con efectos liberatorios para el retrayente que ha visto estimada su demanda.

(65) A este respecto, vid. SSTC de 27 de enero de 1992 (*RTC* 12/1992) seguida por las de 30 de junio de 1998 (*RTC* 145/1998), y de 10 de julio de 2000 (*RTC* 189/2000).

En la doctrina, a este respecto destacan los estudios de PÉREZ CONESA, C., «Tutela judicial efectiva y consignación del precio de venta como requisito para la acción de retracto», en *Aranzadi Civil*, Tomo 15, vol. 3, 2006, págs. 2389 a 2411, y BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*, ed. Aranzadi, 3.ª ed., Pamplona, 2009, págs. 125 a 129. La primera hace una interesante puntualización al concluir en su estudio que la tutela judicial efectiva sólo debería estimarse vulnerada en los casos en que de alguna forma se haya intentado la consignación.

Recogemos aquí, por su interés, los Fundamentos Jurídicos 3 a 6 de la STC de 27 de enero de 1992 (*RTC* 12/1992):

«3. La doctrina expuesta nos conduce a establecer que, en los recursos de amparo promovidos por vulneración del derecho a la tutela judicial frente a decisiones judiciales de inadmisibilidad de demandas o recurso, debemos, en primer término, determinar si el requisito procesal incumplido o defectuosamente observado responde a una finalidad justificada y, en segundo lugar, una vez ello decidido en sentido positivo, examinar si su aplicación judicial ha ponderado debidamente las circunstancias concurrentes, especialmente el efecto que la conducta de la parte ha tenido en relación con la finalidad del requisito, y el grado de buena fe y diligencia que haya observado, teniendo siempre presente que lo decisivo no es la forma concreta en que se ha cumplido el mismo sino la satisfacción de la finalidad que motiva la exigencia legal, puesto que la concordancia práctica entre el cumplimiento de la forma procesal que protege el derecho del demandante o recurrente a acceder a la jurisdicción con el derecho de la parte contraria a que se observen los requisitos y garantías procesales obliga a revisar interpretaciones excesivamente rigurosas que lesionan el derecho garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución.

Y ese cambio ha sido acogido por el Tribunal Supremo que ya ha declarado que no es necesaria la consignación en metálico cuando el precio es

Debemos también recordar que las consignaciones procesalmente obligatorias deben aplicarse con la flexibilidad suficiente para evitar que el presupuesto formal sea exigido de manera excesivamente rigurosa y desproporcionada, dedicando especial atención a la dificultad que, en el caso, pueda existir para consignar en metálico y admitiendo, si lo demandase la mayor efectividad del derecho fundamental, la posibilidad de ofrecer medios alternativos de garantía.

4. El artículo 1618.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil condiciona el curso de las demandas de retracto, entre otros, al requisito de que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea, cuya finalidad estriba en garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae sentencia estimatoria, será reembolsado, en el momento del otorgamiento de la escritura correspondiente, de las cantidades que señala el artículo 1.518 del Código Civil. Es manifiesto que esta finalidad justifica la exigencia de la norma procesal y debe, en consecuencia, considerarse limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial.

5. En lo que se refiere a la aplicación que de esa norma ha hecho el órgano judicial de apelación procede advertir que, en este punto, el caso contemplado en este recurso es esencialmente idéntico al resuelto por la STC 62/1989, puesto que la diferencia de normas aplicadas —arts. 1618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 148.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos— y de procedimiento —arrendaticio y de retracto de comuneros— deben estimarse irrelevantes, si se considera primero, que tanto en aquel supuesto como en éste se trata de resolver la misma cuestión —si la consignación hecha en cheque bancario es un vicio procesal que justifica, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial, la pérdida del derecho a la apertura del proceso de retracto legal en este caso, o de la fase de apelación en el juicio de arrendamiento urbano, en el resuelto por la citada sentencia— y, en segundo lugar, que la finalidad perseguida y el grado de diligencia y buena fe de la parte obligada al cumplimiento del requisito son también sustancialmente iguales o de casi total similitud, con la circunstancia especial, favorable a una más intensa flexibilidad en el caso presente, de que mientras en la consignación de las rentas arrendaticias prima la urgencia de hacer efectivo el derecho a percibir las de quien tiene a su favor una sentencia y la obligación de entregarlas por quien sigue disfrutando del inmueble arrendado, en la consignación del precio conocido en el retracto, la finalidad carece de esa urgencia por ser más lejano el momento de hacer efectivo el desembolso de las cantidades consignadas o afianzadas de consignación.

No cabe duda que las anteriores consideraciones nos autorizan a otorgar el amparo mediante remisión a la referida sentencia con asunción íntegra de su fundamentación jurídica; a pesar de ello, sin perjuicio de que se tenga por hecha esa remisión procederemos a entrar en el examen singularizado de las concretas circunstancias concurrentes en este caso con el objeto de dar completa y detallada respuesta a todas las alegaciones que conforman el debate procesal.

6. A los efectos expresados, las circunstancias relevantes a ponderar son las siguientes:

a) La solicitante de amparo presentó en el Juzgado de Primera Instancia de Laredo, demanda de retracto de comuneros el día 19 de febrero de 1986 en relación con venta de la mitad proindiviso de unas fincas rústicas, efectuada por medio de escritura de 18 de noviembre de 1985 por el precio escriturado de dos millones trescientas cincuenta mil pesetas —2.350.000—; con la demanda se acompañó cheque conformado por el Banco Exterior de España librado al Juez de Primera Instancia de Laredo, por importe de dos millones quinientas cincuenta mil pesetas —2.550.000—, ofreciendo el afianzamiento que acuerde el Juzgado para el caso de que considere que el reembolso total del precio de venta desembolsado más los gastos realizados con ocasión de la venta no sean cubiertos con la

conocido, admitiendo otro tipo de medios de pago, aunque no sean de realización inmediata, como son el cheque bancario o el aval bancario (66).

La admisión de otros medios distintos de la consignación en metálico nos parece acertada porque la consignación por esos medios cumple con la garan-

cantidad consignada; dicho cheque fue ingresado por el Secretario judicial al día siguiente en la Cuenta Provisional de Consignaciones del Juzgado.

b) El Juez dio curso a la demanda sin hacer objeción alguna a la forma en que fue realizada la consignación, sin que tampoco los demandados en su contestación, ni en ningún otro escrito presentado o actuación realizada en todo el curso del procedimiento hasta recaer la sentencia definitiva de apelación suscitaran cuestión sobre la validez y eficacia de la consignación, limitándose a sostener en su contestación, como única alegación de orden procesal, que la demanda había sido presentada el día 20 de febrero, y no el 19, incurriendo, por ello, en caducidad de la acción de retracto, al ser ejercitada al día siguiente de haber transcurrido el plazo establecido en el artículo 1.524 del Código Civil.

c) La sentencia dictada en primera instancia no contenía razonamiento de clase alguna sobre la regularidad de la consignación, limitándose en el aspecto procesal a declarar probada la presentación de la demanda el día 19 de febrero y a rechazar la alegación de caducidad.

d) La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos, ante la que se apeló la sentencia, sin que se hubiera planteado cuestión al respecto, después de reconocer que la demanda y el cheque que se adjuntaba a ella fueron presentados dentro del plazo legal, entró a examinar de oficio —sin conceder previa audiencia a las partes, ni ponderar su posibilidad de subsanación— la forma en que se efectuó la consignación, llegando a la conclusión de que no se había cumplido debidamente la previsión legal, por carecer el cheque de los efectos de la consignación en dinero, la cual le llevó a declarar extemporánea la acción ejercitada y, en consecuencia, a no haber lugar a la demanda de retracto.

Dichas circunstancias ponen de manifiesto, de manera diáfana, que la consignación efectuada por cheque conformado cumplió su finalidad legal en condiciones esencialmente iguales o semejantes a como la hubiese cumplido la entrega en metálico, que también tendría que ser ingresada por el Secretario en la Caja Provisional de Consignaciones para asegurar, en su día, si así procediere, el reembolso previsto en el artículo 1.518 del Código Civil y además cumplió esa finalidad en condiciones de mayor seguridad y facilidad siguiendo usos más adecuados al tráfico dinerario de los tiempos actuales, en el que, la entrega de cantidades en moneda, al menos cuando alcanzan cierta importancia, es más incómodo, inseguro e inusual.

Por otro lado, no existe dato alguno, sino todo lo contrario, de que la forma de la consignación fuera debida a mala fe, negligencia o propósito de incumplir o dilatar la garantía en atención a la cual viene exigida por el legislador.

En consecuencia con todo ello procede considerar que la interpretación dada por el órgano judicial de segunda instancia al artículo 1618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue excesivamente rigurosa y desproporcionada, máxime si tenemos en cuenta que dicho artículo habla de consignación en sentido legal, sin imponer expresamente la consignación en metálico, ni excluir de algún modo forma alternativa de garantía y que la consignación que dicho precepto legal impone no tiene por objeto realizar un pago con efectos liberatorios de una obligación anteriormente contraída y sancionada por una resolución judicial, como ocurre en el supuesto contemplado en el artículo 148.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que es garantía de un reembolso futuro de realización incierta, cuyos efectos liberatorios no son exigibles en el momento de constituirse sino cuando deba realizarse el reembolso que garantiza».

(66) SSTS de 14 de mayo de 1998 (*RJ* 4650/1998), de 30 de abril de 2001 (*RJ* 3992/2001), de 17 de mayo de 2002 (*RJ* 5341/2002) y de 14 de mayo de 2004 (*RJ* 2758/2004).

tía buscada por el requisito procesal de la consignación que no es otro, recordemos, que garantizar la seriedad de la demanda e impedir situaciones de incertidumbre para la parte compradora.

Pero no queremos dejar de puntualizar que la flexibilización que se admite en los medios de pago susceptibles de consignación no puede llevar a aceptar mecanismos de consignación que no cumplirían con el espíritu de esa garantía procesal. No pueden admitirse mecanismos que no garanticen el reembolso futuro del precio de venta. Por ejemplo, creemos que la consignación debe ser judicial y no puede admitirse otro centro de depósito del precio que no sea el órgano judicial. Esto porque, otra cosa nos parece que sería infringir el artículo 1.178 del Código Civil y el Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores (en adelante, «Real Decreto 467/2006») (67).

No pueden, por lo tanto, admitirse consignaciones ante otro tipo de órganos o instituciones como pueden ser los Notarios (68). En la época en que estaba vigente el requisito de la conciliación previa era frecuente proceder al depósito de la cantidad debida ante un Notario para demostrar la intención del retrayente. Pero, hoy en día, la única forma de ejercitar válidamente el retrato cuando no hay acuerdo entre las partes es ante los Tribunales. Y, en ese ejercicio, deben de cumplirse los requisitos procesales exigidos. El artículo 1.178 del Código Civil exige que las consignaciones se hagan ante la autoridad judicial, y el artículo 1.4 del Real Decreto 467/2006 prohíbe expresamente la utilización de cuentas distintas a las previstas en ese Real Decreto para llevar a cabo los depósitos y consignaciones judiciales (69). El medio de

(67) *BOE* núm. 113 del viernes 12 de mayo de 2006, pág. 18.176 y sigs.

(68) Vid. SAP de Navarra, de 24 de septiembre de 1990, sección 2.ª, rollo de apelación 168/69.

(69) Artículo 1.4 del Real Decreto 461/2006:

«Queda expresamente prohibida la utilización de cuentas distintas de las previstas en este Real Decreto para el objeto y ámbito al que éste hace referencia». Y el objeto del mismo se recoge en el artículo 1.2 del Real Decreto 461/2006: «Tanto los depósitos como las consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores son aquellos que como tales se constituyen a disposición de los órganos de la Administración de Justicia en el ámbito de los procesos judiciales, tal y como se establece en la disposición adicional segunda de la Ley 19/1986, de 14 de mayo, de reforma de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

A estos efectos, se entiende por:

a) Depósitos judiciales:

Los que se constituyan en cumplimiento de garantías, fianzas, cauciones u otros requisitos procesales establecidos por las leyes.

Los que se realicen como consecuencia de la intervención, aprehensión o incautación de moneda metálica, billetes de banco, cheques bancarios o valores realizables, efectuadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por Vigilancia Aduanera o cualquier otro funcionario público, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial competente.

Cualquier ingreso que se realice como consecuencia o aseguramiento del embargo de bienes, y el de las cantidades que se hallaren durante la práctica de diligencias judiciales.

pago elegido para llevar a cabo la consignación judicial debe ingresarse, al interponer la demanda en la cuenta del Juzgado Decano, tal y como exige el artículo 9.2 del Real Decreto 467/2006. Es la única forma de que los fondos queden bloqueados y adscritos a ese procedimiento concreto (70). Esto se garantiza mediante la apertura de una cuenta a nombre del órgano judicial, dentro de la que se abren cuentas para cada expediente judicial (vid. art. 4 del Real Decreto 467/2006), junto al hecho de que el Secretario Judicial sea el único autorizado para realizar disposiciones de esa cuenta (71). En un depósito notarial el Notario puede dar fe pública de lo que recibe, pero el medio de pago no queda asignado a un pago en concreto por la actuación de un Notario. Eso supone que el medio de pago así depositado puede ser, por ejemplo, perdido o robado.

Y no cabe duda tampoco de que por mucho que se flexibilicen los requisitos sobre medios de pago admisibles (72), es necesario proceder a la consig-

b) Consignaciones judiciales:

Aquellas que se realicen en ejecución voluntaria o forzosa de títulos que lleven aparejada ejecución.

Las que se realicen con finalidad liberatoria por el obligado al pago de una cantidad, o en otros supuestos legalmente establecidos».

(70) Sobre la necesidad de consignar ante la autoridad judicial, vid. SSTS de 7 de enero de 1960 (*RJ* 102/1960), de 9 de noviembre de 1968 (*RJ* 4966/1968) y de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6397).

(71) Artículo 3 del Real Decreto 461/2006:

«1. Las cuentas que regula este Real Decreto llevarán el nombre del órgano judicial, fiscal o del Servicio Común Procesal en cuestión, al que se añadirá la denominación “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” y en ella se llevarán a cabo los ingresos mencionados en el artículo 1.

2. Las Cuentas de Depósitos y Consignaciones podrán ser multidivisas, debiendo permanecer diferenciados los saldos existentes en moneda nacional y en divisas extranjeras convertibles.

3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 459.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el secretario judicial, responsable directo del debido depósito en las instituciones legales de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan, será la única persona autorizada para disponer de los fondos existentes en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, y estará obligado al cumplimiento de lo establecido en este real decreto, de cuantas normas se dicten en su desarrollo, y de las instrucciones operativas que reciba al respecto del Ministerio de Justicia».

(72) Vid. al respecto, STS de 4 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008/5889):

«FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO. El segundo, tercero y cuarto se analizan conjuntamente para estimarlos. La sentencia parte del hecho de que “no se ha podido consignar el precio de la compraventa”, aunque entiende que ello no puede servir para enervar el ejercicio de la acción de retracto, porque “el pago se verificará porque la financiación está totalmente comprometida”, con lo que está incumpliendo la doctrina reiterada de esta Sala relativa al plazo de ejercicio de la acción desde la notificación fehaciente, pues la consignación no se produjo. Dice la sentencia que tiene este valor el hecho de que el retrayente obtuvo la autorización de un préstamo hipotecario por una entidad de crédito condicionado a la firma en tal momento de siete avalistas, pero lo cierto es que no se produjo al presentar la demanda, como exige la jurisprudencia (SSTS de 15 de abril de

nación y no vale una simple promesa o manifestación de querer hacerlo, ni tampoco hacerlo parcialmente (73).

Ello no obstante, lo que sí cabe es que se subsane la falta de consignación cuando el demandante que desconoce el precio (74) hace el ofrecimiento de consignarlo cuando sea conocido (75). Eso sí, siempre que la demanda se

1998 [RJ 1998/2982]; 20 de julio de 1993 [RJ 1993/6170]; 17 de mayo de 2002 [RJ 2002/5341]). Es cierto que la doctrina de esta Sala admite alternativas a la consignación en metálico. Lo que no admite es la simple autorización de un préstamo hipotecario condicionado a adquirir la propiedad y a la firma de siete avalistas, que no lo habían hecho al interponer la demanda, ni conceder valor jurídico de consignación al esfuerzo llevado a cabo por el retrayente para adquirir la cosa llevando la argumentación al punto de imputar al demandado la incomparecencia a la firma de la escritura pública de compraventa, cuando es carga del retrayente tener en cuenta el límite temporal para lograr la efectividad de su derecho, evitando posibles demoras o inconveniencias en su cumplimiento (SSTS de 19 de diciembre de 1991 [RJ 1991/9408]; 20 de julio de 2003 SIC). La STC 12/1992 (RTC 1992/12) expresa que la finalidad del artículo 1618.2 “estriba en garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae sentencia estimatoria, será reembolsado, en el momento del otorgamiento de la escritura correspondiente, de las cantidades que señala el artículo 1.518 del Código Civil (LEG 1889, 27)”, y es evidente que, sin haberlo hecho, dejar a la simple especulación que “el pago se verificará” y que “las dudas que suscita a la parte interpelada, la realidad de la financiación, sin duda le serán resueltas, cuando se materialice la ejecución de esta sentencia” por que, de otra forma si la escritura no se otorga “el presente procedimiento habrá sido sencillamente un esfuerzo procesalmente baldío”, supone vaciar de contenido una norma que no se cumplimenta con la simple manifestación de voluntad de querer y poder hacerlo, sino mediante la adquisición de la cosa dentro del plazo de caducidad establecido por la misma».

(73) Vid. STS 1032/2005, de 23 de diciembre de 2005 (LA LEY 10769/2006):

«FUNDAMENTO PRIMERO DE DERECHO *in fine*. Y con respecto a ello, y siguiendo además la doctrina jurisprudencial de esta Sala, avalada por la del Tribunal Constitucional, se ha de decir que el artículo 1618-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un requisito estrictamente procesal para la admisión y la tramitación de las demandas de retracto y con ámbito distinto al establecido en el artículo 1.518 del Código Civil, cuya finalidad es impedir el planteamiento y tramitación del juicio de retracto, por quien no haya demostrado la capacidad económica suficiente para subrogarse o colocarse en la posición que ostenta el adquirente en la transmisión onerosa de la que nace el derecho de retracto, al no poder satisfacer el precio o la contraprestación necesaria para el ejercicio de este derecho de adquisición preferente —por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de junio de 1998, 145/1998 (RTC 1998/145)—. En conclusión, que una persona que no cumplió con el requisito esencial de procedibilidad al no consignar la totalidad del precio ya especificado, no puede ni debe beneficiarse de un derecho preferente de adquisición legalmente establecido, ya que nunca se puede estimar como un puro y simple formalismo la necesidad de consignación».

(74) Si lo conoce debe consignarlo. Al respecto, vid. SAP de Madrid, de 21 de septiembre de 2006 (RJ 2006/279164); SAP de Alicante, de 9 de noviembre de 2006 (RJ 2006/224274) y de 5 de junio de 2003 (RJ 2003/2119), y SAP de Granada, de 10 de septiembre de 2002 (RJ 2002/263377).

(75) Vid. STC de 27 de octubre de 2008 (RTC 2008/127); STS de 22 de julio de 1995 (RJ 1995/6196), y AAP de Huesca, de 30 de julio de 2007 (RJ 2007/355522); AAP de Cáceres, de 16 de junio de 2005 (RJ 2005/161689), que tiene la particularidad de admitir la voluntad de consignar cuando fuera a ser conocido el Juzgado al que fuera a corresponder la demanda y es, a nuestro juicio, criticable porque podía haberse consignado en el

presentara dentro del plazo de caducidad. Y, además, esta subsanación debe hacerse antes de que recaiga sentencia en Primera Instancia, pues otra cosa

Juzgado Decano (nótese la semejanza de este supuesto con el enjuiciado en la STC de 12 de diciembre de 2005, cuya conclusión es criticada por PÉREZ CONESA, C., «Tutela judicial efectiva y consignación del precio de venta como requisito para la acción de retracto», en *Aranzadi Civil*, Tomo 15, vol. 3, 2006, pág. 2407); SAP de Valladolid, de 28 de febrero de 2005 (RJ 2005/90862). En contra, AAP de Las Palmas, de 18 de febrero de 2005 (RJ 2005/109440).

Reproducimos aquí, por su interés, los Fundamentos Jurídicos 3.d) y 4 de la STC de 27 de octubre de 2008 (RTC 2008/127):

«d) Por último, en relación con la subsanabilidad de la falta de consignación, debemos partir de que reiteradamente hemos declarado que los órganos judiciales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando, siempre que sea posible, la subsanación del defecto, a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial efectiva. En dicha ponderación debe atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, y su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado. Además, debe tenerse en cuenta que, al ser el derecho de toda persona a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una primera decisión judicial un derecho que nace directamente de la Constitución y un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, la subsanación de los defectos o irregularidades procesales que eventualmente puedan presentarse en la demanda o en el procedimiento seguido en la instancia, que puedan ser obstáculo de la decisión de fondo de la pretensión ejercitada en el proceso, debe estar presidida por el principio *pro actione*, que debe actuar en esta fase con toda su intensidad (en relación con la acción de retracto arrendaticio, la STC 144/2004, de 13 de septiembre [RTC 2004/144], F. 2.c) en contraste con aquellos supuestos en los que, habiéndose obtenido ya un pronunciamiento de fondo de los órganos judiciales, lo que se dilucida no es el derecho de acceso a la jurisdicción sino a los recursos legalmente establecidos.

4. La traslación de la doctrina expuesta al caso aquí enjuiciado nos lleva a concluir que el órgano judicial vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978/2836]) del demandante de amparo al rechazar la demanda de retracto en atención a un motivo la ausencia de consignación del precio de la venta sin permitir contradicción mediante previa audiencia a las partes, ni ponderar su posibilidad de subsanación, desatendiendo así el mandato que, en desarrollo del artículo 24.1 CE, se contiene en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635) (LOPJ).

En efecto, conviene recordar sucintamente que: a) El solicitante de amparo presentó en el Juzgado de Primera Instancia demanda de retracto en relación con venta de una finca rústica, realizando en otrosí de la demanda ofrecimiento de consignar el precio, una vez fuera conocido. b) El Juez dio curso a la demanda sin hacer objeción alguna al respecto y sin que tampoco lo hicieran los demandados, limitándose a sostener en su contestación, como única alegación de orden procesal, la falta de legitimación activa. c) La sentencia dictada en primera instancia no contenía razonamiento de clase alguna sobre la ausencia de consignación. d) La Audiencia Provincial, ante la que se apeló la sentencia, sin que se hubiera planteado cuestión al respecto, después de reconocer que el demandante estaba legitimado para el ejercicio de la acción de retracto, entró a examinar de oficio sin conceder previa audiencia a las partes, ni ponderar su posibilidad de subsanación la ausencia de consignación, llegando a la conclusión de que no se había

vulneraría las garantías procesales de las demás partes en el proceso (76). Además, para que pueda enjuiciarse si ha habido infracción procesal en caso de que el asunto llegue al Tribunal Supremo, deben de cumplirse una serie de requisitos, como que se haya denunciado en la instancia la infracción o la vulneración del artículo 24 CE y que en el escrito preparatorio se indique cuál es el defecto denunciado, en qué momento del procedimiento se ha producido, cómo y cuando ha sido denunciada por el recurrente y de qué manera se ha pretendido su subsanación (77).

cumplido debidamente la previsión legal, lo cual le llevó a declarar no haber lugar a la demanda de retracto.

Atendidas tales circunstancias, se puede concluir que la consecuencia que el órgano judicial extrajo del defecto procesal apreciado resultó desproporcionada, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva impide la clausura de un procedimiento por defectos que puedan subsanarse, de modo que, para que las decisiones de inadmisión por incumplimiento de los requisitos procesales sean acordes con el expresado derecho, es preciso que el requisito incumplido, atendidas las circunstancias del caso, sea insubsanable o que, siendo subsanable, no haya sido corregido por el actor pese a que el órgano judicial le haya otorgado esa posibilidad, tal como prevén los artículos 11.3 y 243 LOPJ (SSTC 147/1997, de 16 de septiembre [RTC 1997/147], F. 4; 122/1999, de 28 de junio [RTC 1999/122], F. 2, y 153/2002, de 15 de julio [RTC 2002/153], F. 2).

Como hemos expresado, la finalidad de la carga de consignar el precio de la venta no es otra que impedir el planteamiento y la sustanciación del juicio de retracto por quienes carezcan de la capacidad económica suficiente para subrogarse o colocarse en la posición que ostenta el adquirente en la transmisión onerosa de la que nace el derecho de retracto, al no poder satisfacer el precio o la contraprestación necesaria para el ejercicio de este derecho de adquisición preferente (SSTC 145/1998, de 30 de junio [RTC 1998/145], F. 4; y 14/2004, de 13 de septiembre [RTC 2004/14], F. 3). En el presente caso, el demandante no había cuestionado la obligación de consignar ni había manifestado su imposibilidad de hacerlo, sino que en la propia demanda de retracto había realizado el ofrecimiento de consignar una vez que se acreditara en autos el precio de la venta. Siendo inobjetable que los órganos judiciales supeditaran la tramitación del proceso al cumplimiento de la carga de consignar, no lo es, por el contrario, que se denegara el examen de la pretensión de fondo sin posibilitar la subsanación del defecto. Y ello porque está en juego la obtención de una primera decisión judicial y en esta fase se proyecta con mayor intensidad el principio *pro actione* cuyo objeto es evitar que determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. Los requisitos formales no son valores autónomos con sustantividad propia, sino que sólo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, por lo que su incumplimiento no presenta siempre igual valor obstativo, con la consecuencia de que si aquella finalidad puede ser lograda sin detrimento de otros bienes y derechos dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto (SSTC 180/1987, de 12 de noviembre [RTC 1987/180], F. 2; 213/1990, de 20 de diciembre [RTC 1990/213], F. 2; 63/1999, de 26 de abril [RTC 1999/63], F. 2, y 153/2002, de 15 de julio [RTC 2002/153], F. 3)».

(76) Al respecto, vid. SAP de Alicante, de 23 de abril de 2007 (RJ 2007/211439) y AAP de Toledo, de 23 de abril de 2007 (RJ 2007/262215).

(77) Vid. por ejemplo, ATS de 24 de marzo de 2009 (JUR 2009/ 185731).

RESUMEN

*DERECHO DE RETRACTO
RETRACTO DE COMUNEROS*

De acuerdo con el artículo 1.522 del Código Civil, el copropietario de una cosa común tiene un derecho de retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. Para el correcto ejercicio de dicho derecho de retracto ante los tribunales el demandante debe cumplir ciertos requisitos sin los cuales su acción no puede prosperar. Este artículo estudia las dificultades a las que las partes deben hacer frente en este tipo de acciones e intenta dar soluciones a las mismas. Los problemas se plantean básicamente por la nueva regulación de la acción de retracto en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en especial en el artículo 266.3.º, y las diferentes opiniones de nuestros tribunales sobre distintas cuestiones relativas al ejercicio de la acción de retracto.

ABSTRACT

*RIGHT OF REPURCHASE
JOINT OWNERS*

According to article 1.522 of the Spanish Civil Code, the co-owner of a thing has a right of legal redemption in case of any or all the parts of the thing hold in common being sold to a third party outside the joint estate. In order to exercise such right of redemption in front of a Court the claimant has to fulfil certain requirements or the action shall fail. This article explores the difficulties the parties have to face in these kinds of actions and tries to give a solution to them. Such problems are basically due to the new regulation of these redemption proceedings established in Law 1/2000 of Civil Procedure (in special in article 266.3.º) and to the different interpretation Spanish Courts have made of some of those requirements.

*(Trabajo recibido el 28-5-2010 y aceptado
para su publicación el 30-6-2010)*

El control registral de la edificación

MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ
Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA NUEVA.
- III. LA OBRA NUEVA EN LA LEY HIPOTECARIA Y SU REGLAMENTO.
- IV. EL INCREMENTO DEL CONTROL DE LEGALIDAD: EL TEXTO RE-FUNDIDO DE 1992 Y LA LEY DEL SUELO DE 1998.
- V. COORDINACIÓN ENTRE REGISTRO Y URBANISMO: EL REAL DE-CRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO.
- VI. LA LEY 5/1999 DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN: EL SEGURO DECENAL.
- VII. LA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO, DE SUELO, Y EL TEXTO REFUN-DIDO DE 20 DE JUNIO DE 2008: EL LIBRO DEL EDIFICIO.

I. INTRODUCCIÓN

El Registro de la Propiedad constituye una pieza esencial en el proceso de ejecución y posterior adquisición de las nuevas edificaciones, pues los registradores de la propiedad, en el ejercicio de la función calificadora que les atribuye el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, son los últimos agentes controladores de la legalidad de los aspectos jurídicos del proceso constructivo y, por ello, les corresponde velar por el cumplimiento de los requisitos legales del derecho a edificar. De este modo, como señala el artículo 55 con el que se cierra el capítulo dedicado a las obras nuevas en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el

Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística: «*los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, el cumplimiento de lo establecido en este Reglamento para la inscripción de declaraciones de obra nueva, de tal forma que los documentos que no reúnan los requisitos exigidos no serán inscribibles*». Esto no obstante, debe partirse de la premisa del sistema de inscripción voluntaria en nuestro derecho, por lo que el control registral solamente operará cuando voluntariamente se acuda a la institución registral para la tutela de los derechos particulares.

La declaración de obra nueva constituye la constatación de un hecho existente en la realidad extrarregistral, afectante a una finca inscrita, que, previo cumplimiento de los requisitos legales, puede tener acceso al Registro con la consiguiente modificación de la descripción registral de la finca para hacer constar en ella la nueva edificación y conseguir así la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica.

En este sentido la DGRN (Resolución de 21 de mayo de 1991, RA núm. 4076) considera la declaración de obra nueva como un acto de administración que refleja un hecho constatado en la realidad (edificio construido). Las obras nuevas, lo mismo que las plantaciones de una finca rústica, no pasan de ser un elemento físico que completa la descripción registral de la finca, de suerte que «*una vez realizada la obra, su acceso al Registro de la Propiedad tiene lugar como la simple constatación de un hecho*» (Resoluciones de 21 de febrero de 1995, RA 1735 y 21 de noviembre de 2002, RA 2003/3938). Esta posición parece seguirse también en el Reglamento Hipotecario cuando permite su artículo 94 la inscripción de las efectuadas por uno sólo de los cónyuges. No obstante, cabe plantearse también la declaración de obra nueva desde la perspectiva de la modificación del derecho de propiedad o el surgimiento de este derecho sobre lo edificado, como veremos seguidamente.

A pesar de que en la definición apuntada nos referíamos a modificaciones de fincas inscritas, la declaración de existencia de una obra nueva puede referirse también a una finca no inscrita. Así, puede ocurrir que con ocasión de una pretensión de inmatriculación se ponga de manifiesto la existencia de una edificación en la finca cuyo ingreso en el Registro se pretende. En estos casos es doctrina de la DGRN que es preciso cumplir la normativa exigida por la legislación urbanística para el acceso de las edificaciones al Registro, sin que obste a ello el hecho de que no nos hallemos ante una declaración de obra nueva, sino ante una pretensión de inmatriculación. Los preceptos reguladores del acceso de edificaciones al Registro (actual art. 20 del RDLeg. 2/2008 de 20 de junio) son aplicables a toda hipótesis de acceso de una edificación al Registro (Resoluciones de 9 de octubre de 2000, RA 10226; 13 de septiembre de 2003, RA 6276; 17 de febrero de 2005, RA 1958 y 6 de julio de 2005, RA 5652).

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD DE LA OBRA NUEVA

Aun cuando, como acabamos de ver, la declaración de obra nueva no pasa de ser la mera constatación de un hecho físico modificativo de la descripción de la finca, lo cierto es que afecta al derecho de propiedad en una doble perspectiva: por tratarse de una facultad del dominio y por existir un derecho de propiedad sobre la finca.

En primer lugar, el derecho a edificar es una facultad ínsita en el derecho de dominio, aunque, a la vez, sujeta a las limitaciones consustanciales al derecho de propiedad en la actualidad, y por ello, al cumplimiento de una función social (art. 33 CE), lo que se aprecia en los diversos requisitos establecidos en la normativa urbanística.

Como manifestación del ejercicio consumado del derecho a edificar, la declaración de obra nueva corresponde efectuarla al propietario del suelo, aunque se trate de un acto de administración del dominio. Por ello, en cumplimiento del principio de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) deberá otorgarla el titular registral actual, con independencia de que, según los datos obrantes en el Registro, en la fecha de construcción tal titular no fuese el propietario. Como señala la DGRN en la Resolución de 20 de marzo de 2002 (RA 6187) de no ser así, nunca podría inscribirse una obra nueva si el propietario que la construyó no la hubiese declarado. En cuanto a los supuestos de usufructo, la DGRN, en la Resolución de 21 de noviembre de 2002 (RA 3938), partiendo de la configuración de la obra nueva como un simple hecho, como la constatación registral de un elemento físico de la finca que completa la descripción de ésta, considera que la única razón para exigir la conformidad del usufructuario sería la obligación que tiene el nudo propietario de no alterar la forma y sustancia del bien ni perjudicar el derecho de aquél, pero, dado que esta obligación también implica la de mantener la aptitud productiva de la cosa o de mejorarla, es claro que no la viola el hecho de reflejar en el Registro la existencia de una construcción que se ajusta a la normativa urbanística y que será disfrutada por el usufructuario.

En este sentido, para LLOPIS GINER el nudo propietario es el que tiene, en virtud del principio de accesión, la facultad de hacer la obra nueva, siempre que no traspase los límites de su derecho. Esta regla admite a juicio de este autor las excepciones del título de constitución del usufructo, del caso de la obra nueva antigua y del caso de la existencia de una hipoteca que modifica el derecho real hipotecado y trastorna la regla general en virtud de la no extensión automática de la hipoteca sobre la obra futura («El nudo propietario y el usufructuario en la declaración de obra nueva: su naturaleza y supuestos», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, 2006, págs. 1148-1149).

Por otra parte y, como apuntábamos antes, para las sociedades de gananciales el artículo 94.2 del Reglamento Hipotecario considera inscribibles las declaraciones de obra nueva realizadas por sí solo por el titular registral cuando se trata de finca inscrita conforme al artículo 94.1 por uno de los cónyuges con carácter ganancial. La DGRN en la Resolución de 21 de febrero de 1995 (RA 1735) admite que inscrita una finca con carácter ganancial a nombre de marido y mujer conforme al artículo 93.1 RH, basta la intervención de uno de ellos para inscribir una declaración de obra nueva con expresa manifestación de haberse realizado la construcción a expensas de la sociedad conyugal, reiterando la consideración de mera constatación de un hecho.

En otro orden de cosas, la declaración de obra nueva implica el reconocimiento de una modificación o ampliación en el objeto del derecho de propiedad, lo que conlleva la necesaria determinación de la titularidad de la nueva edificación, o lo que es lo mismo: puede afirmarse que ha surgido un nuevo derecho de propiedad sobre lo edificado. Diversas normas se ocupan en nuestro ordenamiento de esta cuestión, lo que nos lleva a la obligada referencia a los preceptos reguladores de la accesión (art. 353 y sigs. CC), que en el ámbito inmobiliario se rigen por el principio *superficies solo cedit* recogido en el artículo 358 que dispone: «*lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*».

En cuanto a los supuestos de comunidad conyugal, es relevante la determinación del carácter privativo o ganancial de las edificaciones para lo cual el artículo 1.359 del Código Civil sigue el principio general de la accesión en lugar de imputarlas a aquél de los cónyuges que alegase efectuarla. Así, dispone la norma que: «*las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho. No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado*». El mismo criterio sostuvo la DGRN en la Resolución de 30 de junio de 1982 (RA 3676) para un supuesto de sobreelevación en edificio privativo de uno de los cónyuges, considerando que construida por el marido una nueva planta sobre edificación preexistente, de su propiedad, tendrá aquella el mismo carácter privativo, si bien surgirá un crédito, por su valor, a favor de la sociedad de gananciales. No obstante, en la Resolución de 26 de mayo de 1999 (RA 4368) para un supuesto de obra nueva realizada por cónyuges casados en régimen de separación, sobre solar propio del marido, con aportaciones económicas de

ambos en el que se adjudicaban la total finca por mitades sostiene la Dirección General que, si bien es cierto que toda transferencia patrimonial ha de tener su causa, y que ésta a efectos registrales no puede presumirse, no lo es menos que, en la escritura presentada, además de la obra nueva declarada se contiene un negocio jurídico de carácter oneroso que, aunque no esté expresamente nombrado, podría tener aptitud suficiente para provocar el traspaso patrimonial en él contenido.

Finalmente, la facultad de edificar incluida en el derecho de propiedad del suelo puede ser dissociada y atribuida a otra persona distinta del propietario, dando lugar a los derechos de superficie, sobreedificación y subedificación que pasamos a analizar brevemente.

DERECHO DE SUPERFICIE

Puede definirse el derecho de superficie como el derecho a construir en suelo ajeno que se concede a otra persona, haciendo ésta suyo lo construido durante el periodo de duración del derecho. Para ROCA SASTRE («Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, pág. 7 y sigs.) es: «*el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de edificación o plantación preexistente*».

La naturaleza jurídica de este derecho se perfila a partir de dos teorías distintas. La primera de ellas parte de la concepción del Derecho romano que sostiene la esencial compenetración de la propiedad del suelo con la superficie y que no admitió una propiedad de ésta distinta de la propiedad de aquél. La segunda se encuentra en parte de la doctrina italiana (Chironi, Lomonaco, Gianturco), postulando el derecho de superficie como un derecho real, enajenable y transmisible, sobre construcciones hechas en fundo ajeno, ligado o no a la obligación de pagar un canon al propietario.

En los artículos 40 y 41 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, se regula este derecho que se conceptúa como un derecho real que atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. Se inclina, por tanto, por la posición de ROCA SASTRE (ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Tomo V, 8.ª ed., Barcelona, 1997, pág. 483) al acentuar el hecho de «mantener» y no sólo «construir», si bien, se establece claramente su carácter temporal, con un límite máximo de noventa y nueve años. Esta temporalidad que caracteriza la figura la hace útil básicamente para construcciones que tengan una duración

prefijada por su carácter temporal o transitorio. Para el propietario de un terreno es un medio para hacer suyo el incremento del valor del suelo en zonas próximas a poblaciones propicias a una fuerte expansión urbanística. No obstante, el éxito de este derecho colisionará con el obstáculo de la temporalidad, ya que el que adquiere para construir no se contenta con hacer suyo lo construido sólo por cierto número de años.

El derecho de superficie implica un doble goce: el del suelo en la construcción del edificio y el de ese edificio una vez construido, aunque en este segundo estadio el goce derive directamente de la propiedad de lo edificado, es decir, de la propiedad superficiaria. Lo fundamental es el derecho de mantener la propiedad superficiaria de lo edificado, porque el derecho de construir la edificación es más bien una facultad instrumental o medial para llegar a la existencia de la propiedad separada superficiaria (vid. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.*, pág. 485).

En la regulación del Texto Refundido se establece la inscripción constitutiva de este derecho en el Registro de la Propiedad, la cual era ya contemplada en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, cuya redacción, dada por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, fue anulada por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RA 1083).

DERECHO DE SOBREDIFICACIÓN Y SUBEDIFICACIÓN

Los derechos de sobreedificación y subedificación son aquellos que atribuyen la facultad de construir en el vuelo o subsuelo concedido a otra persona haciendo ésta suyas las edificaciones resultantes y sin constituir derecho de superficie. La disociación en el derecho a edificar respecto a la propiedad del suelo también es característica de estos derechos, aunque, a diferencia del derecho de superficie se pretende una apropiación definitiva de lo edificado.

El régimen registral de estos derechos se establece en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, afectado también parcialmente por la citada sentencia de 31 de enero de 2001. Según este precepto: *«el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:*

- a) *Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.*
- b) *(Anulado).*

- c) (Anulado).
- d) *Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».*

Los apartados b) y c), relativos a la determinación del número de plantas y el plazo para el ejercicio del derecho que no puede exceder de diez años fueron anulados, si bien la exigencia de estas circunstancias vienen dadas por el principio hipotecario de especialidad.

III. LA OBRA NUEVA EN LA LEY HIPOTECARIA Y SU REGLAMENTO

La regulación de la Ley y el Reglamento Hipotecario se caracterizan por la flexibilidad y ausencia de requisitos específicos para el acceso de edificaciones al Registro. Así el artículo 208 de la Ley dispone que: *«las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble. También podrán inscribirse mediante escritura pública, en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que éste describa la edificación, acompañando certificado del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal».* El artículo 308 del Reglamento se limita a matizar ligeramente el contenido de este precepto. De ambos artículos resultan dos posibilidades para inscribir obras nuevas: 1.º) Mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble por los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales, o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora. 2.º) Mediante escritura pública descriptiva de la obra nueva en la que el contratista manifieste que ha sido reintegrado del importe de la misma o a la que se acompañe certificado de arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal, acreditativo de que la construcción está comenzada o concluida. De las normas citadas resulta una gran facilidad para el acceso de las edificaciones al Registro, bastando la mera descripción en los títulos relativos al inmueble.

Resulta destacable que se contempla no sólo el supuesto de las obras nuevas, sino también las nuevas plantaciones o mejoras. Aunque se refiera a fincas urbanas, deben entenderse comprendidas también las rústicas en las que pueden efectuarse dichas edificaciones o mejoras. Del mismo modo, también deben entenderse incluidas cualquier otra obra que transforme las circunstancias materiales de la finca expresadas en el Registro, como desmontes, puestas en cultivo de terreno, obras de riego, etc.

La regulación de la Ley Hipotecaria, aunque no ha sido formalmente derogada, se encuentra en la actualidad en total desuso, puesto que los requi-

sitos actualmente exigibles, de fondo y forma, de las obras nuevas se recogen en la normativa cuya evolución estudiamos en los siguientes apartados.

IV. EL INCREMENTO DEL CONTROL DE LEGALIDAD: EL TEXTO REFUNDIDO DE 1992 Y LA LEY DEL SUELO DE 1998

La Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico introdujo el sistema de adquisición gradual de facultades del dominio, conforme al cual se establecían sucesivas fases para la adquisición de dichas facultades urbanísticas del dominio sobre bienes inmuebles, distinguiendo entre el derecho a edificar y derecho a la edificación. El derecho a edificar se concretaba en la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente (si no había sido sustituido por su equivalente económico) y requería con carácter constitutivo la previa obtención de licencia de obras, ajustada a la ordenación en vigor. Por su parte, el derecho a la edificación dejaba de considerarse como una manifestación del denominado derecho de accesión que, procedente del Derecho Romano, se había incorporado al artículo 358 del Código Civil, y que atribuye la propiedad de lo edificado al propietario del suelo; sino que este derecho a la edificación sólo autoriza la incorporación de lo edificado al patrimonio del propietario del suelo cuando la edificación se hubiese ejecutado y concluido con arreglo a las condiciones fijadas por la licencia ajustada al planeamiento (DÍAZ FRAILE, J. M., «El tratamiento registral de la obra nueva en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 141, diciembre de 2007, pág. 3788).

Para CABELLO DE LOS COBOS («Disciplina urbanística y publicidad registral», en *RCDI*, núm. 604, pág. 1580) la realización de la obra, con independencia del derecho-deber de edificar sobre un solar o sobre suelo rústico con expresa autorización es el resultado del ejercicio de la facultad de goce que corresponde al propietario del suelo; la materialización del *ius aedificandi*.

Consecuentemente con lo expuesto, es a partir de la citada Ley 8/1990 y del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, cuando se introducen dos importantes exigencias que sitúan al Registro de la Propiedad como último garante de la legalidad urbanística: la licencia municipal y el certificado de técnico. Así, el artículo 37.2 establecía: «*los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la des-*

cripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras».

De este precepto surge también el distinto tratamiento entre obra nueva comenzada o en construcción y obra nueva finalizada. La importancia en la práctica edificatoria de comenzar las transacciones inmobiliarias de edificaciones aún en fase constructiva hace necesario, a la par que muy conveniente, su acceso al Registro, de manera que los adquirentes puedan tener inscritos sus derechos y gozar de las presunciones y protección que les brinda el Registro. Por ello se regula la posibilidad de acceder al Registro la obra en construcción, debiendo acreditarse posteriormente la terminación mediante acta notarial a la que se incorpora el certificado final de obra. Dicha posibilidad ya se apuntaba en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en el artículo 308 del Reglamento y por la DGRN, que en la Resolución de 5 de noviembre de 1982 (RA 6941) admite la inscribibilidad de una escritura de obra nueva y propiedad horizontal en que se dice que la construcción del edificio está comenzada, sin especificarse el estado en que se encuentra cada uno de los locales y viviendas, dando cobertura a las denominadas situaciones de prehorizontalidad.

Tanto para las obras terminadas como para las obras en construcción se exige el testimonio notarial de la licencia y del certificado técnico que acredite que la descripción de la obra se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia.

Conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997 (RTC 1997/61), sólo es competencia del Estado en materia urbanística, la definición del derecho de propiedad y las condiciones de igualdad en el territorio nacional, la determinación de su función social, el régimen de expropiación forzosa y valoraciones y los aspectos jurídico-registrales. Anulados numerosos preceptos del Texto Refundido, de 26 de junio de 1992, por infracción del régimen competencial autonómico (incluso el sistema de adquisición gradual de las facultades del dominio) se mantuvo la misma línea en cuanto a la declaración de obra nueva iniciada por el referido Texto Refundido en el artículo 22 de la Ley 6/1998, de Suelo, y valoraciones que reitera los mismos requisitos ya señalados, debido a que los mismos se refieren a aspectos registrales que entran en el ámbito competencial estatal (cfr. art. 149.1.8 CE).

En cuanto al ámbito temporal de aplicación de los requisitos señalados, la RDGRN, de 3 de octubre de 2002, señala que la exigencia de certificado de técnico competente, acreditativa de que la obra ha sido concluida con arreglo al proyecto, sólo es exigible a las edificaciones posteriores a la Ley del Suelo de 1990. Por tanto, siendo principio general de nuestro Derecho

(art. 2.3 CC) el de que las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusiesen lo contrario, y habiéndose acreditado mediante documento oficial que la obra fue terminada antes de la vigencia de la Ley del Suelo de 1990, no puede exigirse el cumplimiento de requisitos impuestos por ésta y que no venían impuestos cuando aquélla fue concluida, pues examinado el articulado de la Ley de 1990 se desprende que ésta se refiere a sólo a las edificaciones construidas con posterioridad a su entrada en vigor.

V. COORDINACIÓN ENTRE REGISTRO Y URBANISMO: EL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO

Como resulta del título de esta norma, su objeto es establecer unas normas complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Como señala su Exposición de Motivos, los preceptos que integran el Real Decreto se refieren a materias urbanísticas, su contenido es exclusivamente registral, por lo que en cuanto normas hipotecarias-jurídico-privadas- están llamadas a tener una pervivencia independiente de las vicisitudes de las normas sobre urbanismo. Es por ello que se procura evitar las referencias concretas a la legislación urbanística, toda vez que la competencia para su elaboración está atribuida con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas, salvo en las materias expresamente reservadas al Estado.

Las normas sobre obras nuevas se contienen en los artículos 45 a 55. Como ha señalado la Resolución-Circular de la DGRN, de 26 de julio de 2007, la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, no afecta a la vigencia de los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, aprobando las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, ya que la citada Ley no los deroga expresa ni tácitamente, ni es incompatible con ellos, como tampoco lo fue la Ley 6/1998.

Comienza la regulación con la norma del artículo 45 en la que pueden diferenciarse dos aspectos: en primer lugar, se refiere al título inscribible estableciendo una remisión genérica a la legislación hipotecaria, y por ello, a los antes vistos artículos 208 de la Ley y 308 del Reglamento, así como al genérico principio de titulación pública (art. 3 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, establece unas pautas descriptivas que han de considerarse verdaderos requisitos, cuya falta ha de ser objeto de calificación defectuosa. Así, se establece que deberá constar en los títulos, al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada y el total de los metros cuadrados edificados. Estas tres circunstancias deben estimarse indispensables en toda descripción de una obra nueva. Además se añade que si en el proyecto apro-

bado se especifica, debe constar en el título el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente.

Las exigencias de licencia municipal y certificado técnico descriptivo que ya se establecieron en la Ley del Suelo, se matizan en el artículo 46, concretando la actuación registral a practicar en los casos de acta de terminación de obra, que ha de ser la nota marginal. Asimismo se regula con flexibilidad las personas facultadas para otorgar el fin de obra, lo que no debe confundirse con la necesidad de que la declaración de obra nueva en sí misma sea realizada por el titular registral conforme a las exigencias del principio de tracto sucesivo. Así se prevén excepciones a este principio al permitir que el otorgamiento del acta de fin de obra puede realizarse no sólo por el titular registral, sino también por las siguientes personas: *a)* Aquélla que hubiere declarado la obra nueva en construcción, aún cuando hubiese transmitido el dominio en todo o en parte. *b)* Si la finca perteneciese a varios titulares en proindiviso, los que reúnan la mayoría necesaria para realizar actos de administración. Este apartado es acorde con el artículo 398 del Código Civil y la consideración de la declaración de obra nueva como acto de administración sostenida por la Resolución de 21 de mayo de 1991 antes vista. *c)* El presidente de la junta de propietarios, si el edificio se hubiese constituido en régimen de propiedad horizontal. Ello concuerda con el artículo 13.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad de Horizontal. *d)* Cualquiera de los cónyuges, si el inmueble estuviese atribuido a su sociedad conyugal. Como señala DÍAZ FRAILE (*op. cit.*, pág. 3793), este apartado plantea problemas de compatibilidad con el artículo 1.384 del Código Civil, el cual dispone que: «*Serán válidos los actos de administración de bienes... realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren*». Ello obliga a entender limitado este apartado a los casos en que el inmueble está inscrito a nombre de uno sólo de los cónyuges con carácter ganancial o presuntivamente ganancial, pero no para los casos en que está inscrito a nombre de los dos cónyuges.

La forma de proceder respecto a actos y contratos afectantes a inmuebles en construcción se determina en el artículo 51, que permite su inscripción haciendo constar esta circunstancia. Como dice GARCÍA GARCÍA (*Código de Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*, 5.^a ed., Madrid, 2006, pág. 1555, y GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, *Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999, pág. 1014, nota 200), este artículo ha generalizado la criticable doctrina de la Resolución de la DGRN de 21 de marzo de 1997 (RA 2046), fomentando una indeseable discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, pues si existe esta facilidad para inscribir escrituras de transmisiones y gravámenes de pisos que en el Registro figuran todavía en construcción, pero que en el título constan como terminados, la tendencia práctica será probablemente la de no reflejar

nunca las terminaciones de obra. Según el mismo autor, cabría interpretar el precepto en el sentido de que sólo se refiere a las transmisiones y gravámenes de departamentos en construcción, pues si estuvieran terminados según el documento serían aplicables dos deberes legales (certificación de fin de obra y acta notarial de terminación) que serían controlables por el registrador. No obstante la DGRN, en Resoluciones de 10 marzo de 2007 (RA 1574) y 8, 9, 10, 11, 12 y 14 de abril de 2008 (RA 2104, 2105, 2106, 2107, 2108 y 2109) se acoge claramente a la primera interpretación considerando que nada impide la inscripción, debiendo el registrador —conforme al art. 51 del Real Decreto 1093/97— hacer constar en la nota de despacho que según el Registro la finca está en construcción y no se ha constituido el seguro decenal exigido por la Ley General de la Edificación (sobre el que trataremos seguidamente). Tanto GARCÍA GARCÍA, como ya se ha visto, como FANDOS PONS («La derogación fáctica del artículo 51 del Real Decreto 1093/97 y el anacronismo de la doctrina de la Resolución de 10 de marzo de 2007 y sus posteriores», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 157 (2.ª época); mayo de 2009, págs. 947 a 961) son favorables a la segunda interpretación del precepto, puesto que, como señala este último, con la primera de ellas se perjudica al consumidor o usuario, porque se altera su voluntad de comprar una vivienda terminada, pues con esa intención ha ido al notario a autorizar el título y con ese convencimiento sale de la notaría, pero después aplicando la doctrina de la Dirección General, se le inscribe una vivienda en construcción, por lo que no podrá dotarla de los servicios adecuados como luz, agua y demás, pues al no tener la licencia de ocupación, que no puede solicitarse hasta que se termine la obra, puede perpetuarse en el tiempo la situación conocida popularmente como la luz de obra. Situación fáctica que pone en entredicho la afirmación de que cuando se ha firmado el título, el vendedor sabe lo que ha vendido y el comprador lo que ha comprado, pero no es así para éste, pues, aplicando esta doctrina se tergiversa su voluntad, sin que sea suficiente que preste su consentimiento a la inscripción de la obra nueva como en construcción, pues lo que se impone al promotor constructor es una obligación legal.

En cuanto a la forma de acreditar los requisitos exigidos, reitera el artículo 48.1 del Real Decreto 1093/1997 que la licencia municipal ha de testimoniarse literalmente. Recuerda la DGRN en su Resolución Circular de 26 de julio de 2007, la posibilidad de acreditarse ante el notario y ante el registrador la concesión de licencias de segregación y obra nueva por silencio administrativo positivo, una vez que se acredite que ha transcurrido el plazo de tres meses para que la Administración resuelva sobre la solicitud del interesado, lo cual ha sido sostenido por la misma reiteradamente, admitiendo incluso como forma de acreditación no sólo la certificación del silencio positivo por la propia Administración, sino también la resolución administrativa expresa

—aunque fuera denegatoria— producida fuera de plazo (Resoluciones de 27, 28 y 31 de mayo [RA 1054, 6197, 6355]; 7, 9 y 10 de septiembre de 2002 [RA 8918, 8919, 8920] y 17 de junio de 2004 [RA 5485]). Queda obsoleta e inaplicable la referencia a la certificación administrativa de acto presunto que hace el artículo 48, habida cuenta de la reforma del artículo 43 de la Ley 30/1992, operada por la Ley 4/1999. En los casos de licencia obtenida por silencio, el Registrador ha de comunicar la práctica de la inscripción al Ayuntamiento (art. 54) (acerca de la licencia otorgada por silencio administrativo positivo, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La declaración de obra nueva en la Nueva Ley de Régimen del Suelo», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Tomo I, Madrid, 1999, pág. 1137 y sigs.).

Como afirma la Resolución de 15 de enero de 2009 (RA 1604), si bien la Dirección General en alguna ocasión (Resolución de 23 de junio de 2004, RA 5489) afirmó que a efectos de la doctrina del silencio administrativo positivo no basta con probar la existencia de la solicitud dirigida a la Administración, sino que es necesario probar de alguna manera la inexistencia de contestación de dicha Administración, también es cierto que se ha admitido como medio de prueba, una vez suprimida la certificación del acto presunto por la reforma por Ley 4/1999, de 13 de enero, la manifestación en documento público de los solicitantes de que tal contestación expresa de la Administración no se ha producido (Resolución de 3 de enero de 2008, RA 2087) dada la dificultad de la prueba de hechos negativos. Por otra parte, el plazo para el cómputo del silencio administrativo lógicamente no puede hacerse depender de una actividad unilateral de la Administración en el cierre o conclusión del expediente, sino que el plazo para resolver debe computarse desde la solicitud, siempre que no haya interrupción del mismo mediante una actividad expresa de la Administración de requerimiento al administrado o notificación de algún acto al administrado, que no consta se produjera en este expediente.

No podemos dejar de mostrar nuestro desacuerdo con la doctrina expuesta relativa al silencio administrativo sostenida por la Dirección General en una cuestión de una sensibilidad tan acentuada actualmente como es la materia urbanística. La admisión como concesión por silencio positivo de una licencia mediante la presentación de una denegación extemporánea (mantenida en las Resoluciones de 10 de septiembre de 2002 [RA 8920]; 5 de octubre de 2006 [RA 9689]), a nuestro juicio es contraria al artículo 242.6 del Texto Refundido, de 26 de junio de 1992, que dispone: «*en ningún caso se entenderá adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico*» (norma declarada expresamente en vigor por la Ley de Suelo de 1998) y que actualmente se recoge en el artículo 8 del Texto Refundido de 20 de junio de 2008, que dispone: «*en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o*

derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística». En el sentido de este precepto se manifestó la Resolución de 22 de marzo de 2005 (RA 1976), de la que se alejan las posteriores. Si el registrador califica en base a los documentos presentados y a los asientos del Registro (art. 18 de la Ley Hipotecaria), y le consta documentalmente la ilicitud de dicha licencia, por tener ante sí su denegación, aun extemporánea, carece absolutamente de sentido que tenga acceso al Registro de la Propiedad un acto claramente impugnabile, cuando la finalidad primordial de esta institución es evitar la litigiosidad, siendo junto con la Fe Pública Notarial, uno de los pilares de la denominada seguridad jurídica preventiva en el Ordenamiento Español. Resulta sorprendente la aquiescencia del Centro Directivo al acceso al Registro de un acto ilícito, en contra de los principios mismos de la institución, afirmando abiertamente que es la Administración quien debe proceder a impugnarlo haciendo constar dicha impugnación en el Registro.

Por lo expuesto, nos congratulamos del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009 (RA 1471), la cual señala que: *«al declarar que las licencias urbanísticas se adquieren por silencio positivo, aunque sean contrarias al ordenamiento urbanístico, en contra de lo establecido categóricamente por el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, así como de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, recogida en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo que se citan, es errónea y gravemente dañosa para los intereses generales por cuanto genera, al tener que ser aplicada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo del territorio, una situación de anarquía e ilegalidad en un ámbito tan sensible y de tanta trascendencia social como es el urbanismo*».

El artículo 46 del Real Decreto 1093/1997 exceptúa a la exigibilidad de licencia los supuestos en que no fuera legalmente exigible. Como señala DÍAZ FRAILE (*op. cit.*, pág. 3787), la salvedad responde a la existencia de supuestos en los que legalmente no es exigible una licencia de obras para amparar la legalidad de un acto edificatorio. Ejemplos de tales supuestos de excepción son los siguientes: *a)* la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 18 de abril de 2000 (RA 4221) en relación con la concesión administrativa de construcción y explotación de un aparcamiento. Entiende el Tribunal Supremo que el control de legalidad urbanística lo realiza el Ayuntamiento a través del concurso de adjudicación de la concesión y mediante la recepción provisional y definitiva de la obra; *b)* diversas excepciones previstas en la normativa autonómica, como la que contempla que las Ordenanzas municipales puedan sustituir la necesidad de la licencia por una comunicación previa al Ayuntamiento (vid. art. 179, núm. 4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio), las órdenes de ejecución que deben dictar los Ayuntamientos en caso de incumpli-

miento por los propietarios de los deberes de conservación y rehabilitación (vid. art. 169.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbánística de Andalucía (LOUA) y art. 189 de la Ley de Urbanismo de Cataluña de 2005), o ciertos actos promovidos por las Administraciones públicas cuando concurren razones de excepcional o urgente interés público (vid. art. 170.2 y art. 3 LOUA).

En cuanto a la certificación de técnico, puede ésta hacerse por comparecencia del técnico en el otorgamiento, por testimonio en la escritura o acompañándola como documento complementario, debiendo constar legitimada la firma en estos dos últimos casos (art. 49 del RD 1093/1997). Esta exigencia es ineludible como señala la DGRN, incluso en supuestos planteados con anterioridad al Real Decreto 1093/97. La certificación del técnico ha de tener la firma legitimada notarialmente, puesto que dicha certificación es un documento privado y su incorporación a la escritura no lo convierte en público. Por otro lado, si bien el carácter profesional del técnico actuante se puede acreditar mediante el visado colegial, la eficacia de éste se limita al ámbito competencial que le es propio, por lo que no alcanza a acreditar la autoría de la firma (Resoluciones de 23 de octubre de 2000, RA 10236; 22 de marzo de 2003, RA 3956 y 20 de julio de 2007, RA 3805).

La cuestión de quién ha de considerarse técnico competente para expedir las certificaciones se precisa en el artículo 50: 1) El que por sí solo o en unión de otros técnicos hubiere firmado el proyecto para el que se concedió la licencia de edificación. 2) El que por sí solo o en unión de otros tuviere encomendada la dirección de la obra. 3) Cualquier otro técnico, que mediante certificación de su Colegio profesional respectivo, acredite que tiene facultades suficientes. 4) El Técnico municipal del Ayuntamiento competente que tenga encomendada dicha función. La DGRN, en la Resolución de 8 de septiembre de 2004 (RA 6615), ha estimado que puede considerarse como técnico competente al arquitecto técnico que afirma ser director de la obra, debiendo quedar relegada a la exclusiva responsabilidad del técnico firmante la veracidad de sus manifestaciones. Incluso para edificaciones de carácter agrario se admite la certificación de ingeniero agrícola (Resolución de 22 de mayo de 2007, RA 3238).

De especial importancia en la práctica es la posibilidad de inscripción con menores requisitos de las denominadas «obras antiguas». Estos supuestos se recogen bajo el epígrafe «Reglas aplicables a otras construcciones» en el artículo 52. Las exigencias para estos casos pueden sistematizarse en los siguientes puntos:

1. Ha de tratarse de una edificación terminada.
2. Debe acreditarse la terminación en fecha determinada por alguno de los siguientes medios:

- a) Certificación del Catastro.
 - b) Certificación del Ayuntamiento.
 - c) Certificación Técnica (en cuyo caso el Registrador lo comunicará al Ayuntamiento, art. 54).
 - d) Por Acta Notarial.
3. En dichos documentos ha de constar la descripción coincidente con el título.
 4. La fecha de terminación ha de ser anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante. La competencia para determinar este plazo corresponde a cada Comunidad Autónoma.
 5. Que no conste del Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación.

Para GARCÍA MÁZ («Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística», en *RCDI*, año LXXIV, marzo-abril de 1998, núm. 645, pág. 336. Acerca de la vigencia de la Disposición Transitoria Quinta, vid. CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año núm. 32, núm. 165, 1998, pág. 47) este precepto sólo puede entenderse referido a la Disposición Transitoria 5.^a del Texto Refundido del 92, en congruencia con la Disposición Transitoria 6.^a de la Ley del 90, que dice que: «*las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/90, de 25 de julio, situadas en suelos urbanos o urbanizables realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda dictar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular*». Según este autor, de entenderse comprendidas otro tipo de construcciones, sería una extralimitación *contra lege* del Real Decreto. Por el contrario, GARCÍA GARCÍA («Derecho Inmobiliario Registral...», *op. cit.*, pág. 1014, nota 201) considera aplicable la norma no sólo a las construcciones existentes antes de la Ley 8/1990 sino también a las edificaciones terminadas con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley, dada la generalización realizada por el precepto.

Según la Resolución de 21 de septiembre de 2007 (RA 1478), de la descripción resultante del título y de la contenida en la certificación técnica acreditativa de su antigüedad, complementaria de aquél deben resultar todos los datos descriptivos mínimos exigidos por el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Nada obsta a que la descripción de la edificación

coincidente con el título y la antigüedad de la misma, se prueben por el mismo medio probatorio o por medios probatorios distintos, la antigüedad por la certificación municipal y la descripción coincidente con el título por certificación catastral, siempre que no exista duda fundada de que uno y otro medio se refieren a la misma edificación (Resolución de 23 de enero de 2006, RA 3905). En cuanto a la eficacia de la notificación al Ayuntamiento a que se refiere el artículo 54 del Real Decreto 1093/1997, una vez practicado un asiento en el Registro, el mismo queda bajo la salvaguardia de los tribunales conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, procediendo su rectificación sólo en la forma prevista en el artículo 40 del mismo cuerpo legal; no siendo el recurso gubernativo cauce adecuado para discutir la validez de una inscripción ya practicada. Todo ello sin perjuicio de que en su día se solicite el acceso al Registro de la Propiedad de las medidas que el Ayuntamiento pueda haber establecido para el restablecimiento, en su caso, de la legalidad urbanística (Resolución de 15 de octubre de 2005, RA 7455).

VI. LA LEY 5/1999, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN: EL SEGURO DECENAL

Con esta Ley no se modifica el régimen que hemos expuesto en cuanto al acceso al Registro de las nuevas construcciones, pero al mismo viene a añadirse un importante requisito exigible en determinados supuestos como es la acreditación de haberse contratado el seguro decenal de daños previsto en el artículo 19.1.c) de la meritada Ley.

Así, el artículo 20 establece que no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19. El precepto se completa con la Disposición Adicional Segunda de la que resulta que sólo a partir de su entrada en vigor (6 de mayo de 2000) y sólo cuando se trate de edificios cuyo destino principal sea el de vivienda será exigible la garantía prevista en el artículo 19.1.c) del seguro decenal.

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social introdujo ciertas matizaciones en la exigencia del seguro decenal. En concreto, el párrafo segundo de la Disposición Adicional Segunda precisa la no exigencia en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo de diez años el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en

el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *inter vivos* sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma. Tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

La controvertida aplicación práctica de este requisito ha dado lugar a numerosos pronunciamientos de la DGRN en Resoluciones de casos concretos e incluso en dos instrucciones sobre la materia. Primeramente, la Instrucción de 11 de septiembre de 2000 determinó la forma en que ha de efectuarse la acreditación ante notarios y registradores de la propiedad y las circunstancias que deben expresarse. La acreditación de la constitución de la garantía puede realizarse:

1. Mediante la presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento que acredite su entrada en vigor.
2. Mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato, o
3. Mediante el suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato.

Se pormenorizan las circunstancias que en todo caso deben constar, relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación, al seguro y a la entidad aseguradora:

- a) Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación:
 1. Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o al acta de finalización de obras.
 2. Referencia catastral del solar o edificio en su conjunto, o manifestación expresa de que carece de ella.
 3. Datos registrales si la finca estuviera inscrita.
 4. Plano de situación del solar o edificio en su conjunto.
- b) Relativas al seguro:
 1. Calificación y modalidad de seguro, esto es, si se trata de un seguro de daños o de caución, con expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y que se rige por lo dispuesto en la citada Ley y en lo no previsto en ella, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

2. Garantías cubiertas, que deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 de la Ley 38/1999, sin exclusión, con expresión de la fecha en que han entrado en vigor.
 3. Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución.
 4. Plazo de vigencia, que será al menos el de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra, con expresión de esta fecha.
 5. El importe y forma de pago de la prima, expresando en su caso, el fraccionamiento estipulado y que se ha pagado la primera prima, o al menos, una fracción de la misma.
 6. La franquicia convenida, con un máximo del 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral.
 7. Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o el constructor de la edificación.
 8. Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros.
- c) Relativas a la entidad aseguradora:
1. Identificación de la compañía o entidad aseguradora.
 2. Autorización para operar en España.
 3. Nombre y apellidos de quien firma la póliza, certificado o suplemento y concepto en el que interviene. La firma estará legitimada, pudiendo hacerse la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz.

Podemos destacar la necesidad de constancia del capital asegurado exigida en el número 3 de su apartado *b)*. En este sentido, conforme al artículo 19.5.c) de la Ley de Ordenación de la Edificación: *«el importe mínimo del capital asegurado será el siguiente... el 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales, para las garantías del apartado 1.c) de este artículo»*. Esta exigencia ha sido analizada por la Resolución de 21 de marzo de 2007 (RA 1964), según la cual dicho valor no ha de entenderse que debe ser equivalente al declarado como valor de la obra nueva en el documento notarial: *«el coste final de ejecución material, incluidos honorarios profesionales, hace referencia a la suma de las cuantías de los recursos empleados para la realización de la obra, cuantía que es la que debe ser objeto de seguro, mientras que el concepto de valor de la obra nueva hace referencia a una realidad mayor, es un concepto más amplio en el que se incluye no sólo el coste de ejecución sino otros aspectos, fundamentalmente, el incremento o valor añadido de la construcción, valor*

añadido que vendrá determinado por una serie de circunstancias concurrentes y diversas tales como el mercado, el entorno, la situación las propias características internas y externas de la obra, obteniéndose, en consecuencia, una cifra no coincidente con el estricto coste material de ejecución de la obra. Por esta razón y, en la medida que la normativa mencionada hace referencia al coste final de ejecución de la obra y no a su valor, como pueden referirse otras disposiciones normativas ya sean fiscales o de otro orden, es aquélla y no ésta la cuantía que debe ser objeto del seguro decenal».

La Instrucción de 3 de diciembre de 2003 es más profusa y detalla diversas cuestiones que la praxis ha ido planteando. En primer lugar se corrobora, de acuerdo con doctrina reiterada del Centro Directivo (entre otras, Resolución de 20 de marzo de 2000), que sólo es exigible la constitución de las garantías al autorizar o inscribir las escrituras de declaración de obra nueva terminada o las actas de finalización de obras. No se exigirá, por tanto, la prestación de la garantía en las escrituras de declaración de obra nueva en construcción, lo cual es coherente por otro lado con la inexistencia de bien asegurable de daños mientras no existe edificación. En segundo lugar, se aborda la necesidad de exigencia o no de la garantía en los siguientes supuestos:

- Edificios de viviendas en alquiler: es exigible.
- Residencias de estudiantes, geriátricas, sanitarias o establecimientos hoteleros: no es exigible.
- Edificios en régimen de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles: es exigible.
- Edificios mixtos (oficinas-viviendas): es exigible.

En cuanto a la rehabilitación de edificios, la Instrucción se adentra en el análisis del concepto mismo de rehabilitación, pudiendo concluirse que es exigible la garantía si se trata de obras de reforma, ampliación o modificación del edificio que, por no venir exigidas por su deterioro, puedan catalogarse de mejora del inmueble, es decir, las que no tengan su causa en el deber de conservación impuesto a los propietarios de los edificios. Para los casos dudosos se prevé la posibilidad de aportar certificación del arquitecto en la que conste que el proyecto se refiere a supuestos que la Ley de Ordenación de la Edificación establece como de rehabilitación, y por medio de la licencia municipal, que debe indicar a qué tipo de obras se refiere. En este sentido, la Resolución de 11 de febrero de 2009 (RA 1853) asevera que la apreciación de si se está o no ante una alteración sustancial debe quedar circunscrita a la manifestación, bajo su responsabilidad, del técnico competente, sin que frente a la valoración de éste pueda prevalecer la del registrador o la de la propia Dirección General.

Como caso concreto, muy frecuente en la práctica la Instrucción contempla las nuevas construcciones con mantenimiento de la fachada, en las que

se estima exigible sin lugar a dudas la constitución del seguro decenal. En general, se considera exigible el seguro cuando las obras no son sólo de rehabilitación, sino que también alteran la configuración arquitectónica del edificio y producen una alteración sustancial en su volumetría (Resolución de 16 de abril de 2007, RA 3397). En esta línea podemos destacar, además, otras resoluciones relativas al concepto de rehabilitación a efectos de la exigencia del seguro decenal. Así, la Resolución de 19 de julio de 2005 (RA 7023) considera que el hecho de que la rehabilitación consista en la construcción de nuevas plantas, aunque éstas no se destinen a vivienda, requiere la exigencia de seguro, puesto que lo determinante es el destino principal a vivienda de la totalidad del edificio. Por su parte, la Resolución de 17 de noviembre de 2007 (RA 385) estima que no es necesario el seguro decenal cuando la reforma no afecta a la habitabilidad de una o más viviendas. En el caso planteado, la modificación consistía, en una finca compuesta de planta baja destinada a garajes y cuatro en altura destinadas a viviendas, en ampliar la planta baja creando un garaje y en asignar a la vivienda en planta primera el uso de la terraza creada al ampliar la planta baja.

Finalmente la Instrucción trata la problemática de la expresión «autopromotor de una única vivienda unifamiliar para uso propio». Se estima incluida en ella tanto a personas físicas como jurídicas, pues lo contrario supondría restringir excesivamente el campo de aplicación de dicha exención, como asimismo señalan las Resoluciones de 9 de julio 2003 (RA 6083) y 6 de abril de 2005 (RA 3485). La exigencia del destino a uso propio, en cuanto que es un hecho futuro, podrá quedar cumplida mediante mera manifestación en tal sentido, que debe realizar quien hace la declaración de obra nueva terminada o en construcción como dueño de la construcción, siendo indiferente que se trate de primera o segunda vivienda, y aunque se trate de una residencia meramente temporal. Acerca de la desaparición de la obligación de aseguramiento para los autopromotores, vid. CARRASCO PERERA, A., «Resolución de la DGRN, de 8 de febrero de 2003: Acta de finalización de obra de residencia geriátrica. Exigibilidad de seguro decenal para practicar la declaración de obra nueva», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003, págs. 709-710.

Como afirman las Resoluciones de 5 de abril de 2005 (RA 3484) y 11 de octubre de 2008 (RA 635), a los efectos de exoneración de la obligación de constituir el seguro decenal, es imprescindible la manifestación expresa por parte del declarante de que la vivienda se va a destinar a uso propio, sin que el registrador tenga la obligación de deducir tal extremo del contexto de la escritura. Según GÓMEZ GÁLLIGO («Medidas de control de legalidad como prevención del incumplimiento en la construcción: En particular el control de las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria», en *RCDI*, núm. 700, marzo-abril de 2007, pág. 499), el que se destine la vivienda a uso propio

pueda acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, tales como acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, licencia de primera ocupación, etc. (Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003), siendo tal acreditación obligatoria cuando la vivienda se transmita en el plazo de diez años desde la finalización de su construcción; pero en todo caso, prescindiendo de su futura transmisión, exige una manifestación expresa en el sentido de que se va a destinar a uso propio, sin que se pueda pretender que el Registrador supla tal manifestación mediante deducciones o interpretaciones (Resolución de 5 de abril de 2005, RA 3484).

La Dirección General ha interpretado de forma muy flexible (casi *contra legem*, podría decirse) el requisito legal de una única vivienda unifamiliar para uso propio, pues, como estimó en las Resoluciones de 17 de marzo de 2007 y 11 de noviembre de 2008, en un supuesto de obra nueva de varias viviendas que, según manifiesta el declarante, se destinan a uso propio, no es necesario el seguro, argumentando que el destino a uso propio no es contradictorio con el hecho de que se trate de varias viviendas (tres en el primer caso y dos en el segundo), y que a nadie perjudica el que la suscripción del seguro se difiera, si llegara el caso, al momento en que una de ellas fuese vendida. En la misma línea interpretativa, la Resolución de 9 de mayo de 2007 (RA 3777) consideró no exigible el seguro para los supuestos de «comunidad valenciana», en los que varios copropietarios del solar proceden a edificar adjudicándose los pisos resultantes.

VII. LA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO, DE SUELO, Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 20 DE JUNIO DE 2008: EL LIBRO DEL EDIFICIO

El artículo 19 de la Ley 8/2007, actual artículo 20 del Texto Refundido de 20 de junio de 2008, ha mantenido los requisitos de las anteriores Leyes de Suelo de 1992 y 1998 ya vistos, si bien añade para la terminación de obra el siguiente: «*la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística*». Las limitadas competencias del legislador estatal en materia urbanística derivan en graves imprecisiones debidas a la intención de no invadir las competencias autonómicas para evitar las consiguientes anulaciones por este motivo como ocurriera en el Texto Refundido de 1992. Por ello, la nueva expresión legal introducida ha sido objeto de gran controversia en el ámbito registral y notarial, con dificultades en su aplicación práctica debido a lo ambiguo de su redacción.

Con la intención de aclarar la cuestión se dictó la Resolución-Circular de la DGRN, de 26 de julio de 2007, resolviendo la consulta de la Asociación de Promotores Constructores de España de la que podemos destacar el punto 6.º en el que se afirma que la expresión que se añade al artículo 19 no supone otra cosa que la necesidad de acreditación del seguro decenal y el Libro Edificio a que se refiere el artículo 7 de la LOE. En él se integrarán el proyecto, la identificación de los agentes intervinientes, licencias, y demás requisitos exigidos por el citado artículo 7 de la Ley 38/1999 y en su caso los demás requisitos exigidos por la legislación autonómica como integrantes del mismo.

Esta posición ha sido sostenida en numerosas resoluciones posteriores en las que se ha considerado innecesaria la aportación de la licencia de primera ocupación ya que no se exige ni para edificar, ni para la entrega de la edificación a los usuarios, sin perjuicio de las consecuencias de su incumplimiento. Además, la referencia del artículo 19.1 de la Ley del Suelo (hoy 20 del TR) a la acreditación «*de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística*» se entiende referida a la licencia de edificación. Por otro lado, si se considerara dicha licencia de primera ocupación como una total finalización de la obra, no sería precisa la previa licencia de construcción y el fin de obra sería superfluo (Resoluciones de 9, 10, 12, 13, 15, 17, 18, 19, 20 y 22 de diciembre de 2008, RA 1466/1467, 311, 312, 313, 317, 2766, 2768, 318 y 319; 8, 9, 10, 12, 13 y 14 de enero de 2009). En este último punto se sigue la doctrina de las Resoluciones de 10 de abril de 1995 (RA 324) y 26 de febrero de 1996 (RA 1033) en cuanto a la conceptualización de la licencia de primera ocupación como equivalente en contenido a la certificación técnica de fin de obra, pues la finalidad del certificado es garantizar que la obra nueva cuyo acceso al Registro se pretende se ajusta a los términos de la licencia concedida y según las citadas Resoluciones, no hay dificultad en admitir la sustitución de aquel certificado por cualquier otro documento administrativo que lleve implícita o presuponga esa misma aseveración por técnico especializado. Pese a esta afirmación, dicha sustitución no es posible en la actualidad, habida cuenta de la normativa analizada a lo largo de este artículo, de fecha posterior a las expresadas Resoluciones, que exigen en todo caso el certificado de técnico.

No obstante la citada doctrina, será necesaria la aportación de licencia de primera ocupación en caso de obras nuevas terminadas cuando así lo exija la normativa autonómica aplicable, como ocurre en Andalucía con el reciente Decreto 60/2010, de 16 de marzo (en vigor desde el 7 de mayo de 2010), que expresamente lo exige en su artículo 27. En esta Comunidad Autónoma se introduce como novedad para inscribir la declaración de obra nueva terminada, que previamente se deposite una copia del Libro del Edificio en la oficina del Registro de la Propiedad competente.

Por último, destacar que no es exigible el libro del edificio cuando se trata de vivienda unifamiliar construida para uso propio por autopromotor individual, pues no se da en tal supuesto la razón de ser de las normas aplicables (art. 19.1 de la Ley del Suelo y art. 7 y Disp. Ad. segunda de la Ley de Ordenación de la Edificación) como es la entrega de la edificación a su usuario final. Además, de igual modo que se dispensa del seguro decenal, idéntica razón existe para la dispensa de la exigencia de la aportación de dicho Libro (Resoluciones de 10, 12, 13, 15, 17 y 18 de diciembre de 2008; 8, 9, 12 y 14 de enero de 2009, y 25 de mayo de 2009).

BIBLIOGRAFÍA

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La declaración de obra nueva tras la Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. 2, Navarra, 2008, págs. 1089-1111.
- CABELLO DE LOS COBOS, «Disciplina urbanística y publicidad registral», en *RCDI*, núm. 604, pág. 1601 y sigs.
- CARRASCO PERERA, A., «Resolución de la DGRN, de 8 de febrero de 2003: Acta de finalización de obra de residencia geriátrica. Exigibilidad de seguro decenal para practicar la declaración de obra nueva», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003, págs. 695-710.
- CORVINOS BASECA, P., «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, año núm. 32, núm. 165, 1998, págs. 13-50.
- DÍAZ FRAILE, J. M., «El tratamiento registral de la obra nueva en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 141, diciembre de 2007, págs. 3787 a 3812.
- FANDOS PONS, P., «La derogación fáctica del artículo 51 del Real Decreto 1093/97 y el anacronismo de la doctrina de la Resolución de 10 de marzo de 2007 y sus posteriores», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 157 (2.ª época); mayo de 2009, págs. 947 a 961.
- FERNÁNDEZ VERDUGO, M. y HERNÁNDEZ DE MARCO, S., «El artículo 37.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio: Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: La declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad», en *ADC*, vol. 46, núm. 3, 1993, págs. 1401-1436.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Tomo V, Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999.
- *Código de Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil*, 5.ª ed., Madrid, 2006.
- GARCÍA MÁZ, F. J., «Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)», en *RCDI*, año LXXIV, marzo-abril de 1998, núm. 645, págs. 317-352.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La declaración de obra nueva en la Nueva Ley de Régimen del Suelo», en *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Tomo I, Madrid, 1999, págs. 1125-1150.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Medidas de control de legalidad como prevención del incumplimiento en la construcción: En particular el control de las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria», en *RCDI*, núm. 700, marzo-abril de 2007, págs. 477-531.
- LLOPIS GINER, J. M., «El nudo propietario y el usufructuario en la declaración de obra nueva: su naturaleza y supuestos», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorrós Guardiola*, vol. 1, 2006, págs. 1121-1150.
- ROCA SASTRE, R. M., «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, pág. 7 y sigs.
- ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Tomo V, 8.ª ed., Barcelona, 1997.

RESUMEN

OBRA NUEVA
CONTROL LEGALIDAD

La declaración de obra nueva debe contemplarse desde una doble perspectiva: como mera constatación de un hecho y como adquisición del derecho de propiedad sobre lo edificado. La regulación del control del acceso de la edificación al Registro ha sufrido importantes modificaciones respecto a su inicial previsión en la Ley Hipotecaria. Ello ha sido acorde con la evolución de la normativa urbanística y la mayor relevancia que ha adquirido ésta en la sociedad actual. Partiendo de unas normas permisivas con escasos requisitos, se han ido agregando exigencias con distinto alcance y finalidad, y cuyo desarrollo normativo e interpretación doctrinal y jurisprudencial han ido perfilando con cierta precisión. De este modo se establece en la actualidad la necesidad de la licencia municipal, certificado de técnico y el seguro decenal. Especialmente destacable es la última reforma operada por la Ley de Suelo de 2007, cuya aplicación práctica no ha estado exenta de dificultad debido a las divergencias surgidas en su inter-

ABSTRACT

NEW CONSTRUCTION
LEGALITY CHECK

A declaration of new construction must be looked upon in two ways: as the mere recording of a fact and as the acquisition of an owner's right in what has been built. The regulations on checking the registrability of buildings have undergone major modifications from the terms in which they were initially cast in the Spanish Mortgage Act. This has been in accordance with the evolution of urban planning laws and regulations and the greater importance that urban planning has taken on in current society. The original rules were permissive and called for few requisites. Requirements have since been gradually added that have different scopes and purposes, and their implementation through regulations and their interpretation through doctrine and case law have attained a certain precision of profile. For example, a municipal license, a technician's certificate and a ten-year policy insuring against defects of construction are now required. One point that admits of special emphasis is the latest reform enacted through

pretación. Finalmente de ella resulta la obligatoriedad de acreditar la puesta a disposición del libro del edificio y se ha declinado la exigencia de licencia de primera ocupación.

the 2007 Land Act, whose practical application has not been free of difficulties due to differences over its interpretation. Lastly, the Act makes it compulsory to prove that the building book (a particular set of documents concerning the building and its installed systems) has been provided, and it declines the requirement of the first occupancy permit.

Trabajo recibido el 10-5-2010 y aceptado para su publicación el 30-6-2010)

Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil UNED
y Secretaria de IDADFE*

SUMARIO

- I. LA FINANCIACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA HIPOTECA EN ÉPOCA DE CRISIS:
 - A) HOGAR FAMILIAR, DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA.
 - B) PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS HIPOTECARIOS: APUNTES SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 2/1994 Y LA PROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO SUBROGATORIO RESPECTO DE AMBAS MODALIDADES CREDITICIAS.
 - C) EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD COMO MODALIDAD PREFERENTE EN LAS FAMILIAS ESPAÑOLAS: FÓRMULAS Y GARANTÍAS ADICIONALES PARA REFORZAR EL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y CORREGIR ASÍ LA RESISTENCIA A LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS HIPOTECARIOS.
- II. LA ASUNCIÓN ACUMULATIVA PASIVA Y SU RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD: LA EXCLUSIÓN DE LA FIANZA:
 - A) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1960 Y LA ADHESIÓN A LA DEUDA AJENA: SUS PRECEDENTES JUSTINIANEOS Y EL ARTÍCULO 1.204 DEL CÓDIGO CIVIL.
 - B) PRECEDENTES JUSTINIANEOS Y EL ARTÍCULO 1.204 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA PASIVA EN AUSENCIA DE *ANIMUS NOVANDI*.
- III. LA ASUNCIÓN ACUMULATIVA PASIVA ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:
 - A) LA SUBROGACIÓN DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON ASUNCIÓN CUMULATIVA DE LOS PROGENITORES DE LA ADQUIRENTE: LA RDGRN DE 21 DE DICIEMBRE DE 2005.

B) SUPUESTO DE HECHO: COMPRAVENTA CON SUBROGACIÓN ACUMULATIVA DE LOS PROGENITORES DEL ADQUIRENTE.

IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS SOBRE LA ACUMULACIÓN PASIVA Y LA FIANZA COMO FÓRMULAS DE REFORZAMIENTO DEL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: SU DISTINTO ÁMBITO DE EFICACIA.

BIBLIOGRAFÍA.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA FINANCIACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA HIPOTECA EN ÉPOCA DE CRISIS

A) HOGAR FAMILIAR, DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Sabido es que para la financiación de la adquisición de la vivienda familiar se suele recurrir, con frecuencia, a la constitución de un derecho real limitado sobre el bien inmueble en cuestión garantizándose, de este modo, la restitución del importe de la relación obligatoria principal al acreedor hipotecario (1). Con todo, si no era desconocida la práctica de ciertas entidades que reclamaban garantías adicionales a este instrumento crediticio, la situación económica recesiva y poco proclive a la concesión de créditos y préstamos bancarios de los últimos tiempos, ha justificado la generalización de esta práctica dirigida al reforzamiento de sus derechos en caso de incumplimiento del sujeto pasivo (2).

Las consecuencias de la crisis sobre la hipoteca y sus vicisitudes, por tanto, resultan dobles ya que el comportamiento de las entidades prestamistas es restrictivo incrementándose, al tiempo, las ejecuciones hipoteca-

(1) Sobre la clasificación de las garantías en general, vid., por todos, a mi maestro, el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, quien incluye entre los medios específicos de garantía dirigidos al reforzamiento o aseguramiento del derecho de crédito la hipoteca (vid., *Principios de Derecho Civil, 2, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2009, 13.^a ed., pág. 204 y sigs.). En especial apela a la estadística de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) para «apercibirse de la importancia de la hipoteca como instrumento de garantía del crédito y del número de escrituras públicas de hipotecas autorizadas, así como de la cuantía total de capitales garantizados, que ascienden a tales cantidades que realmente provocan vértigo» (*Principios de Derecho Civil, 5, Derechos Reales y Derecho Hipotecario*, Madrid, 2009, 7.^a ed., pág. 43).

(2) Vid., en especial, también del Profesor LASARTE ÁLVAREZ, el ilustrativo trabajo sobre «Crisis financiera estadounidense, tercero hipotecario y seguridad inmobiliaria: la STC 6/2008 y la reciente doctrina del TS», en *La Ley*, XXIX, 6899, 2008, págs. 1 a 8. Sobre la futura Ley de prelación de créditos, vid., LASARTE ÁLVAREZ (coord.); LÓPEZ PELÁEZ y YÁÑEZ VIVERO, *La reforma de la prelación de créditos (comentarios al Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

rias de los créditos impagados y concedidos en momentos de bonanza económica (3).

En particular esta última cuestión ha sido destacada por el Consejo General del Poder Judicial que «sitúa la ejecución hipotecaria en niveles de crecimiento que hará que más que se triplique entre 2007 y 2009. Estamos ante un procedimiento que es síntoma de momentos de dificultad financiera y económica. La razón está en su propia naturaleza, la hipoteca no es más que un derecho real constituido en garantía de un crédito sobre un bien (generalmente inmueble) que está en poder de su propietario, pudiendo el acreedor (generalmente las entidades bancarias y financieras, habida cuenta de que son ellas quienes prestan el dinero) en caso de impago de la deuda en el plazo pactado promover la venta del bien gravado, cualquiera que sea su titular en ese momento, para con su importe poder satisfacer su crédito por medio de un procedimiento especialmente privilegiado (el bien ejecutable está perfectamente identificado, ha sido tasado previamente a efectos de esa posible ejecución, tasación que realiza la entidad prestataria y además actualmente si el bien no cubre la cantidad adeudada se puede proceder contra el resto de los bienes que obren en el patrimonio del deudor) y que no es otro que “la ejecución hipotecaria”». En suma, los efectos previsibles de esta crisis económica en la carga de trabajo de los órganos judiciales se concretan, por lo que a Juzgados de Primera Instancia y Primera Instancia e Instrucción se refiere, en un incremento del 106 y del 234 por 100 de las ejecuciones hipotecarias (4).

B) PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS HIPOTECARIOS: APUNTES SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 2/1994 Y LA PROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO SUBROGATORIO RESPECTO DE AMBAS MODALIDADES CREDITICIAS

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, calificada por la mejor doctrina como «bomba de racimo en el mercado y sistemas hipotecarios» (5), aborda según

(3) Sobre la ejecución hipotecaria, vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, 5, Derechos Reales y Derecho Hipotecario*, cit., pág. 111 y sigs. y la bibliografía allí citada; también en especial, y sobre el sistema de transmisión de la propiedad en los supuestos de venta judicial, vid., MONDÉJAR PEÑA, *Subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008; PÉREZ GARCÍA, *El valor de los bienes en la ejecución*, Madrid, 2007; GONZÁLEZ LÓPEZ y SÁNCHEZ MARÍN, *La subasta por persona o entidad especializada. Visión práctica*, Madrid, 2004; MARTÍN DIZ, *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva LEC*, Granada, 2000; PEDRAZA PENALVA, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000.

(4) Así lo señala el Consejo General del Poder Judicial, en particular, en el tercer trimestre de 2008, el incremento respecto a idéntico periodo de tiempo del año anterior asciende al 146 por 100 (Boletín de Información Estadística del CGPJ, 15, 2008, págs. 3, 4 y 10).

(5) LASARTE ÁLVAREZ, *Principios*, 5, 6.^a ed., pág. XXIX.

su intitulación oficial, la modificación de «la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que establece determinada norma tributaria», y por lo que pretende destacarse en estas notas, amplía a las entidades financieras la posibilidad de concesión tanto de préstamos como, explícitamente, de créditos hipotecarios (6).

De este modo, advierte ahora el artículo segundo de la Ley 2/1981: «las entidades financieras podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos...», en idéntico sentido que el 5 donde se incorpora el crédito a los préstamos como operaciones activas, entre otras menciones como, por ejemplo, el artículo 11. En este sentido, téngase en cuenta que el préstamo hipotecario suele implicar —frente al crédito de esta naturaleza— una única transmisión del importe del principal, careciendo el prestatario de la posibilidad de reutilizar las cantidades amortizadas. De modo que el crédito hipotecario supone la puesta a disposición de la cantidad en cuenta, admitiéndose tanto sucesivos abonos como cargos.

Lo cierto es que previa a esta modificación operada por la Ley 41/2007, no escaseaban las entidades que ofrecían resistencias a la intención de sus clientes bancarios para que les fuera aplicado el régimen del artículo 1.211 del Código Civil y conseguir con ello un cambio de acreedor hipotecario y la subsiguiente mejora de las condiciones pactadas. Alegaban las entidades el origen de la deuda, suscrita en su modalidad de crédito y no de préstamo, como parecía exigir el ordenamiento jurídico en la materia. Esta circunstancia, junto a otros elementos adicionales descritos en la Exposición de Motivos, producen que dicha Ley 41/2007 aborde y aclare los términos de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación hipotecarios (7), consiguiéndose así la ampliación del ámbito objetivo a ambas formulaciones de la transferencia crediticia, si bien con ciertos requisitos que ahora veremos.

En este sentido su artículo segundo contempla ahora expresamente al crédito hipotecario, haciéndolo en los siguientes términos: «El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda

(6) Téngase en cuenta, también, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, en particular y por lo que se refiere al contrato, su artículo 17, por cuanto deberán cumplir las condiciones sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

(7) Para su comentario, vid., especialmente, GALLEGO DOMÍNGUEZ, *La renegociación de préstamos hipotecarios (estudio de la Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios de 1994)*, Madrid, 1999; en cuanto a las novedades de la Ley 41/07, vid., BLANCO PÉREZ-RUBIO, *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Madrid, 2009.

haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil. La entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario. *Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos (...)*» (8).

A mayor abundamiento conviene tener presente la RDGRN de 29 de febrero de 2008 —dictada en el recurso interpuesto por doña María Cruz Cano Torres, notaria de Valladolid, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad, número 5, de dicha capital, a inscribir una escritura de subrogación de préstamo— que revoca el planteamiento restrictivo de la Ley 2/1994 sobre la improcedencia de la subrogación hipotecaria y de la propia registradora que denegó la inscripción por entender que la subrogación pretendida se operaba sobre un crédito y no sobre un préstamo.

Declara dicha Resolución: «El planteamiento restrictivo que mantiene la Registradora en la calificación impugnada queda, por otra parte, superado por la voluntad de modificación declarada por el legislador en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. En efecto, la Exposición de Motivos de ésta (cfr. apartado V) señala como finalidad expresa de la norma el “...alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios...”; y si bien es cierto que en determinados párrafos de la citada Ley se hace referencia únicamente a los préstamos hipotecarios, no lo es menos que otros numerosos artículos, como el 7, 8, 9 o el 13, al dar nueva redacción al párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, se refiere tanto a préstamos como a créditos hipotecarios, por lo que resulta razonable concluir la procedencia del procedimiento subrogatorio tanto respecto de unos como de los otros; conclusión a la que conduce igualmente la finalidad de la norma de extender los beneficios de su régimen» (9).

(8) En definitiva, el artículo 7 de la Ley 41/2007, sobre el ámbito de aplicación, previene que: «El presente capítulo será de aplicación a los contratos de crédito o préstamo hipotecario formalizados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: Que se trate de un *préstamo o crédito* hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una *vivienda* y el *prestatario sea persona física*. Que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades. En dichos contratos de crédito o préstamo hipotecario no podrá cobrarse comisión por amortización anticipada total o parcial. En cualquier caso, la entidad estará obligada a expedir la documentación bancaria que acredite el pago del préstamo sin cobrar ninguna comisión por ello».

(9) *BOE*, 77, sábado, 29 de marzo de 2008.

C) EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD COMO MODALIDAD PREFERENTE EN LAS FAMILIAS ESPAÑOLAS: FÓRMULAS Y GARANTÍAS ADICIONALES PARA REFORZAR EL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y CORREGIR ASÍ LA RESISTENCIA A LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS HIPOTECARIOS

De lo dicho se sigue que la exigencia de cautelas adicionales resulte ser una buena fórmula para activar tanto el préstamo como el crédito hipotecario, ya que gracias a ellas pueden ser vencidas ciertas resistencias de la entidad financiera o la sociedad concesionaria (10).

En este sentido y teniendo en cuenta que el comportamiento de las familias españolas ante la vivienda sigue estando claramente inclinado por la elección del régimen de propiedad (11) —frente a otros regímenes contractuales más flexibles como pueda ser el arrendamiento (12)— no se antoja fácil la misión de persuadir a la entidad bancaria de la conveniencia de la transmisión patrimonial.

Por tanto, las circunstancias económicas conllevan la aplicación de otras fórmulas típicas sustitutivas de las actuales y la búsqueda, a mayor abundamiento, de otras tantas vías atípicas capaces de reforzar los derechos del acreedor hipotecario. En particular y al margen de las garantías consistentes en la prestación de aval bancario o, en su caso, fianza solidaria, es posible que al préstamo se añadan otros acuerdos accesorios suscritos por el deudor con un tercero y suficientemente hábiles para el acreedor quien, por su parte, no suele

(10) Como ya se ha señalado, la actividad de estas últimas empresas caracterizadas por no estar sometidas a la supervisión del Banco de España, con la entrada en vigor de la Ley por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, se someterá definitivamente a la legislación protectora en materia de consumo.

(11) «En lo que se refiere al régimen de tenencia, en España hay que destacar que la vivienda en propiedad presenta mayor importancia que en el resto de países comunitarios, más del 85 por 100 de las viviendas son en régimen de propiedad, siendo Gran Bretaña, con el 64 por 100, el país con las cifras más cercanas. Esto puede ser debido a la baja rentabilidad de las viviendas en alquiler para atraer al inversor privado, la inseguridad de los nuevos contratos de arrendamiento y sus elevados precios para los inquilinos, y las importantes ventajas fiscales que presenta la adquisición de una vivienda. En general en el mercado inmobiliario español hay un gran desequilibrio en la relación oferta-demanda. En los últimos años se están produciendo cambios sociales (en cuanto a la tipología de las familias: número de miembros, nivel de renta, etc.) que hace necesaria una remodelación en la oferta de vivienda» (COLOM ANDRÉS y MOLÉS MACHÍ, «Movilidad, tenencia y demanda de vivienda en España», en *Estadística Española*, 46, 157, 2004, pág. 513).

(12) Arrendamiento que en tiempos de crisis repunta, de hecho para sortear la ejecución hipotecaria, el Presidente de la Asociación Hipotecaria Española, en su comparecencia del 28 de septiembre de 2008 ante la Comisión de Vivienda del Congreso de los Diputados, recomendaba una regulación más completa de la dación en pago, toda vez que esta forma especial de cumplimiento de la relación obligatoria principal puede permitir al deudor que ha incumplido tanto la recuperación de parte del valor de la vivienda como, en su caso, seguir disfrutando de ella en régimen de alquiler.

oponerse a su inserción en el pacto principal. Este es el supuesto de la acumulación pasiva de deudores, vieja conocida de la práctica bancaria y financiera y ratificada su legalidad por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La legalidad y legitimidad de estos pactos o relaciones internas entre los deudores ha sido, adicionalmente, ratificada por la DGRN que, en el caso que ahora se verá, autoriza como tal y como a su vez había hecho el Notario, los pactos internos suscritos por los progenitores de la adquirente de una vivienda. En particular los padres, pese a que se comprometen como codeudores solidarios, insertan una cláusula advirtiendo que su hija habrá de reintegrarles cualquier cantidad que por razón del préstamo haya de abonar. En el supuesto de hecho y frente a la denegación de la Registradora, la DGRN estima el recurso interpuesto contra dicha denegación y ordena su práctica, habida cuenta de que los pactos internos son perfectamente válidos ya que no resultan oponibles al titular del derecho de crédito sino a la compradora y a sus progenitores. Veámoslo, si bien con carácter previo, conviene recapitular la noción de la acumulación subjetiva pasiva a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo.

II. LA ASUNCIÓN ACUMULATIVA PASIVA Y SU RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD: LA EXCLUSIÓN DE LA FIANZA

A) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1960 Y LA ADHESIÓN A LA DEUDA AJENA

En la materia, como anticipábamos, ha resultado esencial el caso de la *sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1960*, dictada siendo Ponente BONET RAMÓN, ya que se erige en expresión sintética de las perspectivas doctrinales y jurisprudenciales inmediatamente precedentes a la fecha en que se dicta. Se convierte, por tanto, en uno de los mejores exponentes del abandono del sistema romano-francés y el definitivo acogimiento de los principios germánicos (13). La Resolución es un excelente ejemplo de la fortísi-

(13) En la materia, vid., MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, Lex Nova, 2008, y la bibliografía allí citada; «La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato», en *RCDI*, 713, 2009, págs. 1183 a 1212; «La dottrina civilista spagnola e la successione a titolo particolare dei debiti» («La doctrina civil española ante la sucesión singular de las deudas»), en *Vita Notarile: esperienze giuridiche*, año LX, Parte I, II e III, número 1, gennaio aprile, 2008, págs. 511 a 540; «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)», en *ADC*, tomo LXI, fas. II, 2008, págs. 619 a 719; «Obligaciones novables: Examen de la expromisión y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales», en *Libro Ho-*

ma influencia ejercida por las tesis alemanas entre nuestra doctrina con la importación subsiguiente tanto de ciertas instituciones del BGB como de su exégesis e interpretación analógica (14).

En la mencionada *sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1960*, se ventilaba un asunto en que un tercero ajeno a una deuda se había comprometido a pagar, caso de no ejecutar la prestación el deudor principal. El juzgador entendió que se trataba de un supuesto de adhesión a la deuda, rechazándose las pretensiones del tercero que aducía haber suscrito un contrato de fianza, siendo desestimado el recurso de casación interpuesto. La intervención del adherido había producido su conversión en sujeto pasivo en régimen de solidaridad con el deudor primitivo y no, como alegaba infructuosamente, en garante personal subsidiario (15).

En su virtud, la obligación del tercero se conforma como asunción de deuda acumulativa o de refuerzo. En este sentido HEDEMANN, al ocuparse de esta «asunción acumulativa o de refuerzo», destacaba, además de su origen etimológico (de *cumulus*, montón, pluralidad), la circunstancia de que el nuevo deudor no se colocase en el lugar del antiguo sino *junto a* él. Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que tal «coasunción de deuda» no se encuentra prevista en el BGB, por lo que se trata de una aplicación analógica de la fianza de la propia deuda del & 773 (16).

Pues bien, a la vista de estos antecedentes y con la intención de ratificar esta influencia directa de la doctrina germánica en general y de ENNECCERUS en particular, se trae razón literal de la sentencia. En su Considerando segundo se declaraba que: «se configura como asunción de deuda acumulativa o de

menaje al Profesor Doctor Don Manuel Cuadrado Iglesias, Javier GÓMEZ GÁLLIGO (Coord.), Tomo I, Registradores de España-Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2008, págs. 947 a 967.

(14) En la segunda edición del *Tratado*, sus comentaristas se hacían eco de cómo sus conclusiones sobre la novación, transformación y asunción, habían sido recogidas en un buen número de resoluciones del Tribunal Supremo (vid., ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. I., traducido y anotado de la 35.^a ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, al cuidado de PUIG BRUTAU, pág. 420).

(15) El documento privado decía: «por este documento, declaro yo, Vicente Baldoví Vives, en nombre propio y en el de mis hermanos señores don Enrique y don Julián, que me comprometo a entregar al señor don Casimiro Alcón Solero, vecino de la Garrovilla, la cantidad de 84.184.08 pesetas, si en el plazo de dieciséis días, o sea, antes del día 20 del corriente mes de enero de 1953, el señor don José María Pineda Ventura no las abonara, por ser esta cantidad la que le corresponde pagar a este señor en la liquidación que se ha verificado con motivo de la rescisión de un contrato de compraventa, y a la que está él obligado a su abono por ser deudor solidario con este señor».

(16) Vid., *Tratado de Derecho Civil, III, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1958, pág. 210 y sigs. y 470 y sigs. En este sentido acierta INFANTE RUIZ al atribuir el origen de la asunción acumulativa a la doctrina alemana de Pandectas, ya que se reproduce literalmente; por eso también desenfoca la auténtica procedencia de la institución, al obviar su sede en el 1.204 del Código Civil y en la intelección justiniana de las presunciones (vid., *Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, pág. 142 y sigs.).

refuerzo por el demandado, hoy recurrente, en cuya virtud, al asumir la deuda de Pineda, ingresa en la obligación, para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario, diferenciándose esencialmente de la fianza, en que el que se adhiere a la deuda la asume como propia, queriendo, por tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste, mientras el fiador asume, en cambio, la responsabilidad por la deuda ajena, quiere responder del cumplimiento de la deuda del deudor principal, o sea, contraer una obligación que depende constantemente de la existencia de la obligación principal (...).

Las concomitancias del párrafo transcrito con la definición ofrecida por ENNECERUS y LEHMANN son incontestables. Esta figura se pretende distinguir nítida y cuidadosamente de la asunción de deuda, toda vez que el BGB sólo reconoce como tal la que libera al deudor primitivo. En particular, describen la asunción acumulativa o de refuerzo como aquella que «en su virtud, el que asume la deuda ingresa en la obligación para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario». Líneas después se desentrañan las disparidades de la asunción acumulativa con la fianza, al decir que «la adhesión a la deuda se diferencia esencialmente de la fianza, incluso de aquella en que el fiador renuncia a la excusión. En efecto, el que se adhiere a la deuda la asume como propia queriendo, por tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste; en cambio, el fiador asume la responsabilidad por la deuda ajena, quiere responder del cumplimiento de la deuda del deudor principal, o sea, contraer una obligación que depende constantemente de la existencia de la obligación principal» (17).

B) PRECEDENTES JUSTINIANEOS Y EL ARTÍCULO 1.204 DEL CÓDIGO CIVIL: LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA PASIVA EN AUSENCIA DE *ANIMUS NOVANDI*

La resolución judicial anterior es, sin duda, un caso paradigmático de la importación directa por el juzgador del sistema alemán y de ciertas figuras que, en puridad, ya estaban presentes en nuestro Derecho con denominación y efectos relativamente coincidentes (18). De hecho, esta asunción de deuda de

(17) *Derecho de Obligaciones*, en ENNECERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, vol. I., traducido y anotado de la 35.ª ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1954, 2.ª ed., al cuidado de PUIG BRUTAU, pág. 413; vid., también, la pág. 422, donde los comentaristas destacan la flexibilización del requisito de la mención expresa de la solidaridad.

(18) Por otra parte, el caso recogido no es el único, sucede también con la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1941, cuya coincidencia con el mandato de crédito previsto en el antiguo párrafo 778 del BGB también resultaba llamativa (se utiliza el pasado por la nueva redacción dada a este precepto en la reforma de 2002). Por su parte, GETE-ALONSO y CALERA reproduce otro buen exponente de esta importación

refuerzo no es sino la acumulación del artículo 1.204 del Código Civil (19), precepto que, al exigir la presencia de la intención novatoria provoca que, sin la concurrencia de dicho *animus*, las relaciones o los deudores se acumulen. En síntesis, con la más pura tradición jurídica patria y de conformidad a la justiniana, en ausencia de mención expresa liberatoria, el nuevo deudor se acumula al preexistente (20). Cuestión distinta será que, en el caso de autos, pudiera deducirse antes que una acumulación una fianza sobrevenida.

Por tanto, si el efecto único en la estipulación novatoria clásica romana era la invariable extinción de la relación precedente que se veía sustituida por la nueva, en la época justiniana por prudencia y sentido práctico, con la intención de evitar la incertidumbre de la aplicación de presunciones ajenas a la propia voluntad de las partes, se determina que, en defecto de declaración expresa del *animus novandi*, el nuevo deudor se acumularía al precedente (21).

De modo que, a partir del Derecho justiniano, dos son los efectos posibles en los pactos suscritos entre el acreedor y el nuevo deudor, la novación y la acumulación, consecuencias ambas a las que se puede llegar por distintos procedimientos. Y en este sentido, es especialmente reseñable que el juzgador—como buena parte de la doctrina— eligiera continuar con las calificaciones institucionales germánicas fundadas en la sucesión singular de las deudas antes que recurrir a instituciones existentes y propias (22).

de conceptos ajenos producido con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 1956, en la «que se copia, literalmente, la construcción, que acerca del reconocimiento de deuda, se ofrecen en el Derecho alemán y en particular la adaptación de la misma al Derecho español llevada a cabo por los traductores y anotadores de ENNECERUS, Ludwing-LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho de Obligaciones*. PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; ALGUER, José, 3.^a ed. adaptada por FERRANDIS VILELLA, José, vol. 2, 2.^a parte. Barcelona, 1996, págs. 865 y sigs.» («Reflexiones acerca de la función que cubre la relación obligatoria previa en el reconocimiento de deuda», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, II, Madrid, 1988, nota 10). Sucede lo mismo en la construcción del negocio fiduciario recibida por el sistema español del germánico, denotativo de la fuerte xenofilia de la jurisprudencia española (vid., TOMÁS MARTÍNEZ, *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Madrid, 2000, pág. 55).

(19) «Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles».

(20) El tenor de la Partida 5, Tit. XIV, L. XV, dice: «(...) Mas si las palabras sobredichas non dixesse el debdor, quando renovase el pleyto segundo, mas simplemente dixesse, que dauva por debdor, o por manero de aquella debda a fulan; estonce por este renovamiento del pleyto non se desataria el primero: ante dezimos, que se afirmaria, e fincarian obligados por la debda, tambien el uno como el otro; como quier que pagando el uno dellos, serian quitos de la obligacion principal (...)».

(21) Constitución del año 530 (C.8.41.8; I.3.29.3).

(22) Con la mencionada sentencia, adicionalmente, se evidencia un estado de las cosas donde la doctrina pasa a ser fuente de los pronunciamientos judiciales ratificándose, en suma, una deseable interdependencia de la dogmática civilista y la doctrina legal. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 1962, en un asunto sobre reclamación de unas acciones y novación objetiva, el letrado recurrente fue Cossío; con

III. LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA PASIVA ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A) LA SUBROGACIÓN DE UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON ASUNCIÓN CUMULATIVA DE LOS PROGENITORES DE LA ADQUIRENTE: LA RESOLUCIÓN DE 21 DE DICIEMBRE DE 2005

En el recurso se suscribe un contrato de compraventa sobre una finca previamente hipotecada; la compradora asume al tiempo la posición pasiva del deudor en el contrato de préstamo garantizado con hipoteca. La particularidad del supuesto controvertido es que los progenitores de la adquirente asumen acumulativamente la deuda, si bien incluyendo un cauteloso pacto interno por el que podrán exigir y repetir contra su hija caso de que, finalmente, deban desembolsar cualquier cantidad. Dicho pacto observa las prescripciones del artículo 118 de la Ley Hipotecaria (23) y es conocido por el titular del derecho de crédito garantizado con hipoteca, que consiente todas las

todo las alegaciones no prosperaron siendo Ponente BONET RAMÓN, quien reitera los argumentos de la sentencia de 11 de junio de 1947: «la novación comprendida por el Código Civil entre los modos extintivos de las obligaciones ofrece la singularidad que le caracteriza y distingue de los demás, de que sólo de una manera relativa cabe decir que extingue la obligación a que afecta, porque en realidad su propio efecto es el de variarla, modificarlo o sustituirla por otra, y como ambas no pueden subsistir, ya que si esto ocurriera, no se habría producido la figura jurídica de novación, bien cabe entender que el efecto de ésta es extintivo de la obligación sustituida, siempre que la modificación altere o varíe su esencia, y que únicamente cuando esto no sucede aquélla no se extinguirá, sino que se dudoso que no es otro el sentido atribuible al artículo 1.203 del Código Civil» (la novación objetiva consistió en la extinción de un depósito ordinario de acciones por otro de cuenta de crédito con garantía de aquellos valores).

(23) «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestase su consentimiento. Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiere retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado». En la materia, entre otros, vid., NÚÑEZ LAGOS, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *RGLJ*, XCII, 181, 1947, págs. 61 a 79; RICA Y ARENAL, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, IV, 1948, págs. 281 a 327; JORDANO BAREA, «Asunción de deuda. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1950», en *ADC*, III, IV, 1950, págs. 1379 a 1380; TORRES ESCÁMEZ, «La hipoteca de finca vendida», en *RDP*, 1983, págs. 917 a 925; AMORÓS GUARDIOLA, «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Madrid, 1991, págs. 10 a 66; GÁLVEZ CRIADO, «Contrato de asunción de deuda: inexistencia del consentimiento del acreedor. Efectos de este contrato (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 1996)», en *ADC*, L, III, 1997, págs. 1547 a 1556.

subrogaciones; con todo la Registradora califica negativamente la escritura ya que considera que para que exista la solidaridad acordada por los progenitores y su hija resulta preciso que la deuda tenga un origen común, por lo que a su juicio resulta ser una fianza y no un caso de solidaridad pasiva.

En este sentido, téngase presente que la validez de ciertos pactos y relaciones internas entre deudores no depende de la aquiescencia del titular del derecho de crédito, resultando la inoponibilidad de dichos pactos al acreedor hipotecario cuestión ajena a su indiscutible legalidad (24). Dichas relaciones internas, una vez perfeccionadas, a las partes vinculan y exigibles serán entre quienes las hayan suscrito, en definitiva (25).

Por otra parte, ciertas instituciones como la fianza y la solidaridad o el objeto del contrato de compraventa y el convenio de asunción pasiva, no son idénticas por muy próximas que puedan resultar; proximidad institucional que conviene deslindar a la luz de la mencionada Resolución.

B) SUPUESTO DE HECHO: COMPRAVENTA CON SUBROGACIÓN ACUMULATIVA DE LOS PROGENITORES DEL ADQUIRENTE

En particular, se trata de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2005 (26), habiéndose dictado en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Almacelles (Lérida) ante la negativa de la Registradora de la Propiedad de Lérida a inscribir una escritura de compraventa con subrogación y modificación de préstamo hipotecario.

Son los Hechos de la citada Resolución: «I. En escritura autorizada el 18 de septiembre de 2003, por el Notario de Almacelles (Lérida), don Martín González-Moral García, la entidad P. S. L. vende a doña Laura L. P. determinada finca. Parte del precio se satisface mediante subrogación en un préstamo hipotecario que la entidad P. S. L. tenía concertado con una Caja de Ahorros. *En el acto de otorgamiento comparecen también los padres de la compradora y declaran subrogarse en la misma deuda personal, obligándose solidariamente frente a la entidad prestamista a la devolución del préstamo, pero aclarando que en su relación interna como deudores solidarios, doña*

(24) En materia del precio de compraventa, la retención del importe pendiente por parte de la compradora —con asunción de la deuda liberatoria por el consentimiento del acreedor a la subrogación hipotecaria practicada— no procede rechazar la inscripción por el hecho de que la parte adquirente haya asumido también el abono del Impuesto sobre el Valor Añadido, vid., la RDGRN de 1 de diciembre de 2008, reiterada el día 2, 3, 5 y el 9 del mismo mes y año (BOE 7, de 8 de enero de 2009).

(25) Vid., de la autora de estas líneas, los capítulos 8 y 9 de la tesis doctoral «La expromisión: el artículo 1.205 del Código Civil».

(26) Publicada en el BOE de 14 de febrero de 2006.

Laura L. P. se hará cargo y soportará todos los pagos, por lo que si sus padres pagasen alguna cantidad del préstamo podrán repetir el pago contra su hija. Acuerdan también la ampliación del préstamo en su cuantía, y la ampliación de la hipoteca constituida en su garantía. La Caja de Ahorros da su consentimiento a todas las subrogaciones.

A juicio de la Registradora no procede la inscripción, siendo sus fundamentos para dicha negativa los siguientes: «1. Si la solidaridad no viene establecida por la Ley, para que exista no es suficiente el convenio acreedor deudores, sino que es preciso que la deuda tenga un origen común. Caracteriza a la solidaridad el que un mismo hecho jurídico es el que genera para todos la obligación. Es cierto que el artículo 1.440 del Código Civil señala que “la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del mismo modo y por unos mismos plazos y condiciones”, es decir, admite la falta de uniformidad en aspectos menores o no esenciales a la obligación, pero se trata en todo caso de variaciones accidentales. En el caso contemplado en la escritura no se da el requisito del mismo origen de la deuda, pues la obligación de la hija surge como consecuencia de un contrato de compraventa en el que se estipula con el vendedor por parte del precio se satisface subrogándose en su deuda frente a la Caja. La obligación de los padres, extraños al contrato de compraventa, nace más bien de una fianza solidaria, es decir, aquélla en la cual el fiador renuncia al beneficio de excusión y se presta a que el acreedor le reclame la deuda primero a él, como si fuera deudor (arts. 1822.2 y 1831.2 del Código Civil). Pero esta obligación del fiador es siempre accesoria (art. 1824.1 del Código Civil). Si bien en la relación externa funcionan en forma parecida solidaridad y fianza, en el aspecto interno el fiador podrá repetir el todo al deudor principal (art. 1.838 del Código Civil), frente al carácter mancomunado de la obligación (con la especialidad del art. 1145.3 del Código Civil) en la relación interna entre los deudores, o sea, existe un derecho de reembolso a favor del que pagó de la parte correspondiente a los demás codeudores en el caso de las obligaciones solidarias (art. 1145.2 del Código Civil). 2. Tratándose de deudas que tienen distinto origen, una derivada del préstamo de compraventa y otra derivada de un contrato de garantía, sólo puede calificarse de ampliación el préstamo en cuanto a la porción que recibe la hija. Para los padres es un préstamo nuevo que sólo puede garantizarse con una nueva hipoteca y si ésta recae sobre el bien perteneciente únicamente a la hija debe hacerse a través de la figura de la hipoteca en garantía de deuda ajena (art 1857.30 del Código Civil) (*sic*). 3. La diferencia de efectos entre la fianza y la solidaridad se sentirá especialmente si la deuda es pagada por los padres y la hija ha transmitido la finca. De conformidad con los artículos 1.145, 1.159, 1210.3 y 1.212 del Código Civil, los padres podrán ejecutar la hipoteca primitiva en su totalidad (por razón de la fianza) y sólo en una porción por razón de la ampliación (solida-

ridad) sin que esto sea posible cuando se trata de una sola hipoteca en garantía de una sola deuda».

Por su parte, los argumentos del Notario en el recurso gubernativo correspondiente contra la nota de calificación son los siguientes: «I) Que en la escritura que motiva el recurso, *la solidaridad entre la compradora y sus padres deriva de un mismo hecho jurídico, como es la asunción liberatoria de la deuda del primitivo deudor, además la entidad acreedora consiente la subrogación en los tres, siendo posible que aunque haya una sola compradora, haya, como subrogados en el préstamo, tres prestatarios solidarios.* II) *Que no estamos ante una fianza, sino ante un caso de solidaridad entre deudores, que supone una verdadera garantía para el acreedor.* III) Que en la *relación interna entre deudores*, los padres son meros garantes de la hija, y se les aplican las reglas de la solidaridad pasiva, y no de la fianza. IV) Que de acuerdo con lo expuesto, no puede distinguirse entre la deuda derivada de la asunción del préstamo (en la que habría una prestataria y dos fiadores), y la deuda derivada de la posterior ampliación (en la que habría tres prestatarios), sino que en todo caso hay tres prestatarios obligados solidariamente, sin perjuicio de la novación objetiva del préstamo mediante su ampliación.

Por lo que a los Fundamentos de Derecho de la Resolución atañe y dada su trascendencia conviene transcribir aquí su totalidad: «Vistos los artículos 1.140, 1.145, 1.203, 1.205, 1.210, 1.255, 1.257, 1.281, 1.822, 1.839 del Código Civil; 118 de la Ley Hipotecaria y sentencias del Tribunal Supremo de fechas 28 de septiembre de 1960, 15 de diciembre de 1989, 22 de marzo de 1991 y 2 de marzo 1998. 1. En el presente supuesto se vende una finca y se pacta que la compradora asume la deuda derivada del préstamo garantizado con una hipoteca que grava dicha finca, y se subroga no sólo en la obligación personal garantizada con la hipoteca sino también en las responsabilidades derivadas de ésta; se añade que en la misma *deuda personal derivada del préstamo se subrogan otras dos personas padres de la compradora, quedando todos ellos obligados solidariamente* frente a la entidad prestamista si bien se pacta que si cualquiera de estas dos personas pagara alguna cantidad del préstamo podrá repetir el pago contra la compradora. La entidad acreedora consiente en la subrogación y a continuación se pacta una ampliación del préstamo hipotecario. Presentado el título en el Registro, la Registradora suspende la inscripción porque considera que para que la solidaridad exista no es suficiente el convenio entre acreedor y deudor, ya que es preciso que la deuda tenga un origen común, circunstancia que no se da en este caso en el que las deudas tienen un distinto origen, en la compra en un caso y en la constitución de una garantía en el otro. En consecuencia la ampliación del préstamo sólo puede pactarse en cuanto a la obligación de la compradora subrogada; en el caso de los padres la obligación tiene un distinto origen y habrá de constituirse una hipoteca independiente en garantía de deuda ajena».

Sigue la Resolución diciendo: «2. *De los términos del negocio* (“en la misma deuda personal derivada del préstamo se subrogan también”, “en relación con el préstamo en que se han subrogado”, “la Caja de una parte y los prestatarios de otra amplían”) *resulta la voluntad de asumir solidariamente la misma deuda personal por parte de la compradora* y de sus padres, y no de constituir una fianza como obligación accesorio de la principal. En el caso de la compradora se trataría de una asunción de deuda con subrogación en la responsabilidad hipotecaria (art. 118 de la Ley Hipotecaria) y en el caso de los padres de una asunción cumulativa de deuda, figura reconocida doctrinal y jurisprudencialmente como diferente de la fianza solidaria (en base a los arts. 1.158, 1.255 y 1.257 del Código Civil a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960) y que se justifica en la razón económica del negocio. Se trata, pues, de una obligación con tres deudores solidarios y en consecuencia puede pactarse la ampliación de hipoteca en relación con el préstamo considerado». En virtud de lo expuesto procede la estimación del recurso y la revocación de la nota de la Registradora.

IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS SOBRE LA ACUMULACIÓN PASIVA Y LA FIANZA COMO FÓRMULAS DE REFORZAMIENTO DEL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y SU DISTINTO ÁMBITO DE EFICACIA

Sabido es que la solidaridad presenta distinta función y régimen que la fianza (27), entre otros motivos porque la pluralidad de sujetos pasivos exige

(27) Vid., CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984; PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985; DELGADO ECHEVARRÍA, «Comentario a la STS, de 3 de octubre de 1985 (fianza: extinción por novación o prórroga de la obligación principal)», en *CCJC*, 9, 1985, págs. 2949 a 2958; ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988; ALONSO SÁNCHEZ, «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de la fianza (años 1983 a 1988)», en *ADC*, XLII, III, 1989, págs. 979 a 1021; CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992; MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, «El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencial del Tribunal Supremo», en *La Ley*, julio de 1992; REYES LÓPEZ, *Subrogación y regreso en la fianza solidaria*, Madrid, 1992; CRISTÓBAL MONTES, *La cofianza*, Madrid, 1993; GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a nuevas formas de garantía. Conferencia pronunciada en la Academia el 13 de mayo de 1993», en *AAMN*, XXXIII, 1994, págs. 322 a 339; CARRASCO PERERA, «Garantías a primer requerimiento», en *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, 16, Madrid, 1995, págs. 105 a 175; GUILARTE ZAPATERO, «Fianza general, fianza solidaria y contratos de confort», en *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, 16, Madrid, 1995, págs. 33 y sigs.; TUR FAÚNDEZ, *El Derecho de reembolso (El pago por tercero, regímenes económico-matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos). Régimen jurídico, jurisprudencia*. Prólogo de José

la elección de una fórmula de organización para el cumplimiento efectivo de la deuda comprometida. En su caso, el Código Civil contempla las consecuencias para el supuesto de que, siendo el régimen escogido el de solidaridad, sea uno de entre los sujetos pasivos quien cumpla, a su vez, la relación interna entre los codeudores se organizará aplicando el sistema de mancomunidad (28). Adicionalmente el *solvens* tendrá derecho a recuperar la parte correspondiente de cada uno de sus codeudores, añadidos los intereses de anticipo que prevé el artículo 1.145 del Código Civil (29).

Por eso y en definitiva, aunque la solidaridad garantiza (30) el cumplimiento del derecho de crédito, el codeudor que finalmente ejecute la prestación comprometida lo hará —incluso cuando se vea forzado a pagar íntegramente dicha prestación— como deudor *solvens* a diferencia del supuesto del fiador que, por muy solidario que sea, cumple por otro la garantía personal suscrita (31). Por tanto, y pese a que el fiador solidario haya renunciado —a tenor de los arts. 1822.2 (32) y 1831.2 (33)— al beneficio de excusión (34) no por ello pierde el derecho a que le sea reintegrado en su totalidad

Ángel TORRES LANA, Valencia, 1996; REYES LÓPEZ, *Fianza y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos, comentarios y jurisprudencia*, Valencia, 1996; FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, «Problemática actual de las garantías personales en el Derecho español», en *AC*, 1997, pág. 541 y sigs.; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Efectos de la fianza entre los cofiadores*, Valencia, 2006.

(28) Vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, cit., pág. 39.

(29) «El pago hecho por uno de los codeudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno».

(30) Acerca de la función de garantía, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de julio de 1996, recogida GARCÍA SOLÉ, «La reciente normativa sobre *factoring*», en *La Ley-Actualidad*, en la que se aproxima al concepto de *factoring*, en sede del debate doctrinal de la función de garantía, de gestión y de financiación.

(31) Vid., MONTES PENADÉS, «Las garantías del crédito», en VALPUESTA FERNÁNDEZ y otros, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 2000, pág. 243.

(32) «Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo 3.º, título 1.º de este libro».

(33) De entre los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor, el artículo 1.831 del Código Civil, enumera cuatro causas de eliminación del derecho de excusión que ostenta el fiador sobre los bienes del deudor. Así, además de la exclusión en caso de renuncia expresa del fiador, en caso de quiebra o concurso del deudor o en los supuestos en que éste no pueda ser demandado judicialmente en el «Reino», expresamente el párrafo segundo recoge tal exclusión «cuando se haya obligado solidariamente con el deudor». Por otra parte, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su artículo 160 determina sobre el derecho del acreedor a la cuota del deudor solidario, en los siguientes términos: «el acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquéllos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de éste».

(34) Vid., LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, II, I*, Madrid, 2000, pág. 33.

el importe de la deuda ni la facultad de exigir el reintegro de la totalidad de lo pagado (35).

Recapitula las cuestiones evidenciadas, la *sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1991*, por cuanto afirma que «la sustitución de la persona del deudor, en las relaciones contractuales, puede revestir varias modalidades: a) La conocida como *expromisión*, con base al artículo 1.205 del Código Civil, y que consiste en que la novación subjetiva en la persona del deudor, se produce mediante acuerdo directo entre el acreedor y un nuevo deudor —tercero ajeno a la obligación primitiva—, el que libera al deudor originario de sus cargas. No requiere consentimiento ni siquiera su conocimiento, ya que el nuevo actúa espontáneamente y no por delegación o con intervención del antiguo, de tal manera que se produce un efecto pleno liberatorio, pues la obligación que asume el expromitente extingue la anterior (...). b) La *delegación* de pagos, que el artículo 1.206 del Código Civil, si bien no la regula, la admite, dándola por supuesta, (...) la misma viene representada por un convenio entre deudores, mediante el cual el deudor primitivo (delegante), ordena a otra persona extraña al contrato (delegado), que recibe la orden y la acepta y la ejecuta a favor del acreedor-delegatario, el que asiente y admite este cambio en el sujeto obligado, por tanto la obligación primitiva subsiste, ya que no se ha producido su extinción sino sólo su modificación. c) Asimismo cabe que tenga lugar la llamada *asunción acumulativa de la deuda o refuerzo*, mediante la cual, el deudor nuevo se introduce en la obligación, para colocarse junto al deudor primitivo, en concepto de deudor solidario, sin producir efectos liberatorios para aquél, por lo tanto la aceptación del acreedor, del nuevo obligado, no libera al originario, y con ello no se da lugar a la novación, sino a la subsistencia, de dos obligaciones idénticas en régimen de solidaridad, pero con una única y similar causa —sentencias de 9 de junio de 1981 y 9 de octubre de 1987, entre otras—, distinguiéndose de la *fianza*, en la que el fiador acepta la responsabilidad por la deuda ajena, que garantiza, asumiendo, en consecuencia, la responsabilidad de su cumplimiento por el deudor principal».

Por tanto, la modalidad acumulativa exige su diferenciación del tratamiento de la fianza con la particularidad de que, al haber primado la solidaridad sobre la mancomunidad, en defecto de pacto la acumulación presentará carácter solidario (36). A mayor abundamiento en el caso controvertido por

(35) La facultad de subrogación está contemplada en el primer párrafo del artículo 1.839; el artículo precedente contempla la extensión que se deba dar al reembolso al que tiene derecho.

(36) La sentencia de 5 de diciembre de 2000, afirma que en defecto de consentimiento del acreedor, se produce la solidaridad (MANRESA sostenía la mancomunidad, dado que aún no se había dictado la jurisprudencia correctora), pese al artículo 1.289 en su párrafo segundo. Vid. PUIG I FERRIOL, *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, cit., pág. 445. En suma, y pese a las razonables dudas puestas de manifiesto por la jurisperu-

la RDGRN expresamente se pacta la solidaridad entre ellos si bien se añade un pacto interno por el que la hija se hará responsable de las cantidades que por cualquier circunstancia ellos se vean forzados a afrontar.

En resumidas cuentas y gracias, con probabilidad, a dicha vía acumulativa o *adspromissio* pactada en régimen de solidaridad con ocasión de la subrogación hipotecaria del supuesto de hecho que ventila la RDGRN de diciembre de 2005, al implicar el reforzamiento de los derechos del acreedor hipotecario se erige esta fórmula en uno de los elementos para la consecución de la subrogación pretendida por la adquirente de la vivienda.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SÁNCHEZ, «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la relación jurídica de la fianza (años 1983 a 1988)», en *ADC*, XLII, III, 1989, págs. 979 a 1021.
- ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988.
- AMORÓS GUARDIOLA, «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Madrid, 1991, págs. 10 a 66.
- CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992.
- «Garantías a primer requerimiento. Derechos personales de garantía: Aval, Fianza, Crédito y Caucción, Cláusula penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 16, Madrid, 1995, págs. 105 a 175.
- CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.
- COLOM ANDRÉS y MOLÉS MACHÍ, «Movilidad, tenencia y demanda de vivienda en España», en *Estadística Española*, 46, 157, 2004, pág. 513.
- CRISTÓBAL MONTES, *La cofianza*, Madrid, 1993.
- DELGADO ECHEVARRÍA, «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1985 (fianza: extinción por novación o prórroga de la obligación principal)», en *CCJC*, 9, 1985, págs. 2949 a 2958.
- ENNECCERUS y LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. I., traducido y anotado de la 35.^a ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, al cuidado de PUIG BRUTAU; «Derecho de Obligaciones», en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, vol. I., traducido y anotado de la 35.^a ed. alemana por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1954, 2.^a ed., al cuidado de PUIG BRUTAU.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, «Problemática actual de las garantías personales en el Derecho español», en *AC*, 1997, pág. 541 y sigs.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, *La renegociación de préstamos hipotecarios (Estudio de la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de 1994)*, Madrid, 1999.

denia, la característica básica de la acumulación es la misma que la *novatio*, es decir, efecto de entre los previstos por los pactos típicos de los artículos 1.205 y 1.206 del Código Civil. Con todo, carece de efectos liberatorios para el deudor primitivo y está ausente la nota extintiva.

- GÁLVEZ CRIADO, «Contrato de asunción de deuda: inexistencia del consentimiento del acreedor. Efectos de este contrato (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1996)», en *ADC*, L, III, 1997, págs. 1547 a 1556.
- GETE-ALONSO Y CALERA, «Reflexiones acerca de la función que cubre la relación obligatoria previa en el reconocimiento de deuda», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, II*, Madrid, 1988.
- GONZÁLEZ LÓPEZ y SÁNCHEZ MARÍN, *La subasta por persona o entidad especializada. Visión práctica*, Madrid, 2004.
- GUILARTE ZAPATERO, «Fianza general, fianza solidaria y contratos de confort», en *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, 16, Madrid, 1995.
- GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a nuevas formas de garantía. Conferencia pronunciada en la Academia el 13 de mayo de 1993», en *AAMN*, XXXIII, 1994, págs. 322 a 339.
- HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil, III, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1958.
- INFANTE RUIZ, *Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004.
- JORDANO BAREA, «Asunción de deuda. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero 1950», en *ADC*, III, IV, 1950, págs. 1379 a 1380.
- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, II, I*, Madrid, 2000.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, 2, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2009, 13.ª ed.
- *Principios de Derecho Civil, 5, Derechos Reales y Derecho Hipotecario*, Madrid, 2009, 7.ª ed.
- «Crisis financiera estadounidense, tercero hipotecario y seguridad inmobiliaria: la STC 6/2008 y la reciente doctrina del TS», en *La Ley*, XXIX, 6.899, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ (coord.); LÓPEZ PELÁEZ y YÁÑEZ VIVERO, *La reforma de la prelación de créditos (comentarios al Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.
- MARTÍN DIZ, *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles. Su tratamiento legal en la nueva LEC*, Granada, 2000.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, «El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencial del Tribunal Supremo», en *La Ley*, julio, 1992.
- MONDÉJAR PEÑA, *Subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008.
- MONTES PENADÉS, «Las garantías del crédito», en VALPUESTA FERNÁNDEZ y otros, *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 2000.
- MORETÓN SANZ, «La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato», en *RCDI*, 713, 2009, págs. 1183 a 1212.
- *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, Lex Nova, 2008; «La dottrina civilista spagnola e la successione a titolo particolare dei debiti» («La doctrina civil española ante la sucesión singular de las deudas»), en *Vita Notarile: esperienze giuridiche*, Año LX, Parte I, II e III, núm. 1, gennaio aprile, 2008, págs. 511 a 540.
- «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad

- de ciertos principios contractuales)», en *ADC*, tomo LXI, fas. II, 2008, págs. 619 a 719.
- «Obligaciones novables: Examen de la expromisión y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales», en *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Manuel Cuadrado Iglesias*, Javier GÓMEZ GÁLIGO (Coord.), Tomo I, Registradores de España-Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2008, págs. 947 a 967.
- NÚÑEZ LAGOS, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *RGLJ*, XCII, 181, 1947, págs. 61 a 79.
- PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985.
- PÉREZ GARCÍA, *El valor de los bienes en la ejecución*, Madrid, 2007.
- PEDRAZA PENALVA, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, *Efectos de la fianza entre los cofiadores*, Valencia, 2006.
- REYES LÓPEZ, *Subrogación y regreso en la fianza solidaria*, Madrid, 1992.
- *Fianza y nuevas modalidades de garantía. Análisis crítico de sus elementos y efectos, comentarios y jurisprudencia*, Valencia, 1996.
- RICA Y ARENAL, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *AAMN*, IV, 1948, págs. 281 a 327.
- TOMÁS MARTÍNEZ, *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Madrid, 2000.
- TORRES ESCÁMEZ, «La hipoteca de finca vendida», en *RDP*, 1983, págs. 917 a 925.
- TUR FAÚNDEZ, *El Derecho de reembolso (El pago por tercero, regímenes económico-matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos)*. Régimen jurídico, jurisprudencia. Prólogo de José Ángel TORRES LANA, Valencia, 1996.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

1. Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de diciembre de 1941.
2. Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 1947.
3. Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero 1950.
4. Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 1956.
5. Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1960.
6. Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1981.
7. Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1987.
8. Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 1991.
9. Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1991.
10. Sentencia del Tribunal Supremo. de 30 de junio de 1996.
11. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de julio de 1996.
12. Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo 1998.
13. Sentencia de 5 de diciembre de 2000.
14. Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2005.
15. Resoluciones de la DGRN de 1 de diciembre de 2008, reiteradas el día 2, 3, 5 y el 9 del mismo mes y año.
16. Resolución de la DGRN de 29 de febrero de 2008.

RESUMEN

VIVIENDA FAMILIAR
SUBROGACIÓN HIPOTECARIA

Este trabajo tiene por objeto el análisis de las fórmulas de financiación elegidas para la adquisición del hogar familiar y las consecuencias de la suscripción por las partes, bien de derechos reales de garantía o de otras vías de garantía adicional para reforzar el derecho del acreedor hipotecario. Adicionalmente este sistema de contratos y derechos reales de garantía se ha enmarcado en el momento actual de crisis económica y de resistencia por las entidades financieras para la concesión de préstamos o créditos. Especialmente se analiza y compara el régimen de la denominada acumulación pasiva de deuda, la fianza y la solidaridad a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo y su clásica Sentencia de 28 de septiembre de 1960 revitalizada por la Dirección General de los Registros y Notariado, en particular por la Resolución de 21 de diciembre de 2005.

ABSTRACT

FAMILY HOME
HYPOTHEC SUBROGATION

This work has for object the analysis of the financing for the acquisition of the family home and the consequences of the subscription for the parts, well of real rights of guarantee or other additional guarantee to reinforce the hypothec creditor's right. Additionally these systems of contracts and real rights of guarantee have been framed in the current moment of economic crisis and of resistance for the bank for the concession of credits. Especially it is analyzed and it compares the denominated passive accumulation of debt, the guarantee and the solidarity of the doctrine of the Supreme Tribunal and their classic Sentence of September 28 1960 revitalized by the General Managements of the Registrations and Notary, especially the Resolution of December 21 2005.

(Trabajo recibido el 6-7-2009 y aceptado para su publicación el 30-6-2010)

DERECHO COMPARADO

L'affidamento e l'adozione en el Derecho Civil italiano

por

JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ
Doctora en Derecho
Profesora Adjunta de Derecho Civil
Universidad Católica San Antonio de Murcia

SUMARIO

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE AMBAS INSTITUCIONES.
2. EL ACOGIMIENTO DEL MENOR:
 - 2.1. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN.
 - 2.2. CONSTITUCIÓN CONSENSUAL Y CONTENCIOSA.
 - 2.3. COMPETENCIAS DEL ACOGEDOR Y DE LOS SERVICIOS SOCIALES.
 - 2.4. CESACIÓN DEL ACOGIMIENTO.
3. LA ADOPCIÓN DEL MENOR:
 - 3.1. CONCEPTO Y NATURALEZA SUBSIDIARIA.
 - 3.2. SITUACIÓN DE ABANDONO Y *STATO DI ADOTTABILITÀ*.
 - 3.3. REQUISITOS DE LOS ADOPTANTES.
 - 3.4. PROCEDIMIENTO Y EFECTOS.
 - 3.5. LA ADOPCIÓN EN CASOS PARTICULARES: SUPUESTOS ESPECIALES.
 - 3.6. EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE AMBAS INSTITUCIONES

Desde mitad del siglo XIX, encontramos en el Ordenamiento jurídico italiano una profusa normativa en la que se reflejan las ideas y políticas del legislador en materia de adopción. Particularmente importante, al hablar de la adopción en el Derecho de menores, es la Ley 5 de junio de 1967, n. 431, que instituyó la llamada «adopción especial». Para dar respuesta a los problemas planteados por los menores se había acudido, hasta ese momento, a mecanis-

mos diferentes de la adopción, considerándose esta última como una solución a las exigencias e intereses, patrimoniales y no patrimoniales, del adoptante. Por esta circunstancia, la normativa de la adopción de menores no gozaba de una diferenciación especial con respecto a la disciplina de la adopción genéricamente considerada. El modelo social de la adopción era, por tanto, consensual: se acordaba entre dos sujetos adultos y se fundaba en su utilidad recíproca, resultando accidental que el adoptado fuese menor o que se encontrase en situación de abandono.

El Derecho italiano reconoce hoy al menor el derecho a crecer y a ser educado en el seno de una familia (1). Para garantizar la efectiva satisfacción de este derecho, tal y como exige el artículo 31 de la Constitución (2), y con la finalidad de prevenir las situaciones de abandono, tanto el Estado como otras entidades regionales y locales han establecido un conjunto de medidas de apoyo y ayuda. Así lo pone de manifiesto el artículo 1 de la Ley de 2 de mayo de 1983, n. 184, en su redacción dada por la Ley de 28 de marzo de 2001, n. 149 (3).

En concreto, para hacer frente a aquellos casos en los que la familia natural no se encuentre preparada para atender al crecimiento y educación del

(1) Vid. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002.

(2) Dice el artículo 31 de la Constitución de la República italiana que: «*La Repubblica stimulerà, con misure economiche e altre provvidenze, la formazione della famiglia e l'adempimento di sus obbligazioni, con particolare attenzione in relazione a las familias numerosas.*

Protegerà la maternidad, la infancia y la juventud favoreciendo las instituciones necesarias para ello.».

(3) «1. *Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia.*

2. *Le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia. A tal fine a favore della famiglia sono disposti interventi di sostegno e di aiuto.*

3. *Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, sostengono, con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia. Essi promuovono altresì iniziative di formazione dell'opinione pubblica sull'affidamento e l'adozione e di sostegno all'attività delle comunità di tipo familiare, organizzano corsi di preparazione ed aggiornamento professionale degli operatori sociali nonché incontri di formazione e preparazione per le famiglie e le persone che intendono avere in affidamento o in adozione minori. I medesimi enti possono stipulare convenzioni con enti o associazioni senza fini di lucro che operano nel campo della tutela dei minori e delle famiglie per la realizzazione delle attività di cui al presente comma.*

4. *Quando la famiglia non è in grado di provvedere alla crescita e all'educazione del minore, si applicano gli istituti di cui alla presente legge.*

5. *Il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia è assicurato senza distinzione di sesso, di etnia, di età, di lingua, di religione en el rispetto della identità culturale del minore e comunque non in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento.* Vid. BIAGI GUERINI, *Famiglia e costituzione*, Milano, 1989; PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, pág. 57.

menor, el Ordenamiento jurídico italiano establece dos instituciones distintas: el acogimiento (*affidamento*) y la adopción (*adozione*) (4). El acogimiento tiene la finalidad de proporcionar al menor el ambiente familiar idóneo del que se encuentra temporalmente privado (art. 2 de la Ley 184/1983), mientras que a través de la adopción se crea una plena relación paterno-filial entre personas que no están unidas por vínculos de sangre.

La institución de la adopción ha sido objeto de importantes reformas en las últimas décadas, reformas que han terminado por cambiar su función originaria. En un primer momento, la adopción se dirigía a proporcionar a las personas que no habían tenido descendencia la posibilidad de transmitir tanto su apellido como su patrimonio. Esta función, aunque no ha desaparecido absolutamente, pues sigue presente en la adopción de mayores de edad regulada por los artículos 291 y siguientes del Código Civil, ha ido perdiendo importancia progresivamente.

Hoy en día la adopción tiene como finalidad primordial la inserción del menor privado de una familia en el seno de una nueva familia, preparada para atender a sus exigencias vitales y en la que podrá encontrar el ambiente idóneo para su crecimiento. La adopción se presenta, por tanto, como un mecanismo esencialmente dirigido a proteger el interés del adoptado a tener una familia idónea y, sólo indirectamente, desempeña la función de satisfacer el interés de los adoptantes por tener un hijo.

Este cambio de perspectiva que diferencia la vieja y la nueva adopción fue realizado a través de la Ley de 5 de junio de 1967, n. 143, que introduce la llamada adopción «especial», denominación que fue pronto abandonada por el legislador. Posteriormente, la Ley de 4 de mayo de 1983, n. 184, adaptó la Ley de 1967 a los principios establecidos por la Convención de Estrasburgo de 24 de abril de 1967, ratificada por Italia a través de la Ley de 22 de mayo de 1974, n. 357. Quedó, a partir de este momento, abolido el límite máximo de edad de ocho años para poder ser adoptando, reconociéndose la posibilidad de ser adoptados a todos los menores de edad abandonados. Se reguló, también, la adopción internacional, cuya disciplina ha sido posteriormente reformada por la Ley de 31 de diciembre de 1998, n. 476, que ha ratificado y ejecutado la Convención de La Haya de 29 de mayo de 1993.

Finalmente, con la Ley de 28 de marzo de 2001, n. 149, el legislador ha modificado una vez más la Ley 184/1983, dotándola de una nueva denominación, «Derecho del menor a una familia» e introduciendo en ella una nueva regulación procesal.

Con esta nueva denominación, que supera los aspectos meramente formales (5), se pretende, ante todo, subrayar la intención del legislador de colocar

(4) Vid. DOGLIOTTI, *Affidamento e adozione*, Milano, 1999.

(5) Vid. SESTA, M., *Manuale di Diritto di famiglia*, CEDAM, Padova, 2007, pág. 292. MANERA, «L'instituto dell'affido familiare», en *GM*, 2005, págs. 7 y 8. CAMPANATO, *La*

en el núcleo de la disciplina legal el interés del menor a crecer y ser educado en el seno de una familia, lo que no puede verse obstaculizado por la situación de precariedad de los progenitores. Por este motivo son articuladas medidas de apoyo y de ayuda; ahora bien, sólo cuando la propia familia no pueda atender al crecimiento y educación del menor, serán de aplicación las instituciones del acogimiento y la adopción, con carácter claramente subsidiario respecto de la familia natural.

La adopción representa, por tanto, una solución para el problema de los menores abandonados. Sin embargo, el legislador de 2001 no es ajeno a que la subsistencia de esta institución supone también un fracaso de la propia sociedad, incapaz de proteger a los menores en el ambiente familiar en el que han nacido, causándoles a veces daños irreparables.

En este sentido, resulta muy significativa, junto a la disposición contenida en el artículo 1, la prevista en el artículo 28 que, por primera vez, contempla el derecho del adoptado a ser informado por sus padres adoptivos de su propia condición, a fin de evitar que los secretos y el desconocimiento de la realidad puedan amenazar o enturbiar las relaciones familiares y el crecimiento del menor. De hecho, el hijo adoptado, una vez cumplidos los veinticinco años, podrá tener acceso a toda la información relativa a sus orígenes.

2. EL ACOGIMIENTO DEL MENOR

2.1. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN

A diferencia de la adopción, que tiene carácter definitivo y es consecuencia de una situación irreversible de abandono, el acogimiento constituye un remedio transitorio, aplicable sólo durante un determinado periodo de tiempo. Para que pueda procederse a la constitución del acogimiento es necesario que, por circunstancias de carácter pasajero, los progenitores del menor no puedan ofrecerle los cuidados que éste necesita. El artículo 2.1 (6), modificado por la Ley 149/2001, reforzando el derecho del menor a crecer en su propia familia de origen, establece que sólo podrá tener lugar el acogimiento en el caso de que las medidas de apoyo y ayuda dispuestas para la familia no hayan dado los resultados esperados.

tutela giuridica del minore, Padova, 2005. ISTITUTO DEGLI INNOCENTI, *L'affidamento etero-familiare temporaneo*, Torino, 2001. ICHIDO PELLIZZI, *L'affido familiare*, Milano, 2002.

(6) «Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell'articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno».

El acogimiento puede ser establecido a favor de una familia, preferiblemente si tiene hijos menores o de una persona sola. Sólo cuando esto no sea posible, tendrá lugar el acogimiento del menor en una comunidad de tipo familiar, o en un centro de asistencia, público o privado, que, a ser posible, se encuentre próximo al domicilio de la familia del menor. No obstante, conviene poner de manifiesto que el ingreso del menor en centros de este tipo constituye una solución en vías de ser superada. De hecho, el legislador estableció que después del 31 de diciembre de 2006, los acogimientos solamente podrán ser realizados en el seno de familias o comunidades de tipo familiar, quedando prohibido el ingreso en centros de asistencia para los menores de seis años.

2.2. CONSTITUCIÓN CONSENSUAL Y CONTENCIOSA

En el caso de que los padres que ostenten el ejercicio de la patria potestad presten su consentimiento al acogimiento (*affidamento consensuale*), éste será establecido por los servicios sociales locales, una vez oído al menor que haya cumplido los doce años o que presente la suficiente capacidad de discernimiento (7). La decisión de los servicios sociales se hará ejecutiva mediante la correspondiente resolución judicial [art. 4.1) (8)] (9).

Sin embargo, en aquellos casos en los que los padres no presten su consentimiento, el acogimiento será establecido por el Tribunal de Menores (*affidamento contenzioso*), deviniendo aplicables los artículos 330 y siguientes del Código Civil.

El artículo 4.3 (10) especifica el contenido del documento de constitución del acogimiento. Éste, en particular, debe indicar los motivos por los cuales

(7) Vid. DELL'ANTONIO: *La partecipazione del minore alla sua tutela*, Milano, 2001.

(8) «L'affidamento familiare è disposto dal servizio sociale locale, previo consenso manifestato dai genitori o dal genitore esercente la potestà, ovvero dal tutore, sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento. Il giudice tutelare del luogo ove si trova il minore rende esecutivo il provvedimento con decreto».

(9) Vid. MILANESE, *L'affidamento eterofamiliare temporaneo*, Torino, 2005.

(10) «Nel provvedimento di affidamento familiare devono essere indicate specificamente le motivazioni di esso, nonché i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario, e le modalità attraverso le quali i genitori e gli altri componenti il nucleo familiare possono mantenere i rapporti con il minore. Deve altresì essere indicato il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento con l'obbligo di tenere costantemente informati il giudice tutelare o il tribunale per i minorenni, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 o 2. Il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento, deve riferire senza indugio al giudice tutelare o al tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 o 2, ogni

se ha dispuesto el acogimiento, los tiempos y modos del ejercicio de los poderes reconocidos al acogedor (*affidatario*) y la modalidad a seguir para que los padres y demás miembros de la familia puedan relacionarse con el menor. Esta última cuestión adquiere particular importancia toda vez que el acogimiento tiene una naturaleza transitoria, temporal, en espera de que la familia de origen supere sus dificultades pasajeras. En el documento constitutivo del acogimiento deberán, igualmente, reflejarse los servicios sociales a los que se atribuye la responsabilidad del programa de asistencia y el poder de vigilancia durante el tiempo que dure la medida. Dichos servicios sociales deberán, por otra parte, informar al Tribunal de Menores sobre el desarrollo de la situación, con la obligación de presentar un informe semestral. El documento debe, finalmente, indicar la presumible duración del periodo de acogimiento, en atención al periodo de tiempo en que predeciblemente va a volver la familia a la normalidad. La Ley 149/2001 ha establecido que esta duración no podrá superar los veinticuatro meses, siendo prorrogables por el Tribunal de Menores en aquellos casos en los que la suspensión del acogimiento pueda redundar en perjuicio del menor.

2.3. COMPETENCIAS DEL ACOGEDOR Y DE LOS SERVICIOS SOCIALES

La norma atribuye al acogedor el conjunto de facultades que éste necesita para poder hacer frente a la función encomendada (la llamada *potestà interna*). Tendrá, por tanto, el deber de tener al menor en su compañía, de mantenerlo, educarlo y formarlo, debiendo para ello tener en cuenta las instrucciones dadas por la autoridad y las indicaciones de los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, o del tutor. Pese al silencio de la norma, deberán atender también a la capacidad y a las inclinaciones naturales del menor, en el sentido del artículo 147 del Código Civil, es decir, respetando su propia personalidad. La Ley 149/2001 ha especificado, además, que corresponde al acogedor el poder de mantener las relaciones cotidianas con la institución de enseñanza y con las autoridades sanitarias, y que deberá ser oído en los procedimientos seguidos en materia de patria potestad, acogimiento y adopción relativos al menor acogido (art. 5.1) (11).

evento di particolare rilevanza ed è tenuto a presentare una relazione semestrale sull'andamento del programma di assistenza, sulla sua presumibile ulteriore durata e sull'evoluzione delle condizioni di difficoltà del nucleo familiare di provenienza».

(11) «L'affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione, tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi degli articoli 330 e 333 del codice civile, o del tutore, ed osservando le prescrizioni stabilite dall'autorità affidante. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 316 del codice civile. In ogni caso l'affidatario esercita i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari

La competencia para encargarse de las relaciones mantenidas entre el menor acogido y su familia de origen y para favorecer su reintegración en la misma corresponde a los servicios sociales, que se ocupan, además, de cualesquiera otras actividades de apoyo educativo o psicológico.

Estas mismas disposiciones serán aplicables, en cuanto sean compatibles, al caso de los menores acogidos en comunidades de tipo familiar o que se encuentren ingresados en centros de asistencia públicos o privados.

En compensación por las funciones desarrolladas, la Ley reconoce la posibilidad de que los acogedores perciban ciertas ayudas económicas, así como una remuneración [arts. 5.4 (12) y 80 (13)].

2.4. CESACIÓN DEL ACOGIMIENTO

El acogimiento familiar cesa cuando la situación de dificultad transitoria por la que atraviesa la familia sea superada, así como en aquellos casos en los que mantener al menor bajo dicha medida resulte perjudicial para el mismo (art. 4.5). Cesará también en el caso de que sobrevenga una situación definitiva de abandono, debiéndose proceder, entonces, a la incoación del procedimiento de adopción (art. 8.2) (14). Por último, a fin de proteger los vínculos afectivos surgidos entre el menor y sus acogedores, podrá eventualmente establecerse el acogimiento preadoptivo, siempre que estos últimos posean todos los requisitos necesarios para adoptar, como examinaremos más adelante.

rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie. L'affidatario deve essere sentito nei procedimenti civili in materia di potestà, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato».

(12) «*Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze e nei limiti delle disponibilità finanziarie dei rispettivi bilanci, intervengono con misure di sostegno e di aiuto economico in favore della famiglia affidataria».*

(13) «*1. Il giudice, se del caso ed anche in relazione alla durata dell'affidamento, può disporre che gli assegni familiari e le prestazioni previdenziali relative al minore siano erogati temporaneamente in favore dell'affidatario.*

2. Le disposizioni di cui all'articolo 12 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, all'articolo 6 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, e alla legge 8 marzo 2000, n. 53, si applicano anche agli affidatari di cui al comma 1.

3. Alle persone affidatarie si estendono tutti i benefici in tema di astensione obbligatoria e facoltativa dal lavoro, di permessi per malattia, di riposi giornalieri, previsti per i genitori biologici.

4. Le regioni determinano le condizioni e modalità di sostegno alle famiglie, persone e comunità di tipo familiare che hanno minori in affidamento, affinché tale affidamento si possa fondare sulla disponibilità e l'idoneità all'accoglienza indipendentemente dalle condizioni economiche».

(14) Vid. VERCELLONE, *L'affidamento*, Milano, 2002.

3. LA ADOPCIÓN DEL MENOR

3.1. CONCEPTO Y NATURALEZA SUBSIDIARIA

La adopción llamada plena o legitimante tiene la finalidad de materializar el derecho del menor que se encuentre en situación de abandono a tener una familia en la que crecer y ser educado, y conlleva la cesación de las relaciones con la familia de origen y la adquisición del *status* de hijo legítimo de los adoptantes, de los cuales recibe y transmite su apellido (15).

Tal y como aparece regulada por el legislador, la adopción constituye hoy una solución extrema, a la que sólo se recurre cuando la familia de origen no puede ofrecer al menor aquellas atenciones mínimas y aquel afecto que necesita para crecer en un ambiente sano y equilibrado. Este principio, que ya se intuía en el antiguo artículo 1 de la Ley 184/1983, se encuentra ahora expresamente recogido. El actual artículo 1, al reconocer al menor el derecho a crecer y a ser criado en el seno de la familia de origen (16), no deja duda sobre el hecho de que el acogimiento y la adopción sólo son viables cuando la familia no puede hacerse cargo de las funciones que le son propias, sin que la situación de indigencia en que se encuentren los padres pueda constituir un obstáculo para que el hijo pueda ejercitar el derecho a tener su propia familia (apart. 2). Corresponde, pues, a los entes públicos, tanto estatales como regionales y locales, la función de mantener, con los mecanismos y ayudas necesarios, los núcleos familiares que se encuentren en situación de riesgo, tratando así de prevenir que se produzcan situaciones de abandono (apart. 4).

3.2. SITUACIÓN DE ABANDONO Y *STATO DI ADOTTABILITÀ*

Según pone de manifiesto el artículo 7.1 (17), la adopción sólo puede ser admitida con relación a menores que hayan sido declarados en situación de

(15) Vid. SERGIO, *La Giustizia minorile*, Milano, 2006; BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2005. Vid. BESSONE-FERRANDO, «Adozione», en *NDI*, Torino, 1980.

(16) La jurisprudencia reconoce que el artículo 1 de la Ley 184/1983 atribuye carácter prioritario a la exigencia del menor de crecer en la familia de origen, exigencia que sólo se puede sacrificar en presencia de situaciones de carencia de cuidados materiales y morales de parte de los progenitores o parientes más cercanos, con perjuicio grave y no transitorio para el desarrollo y equilibrio psicofísico del menor. Vid. Cass. 28-6-2006, n. 15011, cd-rom en *FD*; conf. Cass. 14-4-2006, n. 8877, cd-rom en *FD*; Cass. 14-5-2005, n. 10126, en *Guida al dir.*, 2005, n. 25, 22. Además, la familia a la que se refiere el artículo 1 se concreta no sólo en la familia legítima sino también en la familia de hecho, en cuanto realidad social expresamente tutelada por el artículo 2 de la Constitución italiana. Vid. Cass. 7-3-1992, n. 2766, en *DFP*, 1992, 606.

(17) «*L'adozione è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità ai sensi degli articoli seguenti*».

ser adoptados (*stato di adottabilità*). En concreto, tal y como establece el artículo 8.1, podrán ser declarados en tal situación, por el Tribunal de Menores del lugar en que se encuentren, aquellos menores respecto de los cuales se haya constatado el estado de abandono por hallarse privados de la necesaria asistencia moral y material por parte de sus padres o de los parientes, dentro del cuarto grado, que se encuentren obligados a ello (aparts. 4 y 5) (18). Para excluir la situación de abandono no basta con que tales personas se limiten a manifestar su disponibilidad para el futuro, sino que es preciso que hayan mantenido con el menor una relación continuada de la que haya surgido un vínculo afectivo. Además, el artículo 8.2 (19) precisa que la situación de abandono subsiste, siempre que concurren las condiciones antes indicadas, también en aquellos casos en los que los menores se encuentren en centros de asistencia públicos o privados, o en comunidades de tipo familiar o, incluso, en acogimiento familiar (20).

La fórmula empleada por el legislador es amplia y elástica, dejando así a la jurisprudencia la tarea de concretar las situaciones específicas en las que se produce una situación de abandono. Es frecuente, en este sentido, la consideración de que la situación de abandono sólo podrá declararse cuando sea patente la falta de la asistencia y de los cuidados materiales mínimos, de la afectividad y ayuda psicológica imprescindibles para el desarrollo y formación de la personalidad del menor. Se precisa, además, que la situación de abandono no requiere necesariamente un comportamiento omisivo por parte de los padres, sino que existe también cuando estos últimos, a través de su actuación, expongan al menor a un perjuicio grave e irreversible en su desarrollo físico y psicológico.

Tal y como reconoce una nutrida jurisprudencia, el abandono debe ser entendido en un sentido objetivo, al margen, por tanto, de cualesquiera elementos de voluntariedad o de culpabilidad de los padres, y dando trascendencia tan sólo a la vulneración de los derechos del hijo (21). Así, se ha reconocido la

(18) El concepto de «asistencia» previsto por el legislador no debe ser considerado en términos meramente cuantitativos sino, antes al contrario, cualitativos, en términos de adecuación a los fines educativos, entendidos como un correcto ejercicio de su rol como progenitores. Vid. Cass. 20-1-1998, n. 482, en *GI*, 1998, 2266.

(19) «*La situazione di abbandono sussiste, sempre che ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche quando i minori si trovino presso istituti di assistenza pubblici o privati o comunità di tipo familiare ovvero siano in affidamento familiare*».

(20) La particular importancia reconocida a los vínculos naturales exige un rigor particular a la hora de valorar la situación de abandono, como presupuesto para la declaración del *stato di adottabilità*, que no puede deducirse de una mera apreciación de falta de idoneidad de los progenitores del menor. Es necesaria una comprobación exhaustiva de que esta falta de idoneidad ha provocado daños graves e irreparables en el equilibrado crecimiento del menor. Vid. Cass. 28-6-2006, n. 15011, *cit.*; conf., Cass. 14-5-2005, n. 10126, *cit.*

(21) El comportamiento de los progenitores que implique un incumplimiento de los deberes prescritos en el artículo 147 del Código Civil y en el artículo 30 de la Constitución adquiere importancia, a los efectos de declarar el *stato di adottabilità*, sólo si influye

existencia de situaciones de abandono en los casos de conducta gravemente inmoral o desordenada de los progenitores, de maltrato al menor, de inducción a la mendicidad, de abusos sexuales, de malnutrición, de abandono de la higiene personal del menor o de toxicomanía de los padres. En cambio, se ha negado que exista situación de abandono en aquellos casos en los que los padres se encuentran afectados por anomalías de la personalidad, salvo cuando implican una incapacidad para la crianza y educación de la prole.

Por otra parte, constituye también situación de abandono el acogimiento prolongado del menor por parte de una pareja al que acompaña un desinterés sustancial por parte de los padres, o el ingreso del menor en un centro de asistencia cuando se prevea razonablemente que dicha situación de desinterés por parte de sus progenitores se va a prolongar.

Sin embargo, la ley impide la declaración de la situación de abandono cuando la falta de la necesaria asistencia material y moral se deba a la concurrencia de una causa de fuerza mayor de carácter transitorio (22), por entenderse que se trata de una causa contingente y normalmente reversible, impropia de la conducta habitual de los padres. No podrá, sin embargo, apreciarse causa de fuerza mayor, por disposición expresa del artículo 8.3 (23), cuando se hayan rechazado de manera injustificada las medidas de apoyo ofrecidas por los servicios sociales.

El Juez deberá tener en cuenta, además, a los efectos de excluir la situación de abandono, las manifestaciones de disponibilidad posteriores provenientes de los padres que hayan descuidado con anterioridad a sus hijos, pero aclarando que no basta con una declaración formal de intenciones si no va acompañada de un auténtico interés por reaccionar y cambiar de actitud.

3.3. REQUISITOS DE LOS ADOPTANTES

La Ley regula todos los requisitos, tanto de carácter formal como sustantivo, que deben concurrir en las personas que aspiren a adoptar a un menor (24). En concreto, el artículo 6.1 (25), a los efectos de garantizar la integración del

en el crecimiento del menor, determinando daños graves e irreversibles en su desarrollo psico-físico. Vid. Cass. 11-7-1998, n. 6422, en *MFI*, 1998; Cass. 20-1-1998, n. 482; Cass. 9-1-1998, n. 120, en *MFI*, 1998; Cass. 24-10-1995, n. 11054, en *MFI*, 1995.

(22) Vid. DOGLIOTTI, «La forza maggiore nell'adozione di minori», en *DFP*, 1992, pág. 1207.

(23) «Non sussiste causa di forza maggiore quando i soggetti di cui al comma 1 rifiutano le misure di sostegno offerte dai servizi sociali locali e tale rifiuto viene ritenuto ingiustificato dal giudice».

(24) Vid. FADIGA, *L'adozione dei minori*, Milano, 2003.

(25) «L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto».

menor en un núcleo familiar dotado de una cierta estabilidad, requiere que las personas que deseen convertirse en adoptantes se encuentren unidos en matrimonio (26) al menos tres años y que entre ellos no exista ni haya existido en esos tres últimos años situación de separación personal o de hecho.

El artículo 6.3 (27) establece que este requisito de la estabilidad de la relación puede también entenderse cumplido cuando los cónyuges hayan convivido antes del matrimonio durante un periodo de tres años, siempre que el Tribunal de Menores haya comprobado la continuidad y la estabilidad de dicha convivencia y haya considerado las demás circunstancias del caso concreto.

La Ley, partiendo del presupuesto de que la familia adoptiva debe constituirse a imagen de la familia biológica, en la que estén presentes la figura paterna y materna, no admite la posibilidad de la adopción por parte de una única persona, salvo en casos particulares [arts. 25.4 (28) y 44 (29)]. Esta posibilidad sí aparece, en cambio, admitida por el artículo 6 de la Convención de Estras-

(26) La pareja conviviente de hecho no tiene, en cambio, posibilidad alguna de adoptar, siendo firme la postura mantenida por la Corte constitucional al afirmar que la aspiración a adoptar no puede considerarse comprendida entre los derechos fundamentales de la persona, manteniendo la distinción entre la familia legítima fundada en el matrimonio y la familia de hecho, a la que no se reconoce el derecho a adoptar. Entiende que las consecuencias jurídicas sobre el *status* del adoptado no serían las mismas que en el caso de la familia legítima, pues el adoptado no podría devenir hijo legítimo sino solo natural de los adoptantes. Vid. Corte cost. 6-7-1994, n. 281, en *FD*, n. 51994, 485.

(27) *Il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto».*

(28) *«Se uno dei coniugi muore o diviene incapace durante l'affidamento preadottivo, l'adozione, nell'interesse del minore, può essere ugualmente disposta ad istanza dell'altro coniuge nei confronti di entrambi, con effetto, per il coniuge deceduto, dalla data della morte».*

(29) *«1. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7:*

a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre;

b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;

c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e sia orfano di padre e di madre;

d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

2. L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli legittimi.

3. Nei casi di cui alle lettere a), c), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi.

4. Nei casi di cui alle lettere a) e d) del comma 1 l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare».

burgo, ratificada por Italia, cuestionándose, al respecto, si sería admisible la inmediata aplicación de esta disposición en el Ordenamiento italiano.

La Corte constitucional ha afirmado la naturaleza no preceptiva de la norma en cuestión, que tiene como destinatarios principales a los legisladores de los Estados que hayan ratificado la Convención, a los cuales corresponde la facultad de decidir si permiten o no, en sus respectivos Ordenamientos internos, la adopción individual. La Corte ha considerado constitucionalmente legítima la futura y eventual introducción de la adopción individual en el Ordenamiento italiano, pero lo cierto es que el legislador de 2001 ha dejado intactas las disposiciones preexistentes en esta materia (30).

La edad es el segundo de los requisitos de carácter formal exigidos por la Ley. El artículo 6.2 (31) establece, en este sentido, que la edad de los adoptantes debe ser superior a la del adoptado al menos en dieciocho años (32), mientras que la diferencia máxima de edad no podrá sobrepasar los cuarenta y cinco años.

Esta disposición, en su redacción originaria, fue objeto de numerosas aclaraciones por parte de la Corte constitucional, que llegó a declararla ilegítima, poniendo distintas limitaciones al principio en ella expresado, por considerarlo excesivamente rígido. Durante la tramitación de la reforma legislativa fueron recogidos todos los principios expresados en los distintos pronunciamientos jurisprudenciales; en concreto, el artículo 6.4 (33) establece que los límites de edad establecidos podrán no ser tomados en consideración por el Tribunal de Menores cuando compruebe que de no ser adoptado el menor por esta circunstancia, se derivarían para él daños graves, no remediables por otros medios (34). El artículo 6.6 (35) afirma que la adopción no debe ser descartada cuando el límite máximo de edad haya sido superado sólo por uno de los adoptantes en diez años como máximo. Tampoco deberá impedirse cuando los adoptantes sean ya padres biológicos o adoptivos, siempre que uno

(30) Vid. Corte cost. 16-5-1994, n. 183, en *FD*, n. 3/1994, 245 y ss. Cass.18-3-2006, n. 6078, Cd-rom en *FD*.

(31) «*L'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando*».

(32) Vid. Cass. 8-2-2000, n. 1366, en *Guida al dir.*, n. 7/2000, 54.

(33) «*I limiti di cui al comma 3 possono essere derogati, qualora il tribunale per i minorenni accerti che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore*».

(34) Estos daños deberán ser objeto de indagación y valoración concretas, que no deberán desarrollarse en un plano abstracto y general sino, en aplicación del principio de tutela preferente del interés del menor, en el ámbito del caso específico. Vid. Cass. 16-2-2002, n. 2303, en *FD*, n. 4/2002, 361.

(35) «*Non è preclusa l'adozione quando il limite massimo di età degli adottanti sia superato da uno solo di essi in misura non superiore a dieci anni, ovvero quando essi siano genitori di figli naturali o adottivi dei quali almeno uno sia in età minore, ovvero quando l'adozione riguardi un fratello o una sorella del minore già dagli stessi adottato*».

de ellos no haya superado la edad legalmente establecida, o cuando se trate de adoptar a un hermano del menor que ya haya sido adoptado por aquellos. No parece, por ello, que el legislador de la reforma haya seguido las orientaciones marcadas por la Corte constitucional, que había insistido reiteradamente en el criterio de la *imitatio naturae*, aconsejando la derogación de los límites fijados por la Ley sólo en aquellos casos en los que la diferencia de edad entre adoptado y adoptantes pudiera reconducirse a la que biológicamente puede mediar entre padres e hijos.

Por último, se requiere que los cónyuges sean idóneos tanto para entablar una relación de afectividad como para asumir sus funciones de educar, instruir y mantener al menor que pretenden adoptar (36). La Corte constitucional, por su parte, ha matizado que la comprobación del Juez debe referirse a todo el núcleo familiar. Con respecto a este requisito se debe poner de manifiesto que la idoneidad educativa de los adoptantes, significativamente sobrealorada en relación con la capacidad económica, deberá ser apreciada tanto en sus aspectos generales como con específica referencia al adoptando en cuestión, pues probablemente éste, teniendo en cuenta su previa situación de abandono, va a plantear exigencias de especial naturaleza.

En cuanto a la idoneidad económica, no constituirá un obstáculo para la adopción, siempre que la situación de la familia permita asegurar al menor un mantenimiento digno por disponer de ingresos regulares que no la hagan depender completamente de la asistencia pública o privada.

3.4. PROCEDIMIENTO Y EFECTOS

Para que la adopción (*adozione legittimante*) pueda ser declarada, es necesaria la conclusión de un complejo procedimiento que se desarrolla a través de tres fases: la declaración del *stato di adottabilità*, el acogimiento preadoptivo y la constitución de la adopción (*il provvedimento di adozione*) (37).

Para ello prevé la Ley 149/2001 que se siga el *giudizio de cognizione piena*, permitiendo la participación de los interesados desde el principio del procedimiento, antes de que se haya procedido a la declaración del *stato di adottabilità* [art. 10.1 (38)], con pleno respeto al principio contradicto-

(36) La idoneidad de los cónyuges en orden a la adopción será valorada por el Tribunal de Menores, mediante las comprobaciones desarrolladas por los servicios sociales, en relación con sus condiciones ambientales y de vida, su actividad profesional y condiciones económicas, las motivaciones de la petición de adopción, la capacidad de dar afecto al menor y de estar atento para satisfacer sus exigencias evolutivas. Vid. Corte cost. 14-6-2001, n.192, en *Guida al dir.*, n. 25/2001, 34.

(37) Vid. DOGLIOTTI y FIGONE, *Famiglia e procedimento*, Milano, 2001.

(38) «*Il presidente del tribunale per i minorenni o un giudice da lui delegato, ricevuto il ricorso di cui all'articolo 9, comma 2, provvede all'immediata apertura di un*

rio (39). El nuevo artículo 8.4 establece que el procedimiento de adopción debe desarrollarse desde el principio con la asistencia legal del menor y de sus progenitores u otros parientes que hayan tenido una relación significativa con él. Aparece así vinculada esta disposición a cuanto viene establecido por la Convención de Estrasburgo de 1996, ratificada por Italia a través de la Ley de 20 de marzo de 2003, n. 77, que admite la posibilidad de nombrar un abogado en todos los procedimientos familiares en los que esté en juego el interés del menor.

En este procedimiento cobra particular relevancia la voluntad del adoptando (40). Antes de acordar cualquier medida, es obligado escuchar al menor que haya cumplido doce años (41); aquél que todavía no haya alcanzado esta edad podrá ser escuchado en atención a su grado de discernimiento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, así como por los principios reconocidos por la citada Convención de Estrasburgo. Se entiende aquí que las medidas a adoptar en interés del menor no pueden ser establecidas *a priori*, sobre la base de criterios genéricos de adecuación, sino que se dirigen a atender exigencias específicas del caso concreto que no pueden surgir sino de un coloquio directo con el menor interesado (42).

El *stato di adottabilità* viene declarado por el Tribunal de Menores del lugar donde se encuentre el menor, una vez comprobada la situación de abandono.

En este sentido dispone el artículo 9.1 (43) que cualquier persona tiene la facultad de poner en conocimiento de la autoridad pública la concurrencia de una situación de abandono en un menor; sin embargo, para los funcionarios públicos esta actuación constituye un deber. Se encuentran igualmente obligados a facilitar esta información los centros públicos y privados y las comunidades de tipo familiar, que semestralmente deberán dar traslado al *Procuratore della Repubblica* de aquellos menores que se encuentran ingresados en

procedimento relativo allo stato di abbandono del minore. Dispone immediatamente, all'occorrenza, tramite i servizi sociali locali o gli organi di pubblica sicurezza, più approfonditi accertamenti sulle condizioni giuridiche e di fatto del minore, sull'ambiente in cui ha vissuto e vive ai fini di verificare se sussiste lo stato di abbandono».

(39) Vid. Cass. 7-4-1993, n. 4151, en *DFP*, 1993, 1042.

(40) Vid. MUSSACHIO, *Codice dei minori*, Piacenza, 2006.

(41) Vid. TOMMASEO, *Riflessioni sul proceso civile minorile*, Milano, 2004.

(42) Vid. Cass. 23-7-1997, n. 6899, en *FD*, n. 61997, 523; Cass. 21-3-2003, n. 4124, en *FD*, n. 12004, 25; Cass. 26-7-200..., n. 9802, en *FD*, 2001, 155; Cass. 23-7-1997, n. 6899, en *GC*, 1998, I, 2295, con nota de MANERA.

(43) «*Chiunque ha facoltà di segnalare all'autorità pubblica situazioni di abbandono di minori di età. I pubblici ufficiali, gli incaricati di un pubblico servizio, gli esercenti un servizio di pubblica necessità debbono riferire al più presto al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova sulle condizioni di ogni minore in situazione di abbandono di cui vengano a conoscenza in ragione del proprio ufficio».*

tales instituciones; este último, a su vez, efectuará cada seis meses una inspección en las instituciones de asistencia, sin perjuicio de la posibilidad de realizar en cualquier momento una inspección extraordinaria. También queda obligado a brindar esta información quien, no siendo pariente dentro del cuarto grado, tenga en su compañía, de manera estable y por periodo superior a seis meses, a un menor; la misma obligación se impone al progenitor: el incumplimiento de esta obligación puede implicar, en el primer caso, la pérdida de la idoneidad para obtener el acogimiento familiar o preadoptivo, mientras en el segundo puede conllevar la extinción de la patria potestad de hijo y la apertura del procedimiento de adopción.

Recabada la información necesaria, el *Procuratore della Repubblica* solicita del Tribunal de Menores que declare la adoptabilidad de aquellos menores que estando en centros de asistencia, comunidades de tipo familiar o familias que los tengan bajo su custodia, resulten en situación de abandono, especificando los motivos.

Recibida la solicitud del *Procuratore della Repubblica*, el Presidente del Tribunal de Menores, o el Juez en quien haya delegado, procederá, en los términos del artículo 10, a la inmediata incoación del procedimiento: del inicio del procedimiento son informados los padres o, a falta de éstos, los parientes dentro del cuarto grado que tengan una relación significativa con el menor, a quienes se les solicitara que nombren un abogado, sin perjuicio de que pueda procederse a su designación de oficio.

Con la colaboración de los servicios sociales, el Tribunal efectuará las comprobaciones e indagaciones pertinentes sobre la condición del menor, a fin de verificar que efectivamente existe una situación de abandono del mismo (44). Para evitar que tales comprobaciones puedan implicar ulteriores perjuicios para el menor, la Ley permite al Tribunal adoptar, en cualquier momento y hasta el acogimiento preadoptivo, todas las medidas provisionales que considere oportunas para el interés del menor, incluso su ubicación temporal en una familia o comunidad de tipo familiar (*affidamento provvisorio*), la suspensión de la patria potestad de los padres, la suspensión del ejercicio de las funciones del tutor y el nombramiento de un tutor provisional.

Si el menor tiene padres o parientes dentro del cuarto grado que mantengan una relación significativa con él, éstos serán convocados por el Tribunal para

(44) Según la normativa vigente, en el procedimiento para la declaración del *stato di adottabilità* del menor, los informes de los asistentes sociales y de los psicólogos constituyen, en el marco de la documentación informativa, de las comprobaciones y de las indagaciones a realizar, indicios sobre los cuales el Juez podrá fundar su decisión y cuya valoración no comporta violación del derecho de defensa de los padres, toda vez que éstos últimos, en el juicio de oposición a la declaración de adoptabilidad, tienen derecho a tener conocimiento de tales informes, aunque no podrán contradecirlos mediante prueba en contrario. Vid. Cass. 26-6-1990, n. 6494, en *MFI*, 1990. Cass. 3-6-2004, n. 17110, en *Guida al dir.*, 2004, n. 37, 52.

ser escuchados (45) y para verificar su disponibilidad para hacerse cargo del cuidado del menor. El Tribunal procederá a declarar el *stato di adottabilità* si los padres o parientes, convocados en la debida forma, no se presentasen sin motivo justificado o cuando su intervención ponga de manifiesto la persistencia de la falta de asistencia material y moral y su voluntad de mantenerla.

En cambio, cuando de las indagaciones realizadas resulte que los padres han fallecido o que no existen los antedichos parientes, el Tribunal declarará el *stato di adottabilità*, salvo que se haya instado la adopción prevista en el artículo 44. En tal caso, el Tribunal de Menores decidirá atendiendo al exclusivo interés del menor (art. 11.1) (46). Igualmente se procederá a la inmediata declaración del *stato di adottabilità* cuando los progenitores sean desconocidos, salvo que sea solicitada su suspensión por parte de quien, afirmando ser el progenitor biológico, solicite un plazo, cuya duración máxima es de dos meses, para proceder al reconocimiento del hijo. En el caso de que el progenitor biológico sea menor de dieciséis años y no pueda efectuar el reconocimiento, en aplicación del artículo 250.2 del Código Civil, el procedimiento se suspenderá y se pospondrá hasta que transcurran los dos meses siguientes al cumplimiento de dicha edad por su parte. En ambos casos, y durante los mencionados plazos, se garantizará al menor la adecuada asistencia, procediéndose, si fuera necesario, al nombramiento de un tutor provisional. Transcurridos los plazos antedichos, si se otorga el reconocimiento, el procedimiento concluye; en caso contrario, se declarará por sentencia el *stato di adottabilità*.

Durante el *stato di adottabilità* se suspende la patria potestad de los padres; el Tribunal nombrará un tutor para el menor, si no se hubiese hecho ya (art. 19).

Una vez declarado, el *stato di adottabilità* cesa por la adopción del menor o por haber alcanzado éste la mayoría de edad. También puede cesar por revocación, siempre que no haya dado ya comienzo el acogimiento preadoptivo. La revocación será pronunciada por el Tribunal de Menores en interés del menor, siempre que, habiéndose dictado la sentencia declaratoria del *stato di adottabilità*, haya desaparecido la situación de abandono.

A la declaración del *stato di adottabilità* le sigue el acogimiento preadoptivo del menor por un matrimonio que así lo haya solicitado ante el Tribunal de Menores (art. 22). Esta solicitud, que puede ser presentada ante otros Tri-

(45) Ambos progenitores deberán ser escuchados como mecanismos para hacer efectivo el principio contradictorio, entendido como derecho a participar en el desarrollo del procedimiento, y en particular en aquella actividad de instrucción constituida por la audiencia por parte del Juez. Vid. Corte cost. 30-1-2002, n. 1, en *FD*, n. 3/2002, 229.

(46) «Quando dalle indagini previste nell'articolo precedente risultano deceduti i genitori del minore e non risultano esistenti parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore, il tribunale per i minorenni provvede a dichiarare lo stato di adottabilità, salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'articolo 44. In tal caso il tribunale per i minorenni decide nell'esclusivo interesse del minore».

bunales de Menores, decae a los tres años de ser presentada, sin perjuicio de que puede presentarse de nuevo. El Tribunal de Menores, comprobada la concurrencia de los requisitos contemplados en el artículo 6, efectuará las indagaciones oportunas, dando preferencia en la tramitación a las solicitudes de adopción de menores que ya hayan cumplido los cinco años o que tengan alguna minusvalía. Sobre la base de las indagaciones practicadas, el Tribunal procederá a una valoración comparativa de las parejas que aspiran a la adopción y seleccionará a aquélla que en mayor medida dé respuesta a las exigencias del menor.

Durante el periodo de acogimiento, el Tribunal, apoyándose en el Juez y en los servicios sociales y demás órganos consultivos, desarrollará una actividad de vigilancia a fin de verificar su buen desarrollo. Si fuese percibida alguna anomalía o dificultad, procederá a convocar separadamente a los acogedores y al menor, para que valoren las causas que dan lugar a aquélla, disponiendo la necesaria intervención de apoyo psicológico y social y, en su caso, determinando la revocación del acogimiento.

Transcurrido un año del acogimiento preadoptivo (47), el Tribunal de Menores, previa comprobación de la subsistencia de todos los requisitos exigidos, y después de haber escuchado a los cónyuges acogedores y a sus hijos legítimos o legitimados si fuesen mayores de catorce años, al menor que haya cumplido doce años y a quienes, siendo de menor edad, tengan suficiente grado de discernimiento, al tutor y a aquéllos que hayan desarrollado la actividad de vigilancia, se pronunciará sobre la adopción en sentencia. El menor que haya cumplido catorce años debe manifestar expresamente su consentimiento para ser adoptado por la pareja elegida (art. 25).

Si durante el acogimiento preadoptivo, uno de los cónyuges muere o deviene incapaz, el otro podrá solicitar que la adopción sea declarada a favor de ambos: en tal caso, la adopción, para el cónyuge premuerto, produce efecto desde la fecha de la muerte, y no desde el momento en que la sentencia devenga firme. Si durante el acogimiento preadoptivo los cónyuges se separan, la adopción podrá ser declarada, en atención exclusiva al interés del menor, a favor de ambos cónyuges o de uno solo de ellos.

La sentencia definitiva será objeto de inscripción mediante nota marginal en el mismo folio de nacimiento del adoptado: a partir de dicho pronunciamiento, el adoptado deviene hijo legítimo de los adoptantes, asumiendo y transmitiendo su apellido; desaparecen, por el contrario, todas las relaciones y vínculos con la familia de origen, a excepción de los impedimentos matrimoniales (art. 27).

(47) La jurisprudencia ha admitido que el acogimiento provisional (*affidamento provvisorio*) de un menor puede ser declarado válido como acogimiento preadoptivo, a los efectos del transcurso de un año de duración de dicho acogimiento preadoptivo de cara a la adopción. Vid. Trib. Min. L'Aquila, 3-2-1997, en *GM*, 1997, 702; Trib. Min. L'Aquila, 6-3-2002.

La adopción no es susceptible de ser revocada: la nueva familia así creada, establece el legislador, está destinada a perdurar toda la vida aunque surjan diferencias e incomprensiones, como, por otra parte, ocurre también en las familias fundadas en los vínculos de sangre.

3.5. LA ADOPCIÓN EN CASOS PARTICULARES: SUPUESTOS ESPECIALES

La particularidad de esta figura reside, sobre todo, en sus efectos, más limitados, pues no conlleva ni la interrupción de las relaciones entre el adoptado y su familia de origen, respecto de la cual sigue conservando sus derechos y deberes, ni el establecimiento de vínculos de parentesco con los parientes de los adoptantes (art. 300 CC) (48).

La adopción de menores en casos particulares se diferencia de la *adozione legittimante*, además de por el hecho de tener un ámbito de aplicación subjetivo más restringido, por la exigencia de requisitos menos rígidos para los adoptantes y por la mayor simplicidad del procedimiento a seguir (49).

Por otra parte, tampoco es necesaria la existencia de la situación de abandono con respecto al menor de que cuya adopción se trate.

Siguiendo la dicción del artículo 44, la adopción en casos particulares puede ser concedida a personas casadas o a personas solteras unidas al menor por vínculos de parentesco dentro del sexto grado o con quienes haya existido anteriormente una relación estable y duradera, siempre y cuando el menor sea huérfano (50); a uno de los cónyuges, siempre que el menor sea hijo (incluso adoptivo) del otro cónyuge (51); a personas casadas o, incluso, a personas solteras, cuando se trate de menores huérfanos afectados por una discapacidad (supuesto incorporado por la Ley 149/2001); a personas casadas o, incluso, a personas solteras, en la hipótesis de que se haya constatado la imposibilidad del acogimiento preadoptivo (52). Si el adoptante está casado y no separado, la adopción sólo podrá ser declarada a solicitud de ambos cónyu-

(48) «L'adottato conserva tutti i diritti e i doveri verso la sua famiglia di origine, salve le eccezioni stabilite dalla legge.

L'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, né tra l'adottato e i parenti dell'adottante, salve le eccezioni stabilite dalla legge».

(49) Vid. COLLURA, *L'adozione in casi particolari*, Milano, 2002. TOMMASEO, «Profili processuali dell'adozione in casi particolari», en *FD*, 1999, n. 6. DOGLIOTTI-FIGONE-MAZZA GALANTI, *Codice dei minori*, Torino, 1999; MUSSACHIO, *op. cit.*, 2006.

(50) Vid. Cass. 1-8-1996, n. 6956, en *DFP*, 1997, 555.

(51) La situación a la que se refiere el artículo 44 presupone que el menor esté bajo la custodia del progenitor cuyo cónyuge solicita la adopción, y que una feliz convivencia y una válida relación afectiva del menor con el progenitor custodio y con el cónyuge de éste justifican, en su interés, la adopción. Vid. Trib. Min. Torino, 3-12-1994, en *DFP*, 1996, 992.

(52) Vid. SACCHETTI, «L'adozione semplice del minore», en *FD*, 2003, n. 6.

ges. La adopción deberá ser consentida en presencia de los hijos legítimos. Además, en el primer y en el último de los supuestos antedichos, entre el adoptante y el adoptado debe mediar una diferencia de edad de, al menos, dieciocho años.

En última instancia, aparece prohibida la adopción del propio hijo natural (art. 293 CC) (53).

3.6. EL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SUS ORÍGENES

Tras la reforma introducida en el artículo 28 por la Ley 149/2001, pone este precepto de relieve que el menor adoptado debe ser informado de su condición de tal por sus padres adoptivos, en los términos y modo que éstos consideren más oportuno. Se trata de una norma sumamente respetuosa con la veracidad de las relaciones familiares, que podrían verse seriamente afectadas con el mantenimiento de secretos y situaciones engañosas (54).

Se mantiene, no obstante, intacta la obligación de dejar constancia del estado civil, en el momento de practicar la inscripción de la adopción, con exclusiva referencia al nuevo apellido, omitiendo, por tanto, toda referencia a los progenitores biológicos; subsiste igualmente la prohibición que pesaba sobre el encargado del Registro Civil de dar noticia o de expedir certificados de los que pueda deducirse la filiación adoptiva, salvo autorización expresa de la autoridad judicial, que sólo procederá en los casos en que la solicitud provenga del encargado del Registro Civil para verificar la ausencia de impedimentos matrimoniales. La inobservancia de esta prohibición está penalmente sancionada (art. 73).

Se incorporan, por el contrario, nuevas disposiciones normativas dirigidas a reconocer al adoptado la posibilidad de obtener información acerca de su propia familia de origen, posibilidad que, en la normativa anterior, le era generalmente, denegada, incluso después de haber alcanzado la mayoría de edad. Se exceptuaba el caso en que la solicitud para conocer la identidad de los progenitores biológicos estuviese justificada por la necesidad de proteger la salud del adoptado.

La nueva normativa, que responde a la necesidad natural del adoptado de conocer su historia y sus orígenes, impone, ante todo, a los adoptantes la obligación de informar al menor de su condición de hijo adoptivo, obligación que podrán cumplir como estimen más conveniente.

Se admite, además, durante la menor edad del mismo, la posibilidad de que los padres adoptivos, en cuanto titulares de la patria potestad, obtengan

(53) *«I figli nati fuori del matrimonio non possono essere adottati dai loro genitori».*

(54) Vid. LENTI, «Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie radici», en *MG*, 2003, 3.

información sobre la identidad de los progenitores biológicos, previa autorización del Tribunal de Menores, por existir motivos graves y justificados para ello. El Tribunal está obligado a comprobar que la información vaya precedida de la adecuada preparación y asistencia para el menor. Se admite también, ante el silencio de la norma, que la información sea proporcionada por el responsable de la institución hospitalaria, siempre que existiese urgente necesidad, con grave peligro para la salud del menor.

El artículo 28.6 (55) establece que el adoptado, alcanzada la edad de veinticinco años, puede acceder a la información relativa a su origen y a la identidad de sus progenitores biológicos. Incluso podrá hacerlo, simplemente alcanzada la mayoría de edad, si existen motivos graves y justificados relativos a su estabilidad psicofísica (56). La solicitud deberá ser presentada ante el Tribunal de Menores del lugar de su residencia.

Surge la duda de si la autorización del Tribunal de Menores es necesaria sólo para el menor de veinticinco años, existiendo, una vez alcanzada esta edad, la posibilidad de dirigirse directamente al encargado del Registro Civil, o si la autorización del Tribunal de Menores es preceptiva también para el que ya haya cumplido veinticinco años, pero sin el ulterior requisito de motivos graves y justificados en relación con su salud psicofísica.

Los primeros pronunciamientos sobre esta materia han optado por esta segunda interpretación, poniendo de manifiesto que la referencia a la solicitud que debe presentarse ante el Tribunal de Menores comprende las dos hipótesis, conclusión que ha sido confirmada tras el análisis de los debates parlamentarios, que evidencian que la redacción de la norma corresponde a la intención de considerar necesaria en todo caso la autorización del Juez de Menores.

El Tribunal deberá escuchar a aquellas personas cuya audiencia considere oportuna y obtener la información de carácter social y psicológico que necesite a los efectos de valorar si el acceso a la información solicitada es gravemente perjudicial para el equilibrio psico-físico del solicitante (57).

El artículo 28.7, en su redacción originaria, concretaba algunos casos en los que el acceso a la información no estaba permitido; así, cuando uno de los

(55) «*Il tribunale per i minorenni procede all'audizione delle persone di cui ritenga opportuno l'ascolto; assume tutte le informazioni di carattere sociale e psicologico, al fine di valutare che l'accesso alle notizie di cui al comma 5 non comporti grave turbamento all'equilibrio psico-fisico del richiedente. Definita l'istruttoria, il tribunale per i minorenni autorizza con decreto l'accesso alle notizie richieste*».

(56) En relación a los motivos vinculados a su salud psico-física que permitan al adoptado menor de veinticinco años conocer sus propios orígenes, si ha afirmado que éste, pese a haber alcanzado la mayoría de edad, puede tener un desarrollo psicológico parcial, de modo que el riesgo de daños psicológicos, una vez obtenida la información, puede ser muy alto. Vid. Trib. Min. Torino, 28-10-2004, www.procuraminori.torino.giustizia.it

(57) Sostiene *SESTA, op. cit.*, 2007, pág. 311, que esta norma pone de manifiesto el carácter claramente paternalista del legislador, tratándose de personas ampliamente mayores de edad y con plena capacidad de obrar.

progenitores hubiese declarado su voluntad de no ser identificado o hubiese prestado su consentimiento a la adopción bajo condición de permanecer en el anonimato, supuesto este último que sólo podía verificarse en el caso de la adopción internacional. Tras la nueva regulación en materia de protección de datos personales (58), dispone el artículo 28.7 (59) que el acceso a la información no será permitido respecto de la madre que haya declarado en el momento del nacimiento que no quiere ser identificada [art. 30.1 d. p. m. (60), de 3 de noviembre de 2000, n. 396].

Por último, dispone el artículo 28.8 (61) que, sin perjuicio de lo previsto en los apartados anteriores, la autorización no será necesaria para el adoptado mayor de edad cuyos padres adoptivos hayan fallecido o estén ilocalizables. Sin embargo, la jurisprudencia pone de relieve la existencia de un error en el inciso inicial, fruto de un *lapsus* del legislador; así resulta del estudio de los debates parlamentarios, que evidencian que la alusión a los apartados anteriores se refiere tan solo al apartado inmediatamente anterior (62). Por todo ello se ha considerado que, en esta cuestión en concreto, el encargado del Registro civil al que el adoptado se dirija directamente, deberá recabar la documentación oportuna a los efectos de comprobar que no subsisten los impedimentos antes indicados, pudiendo sólo en ese caso permitir el acceso a la información requerida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. DOCTRINA ITALIANA

APICELLA, D.: *Le adozioni nella nuova disciplina: Legge 28 marzo 2001, n. 149*, Giuffrè, Milano, 2001.

AUTORINO, G. y ZAMBRANO, V.: *Affidamenti familiari*, Giuffrè, Milano, 2002.

BESSONE-FERRANDO: «Adozione», en *NDI*, Torino, 1980.

BIAGI GUERINI: *Famiglia e costituzione*, Milano.

BIANCA: *La famiglia*, Milano, 2005.

BOCCHINI, F.: *Codice della famiglia e dei minori: civile, penale, tributario: anagrafe e stato civile, assistenza e servizi sociali, decentramento e non profit, giustizia minorile, ordinamento penitenziario, matrimonio, separazione e divorzio, adozione, affidamento, convenzioni internazionali*, Giuffrè, Milano, 2001.

(58) Vid. artículo 177.2, del Dig. de 30 de junio de 2003, Codice in materia di protezione dei dati personali.

(59) «L'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396».

(60) Decreto del Presidente de la República.

(61) «Fatto salvo quanto previsto dai commi precedenti, l'autorizzazione non è richiesta per l'adottato maggiore di età quando i genitori adottivi sono deceduti o divenuti irrimediabilmente».

(62) Vid. Corte cost. 25-11-2005, n. 425, en *FD*, n. 2/2006, pág. 129.

- BONAVOLONTA, L. M.: *Formulario della nuova adozione nazionale e internazionale: affidamento preadottivo, dichiarazione di adottabilità, adozione ordinaria, adozione speciale e adozione in casi particolari*, Giuffrè, Milano, 2001.
- CAMPANATO: *La tutela giuridica del minore*, Padova, 2005.
- CARINGELLA, F.: *Il riparto di giurisdizione*, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 2008.
- CERRAI, C.: *Affidamento e adozione dei minori*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2007.
- COLLURA: *L'adozione in casi particolari*, Milano, 2002.
- DELL'ANTONIO: *La partecipazione del minore alla sua tutela*, Milano, 2001.
- DOGLIOTTI: *Affidamento e adozione*, Milano, 1999; «La forza maggiore nell'adozione di minori», en *DFP*, 1992.
- DOGLIOTTI y FIGONE: *Famiglia e procedimento*, Milano, 2001.
- DOGLIOTTI-FIGONE-MAZZA GALANTI: *Codice dei minori*, Torino, 1999.
- FADIGA: *L'adozione dei minori*, Milano, 2003.
- FINOCCHIARO, M.: *Adozione e affidamento dei minori: commento alla nuova disciplina (L. 28 marzo 2001, n. 149 e D. L. 24 aprile 2001, n. 150)*, Milano, Giuffrè, 2001.
- GIANNINO, P.: *Servizi di assistenza ai minori: la mediazione, l'affidamento, l'adozione e la nuova adozione internazionale, i minori abusati, la messa alla prova, la riforma dei servizi sociali, le figure professionali*, CEDAM, Padova, 2000.
- ICHIDO PELLIZZI: *L'affido familiare*, Milano, 2002.
- ISTITUTO DEGLI INNOCENTI: *L'affidamento eterofamiliare temporaneo*, Torino, 2001.
- LENTI: «Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie radici», en *MG*, 2003.
- MANERA: «L'instituto dell'affido familiare», en *GM*, 2005.
- MILANESE: *L'affidamento eterofamiliare temporaneo*, Torino, 2005.
- MORO: *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2002.
- MUSSACHIO: *Codice dei minori*, Piacenza, 2006.
- PARADISO: *La comunità familiare*, Milano, 1984.
- RUSCELLO, F.: *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia (Legge 28-3-2001, n. 149 riforma dell'adozione e dell'affidamento dei minori)*, CEDAM, Padova, 2005.
- SACCHETTI: «L'adozione semplice del minore», en *FD*, 2003.
- SERGIO: *La Giustizia minorile*, Milano, 2006.
- SESTA, M.: *Manuale di Diritto di famiglia*, CEDAM, Padova, 2007.
- TOMMASEO: «Profili processuali dell'adozione in casi particolari», en *FD*, 1999; *Riflessioni sul proceso civile minorile*, Milano, 2004.
- VERCELLONE: *L'affidamento*, Milano, 2002.

RESUMEN

ABSTRACT

ADOPCIÓN
ACOGIMIENTO
ITALIA

FOSTERING
ADOPTION
ITALY

El Derecho italiano reconoce al menor el derecho a crecer y a ser educado en el seno de una familia. Para garantizar la efectiva satisfacción de este dere-

Italian law acknowledges that children have the right to grow up and be educated in a family. To guarantee that this right is effectively satisfied, as requi-

cho, tal y como exige el artículo 31 de la Constitución, y con la finalidad de prevenir las situaciones de abandono, tanto el Estado como otras entidades regionales y locales han establecido un conjunto de medidas de apoyo y ayuda. Así lo pone de manifiesto la Ley de 2 de mayo de 1983, n. 184, en su redacción dada por la Ley de 28 de marzo de 2001, n. 149.

Así, para hacer frente a aquellos casos en los que la familia natural no se encuentre preparada para atender al crecimiento y educación del menor, el Ordenamiento jurídico italiano establece dos instituciones distintas: el acogimiento (affidamento) y la adopción (adozione). El acogimiento tiene la finalidad de proporcionar al menor el ambiente familiar idóneo del que se encuentra temporalmente privado, mientras que a través de la adopción se crea una plena relación paterno-filial entre personas que no están unidas por vínculos de sangre.

La institución de la adopción ha sido objeto de importantes reformas en las últimas décadas, reformas que han terminado por cambiar su función originaria. En un primer momento, la adopción se dirigía a proporcionar a las personas que no habían tenido descendencia la posibilidad de transmitir tanto su apellido como su patrimonio. Esta función, aunque no ha desaparecido absolutamente, ha ido perdiendo importancia progresivamente. Hoy en día la adopción tiene como finalidad primordial la inserción del menor privado de una familia en el seno de una nueva familia, preparada para atender a sus exigencias vitales y en la que podrá encontrar el ambiente idóneo para su crecimiento. La adopción se presenta, por tanto, como un mecanismo esencialmente dirigido a proteger el interés del adoptado a tener una familia idónea y, sólo indirectamente, desempeña la función de satisfacer el interés de los adoptantes por tener un hijo.

red by article 31 of the Constitution, and to prevent situations of abandonment, the national government as well as other regional and local authorities have established a set of support and aid measures. This is stated in Act 184 of 2 May 1983, as worded by Act 149 of 28 March 2001.

To handle cases where the natural family is not prepared to see to the raising and education of a child, Italian law establishes two different institutions, fostering (affidamento) and adoption (adozione). Fostering is to provide the child with the good family atmosphere of which the child has been temporarily deprived, while adoption creates a fully fledged parent-child relationship between persons who have no blood ties between them.

The institution of adoption has undergone major reforms in recent decades, reforms that have ended up changing its original function. In the beginning, adoption was meant to provide the childless with a means of passing on both their name and their estate. Though this function has not utterly vanished, it has gradually waned in importance. Nowadays the primordial purpose of adoption is to place a child who has been deprived of a family in a new family, one that is ready to see to the child's needs and provide a good environment in which the child can grow. Adoption is presented, therefore, as a mechanism essentially aimed at protecting the adopted child's interest in having a good family, and only indirectly does it discharge the function of satisfying the adoptive parents' interest in having a child.

(Trabajo recibido el 22-1-09 y aceptado para su publicación el 30-6-2010)

Algunas notas sobre la información espacial en Italia y en España a la luz de la Directiva INSPIRE (*)

por

ELENA SÁNCHEZ JORDÁN
Universidad de La Laguna

y

CESARE MAIOLI
Universidad de Bolonia

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA SITUACIÓN ITALIANA.
- III. EL CASO ESPAÑOL.
- IV. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS.
- V. CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE ACCESO.
- VI. EL PAPEL DE INSPIRE.
- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El sexto programa de acción comunitario en materia de medio ambiente señala que disponer de una buena información es una de las claves para mejorar las políticas medioambientales en la década 2002-2012. La informa-

(*) Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «El Registro de la Propiedad como instrumento vertebrador de la información territorial; datos espaciales, metadatos y Directiva INSPIRE» (DER2008-02962/JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

ción geográfica juega un papel fundamental en este ámbito gracias al enorme potencial que posee a la hora de presentar la información, tanto a las administraciones como a los ciudadanos y a las restantes partes interesadas, de una forma fácilmente comprensible. Una de las vías que de seguro facilitará el acceso a la información medioambiental es la Directiva 2007/2/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007, que establece una infraestructura para la información espacial en la Comunidad Europea (conocida como INSPIRE: INfrastructure for SPatial InfoRmation in the European Community). Su puesta en marcha va a suponer un empuje fundamental a algunos de los objetivos básicos establecidos en el recién mencionado sexto programa, de entre los que destacan los siguientes:

- Garantizar la implementación de la legislación medioambiental existente.
- Integrar las preocupaciones medioambientales en todas las políticas relevantes.
- Asegurar a los ciudadanos una información medioambiental mejor y más accesible.
- Desarrollar una actitud medioambientalmente más consciente en relación con el uso del suelo (1).

Si bien los propósitos de INSPIRE van más allá de la protección al medio ambiente, el apoyo a las políticas medioambientales es uno de sus principales objetivos, como resulta tanto del Considerando 1 de su preámbulo (2), como de lo dispuesto en su artículo 1.1 (3). En cualquier caso, ha de apuntarse que el interés de la UE en materia de protección medioambiental no es, ni mucho menos, reciente. La Directiva 90/313/EEC del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, inició un proceso de cambio en relación con la forma en que las autoridades públicas deberían abordar algunas de las cuestiones claves en materia de gobernanza, como son la apertura y la transparencia, estableciendo medi-

(1) <http://ec.europa.eu/environment/newprg/index.htm>

(2) En el que se dispone lo siguiente: «La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente debe tener como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Además, la información, incluida la espacial, es necesaria para la definición y realización de dicha política y de otras políticas comunitarias en las que deben integrarse las exigencias de protección del medio ambiente, de conformidad con el artículo 6 del Tratado. Con el fin de procurar esta integración, es necesario establecer un cierto grado de coordinación entre los usuarios y proveedores de la información, de manera que puedan combinarse información y conocimientos procedentes de diferentes sectores».

(3) Según este precepto: «El objetivo de la presente Directiva es fijar normas generales con vistas al establecimiento de una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (Inspire), orientada a la aplicación de las políticas comunitarias de medio ambiente y de políticas o actuaciones que puedan incidir en el medio ambiente».

das relativas al ejercicio del derecho de acceso del público a la información medioambiental que debían ser desarrolladas y continuadas de cara al futuro. El 25 de junio de 1998, la UE firmó el Convenio sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (conocido como Convenio de Aarhus), cuya aplicación en el ámbito comunitario trata de ordenarse con el Reglamento (CE) número 1367/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Unos pocos años antes de la adopción del Reglamento recién citado se dictó la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990. De acuerdo con su artículo 1, los objetivos que trata de alcanzar son los siguientes:

- a) garantizar el derecho de acceso a la información medioambiental que obre en poder de las autoridades públicas o de otras entidades en su nombre, y establecer las normas y condiciones básicas, así como modalidades prácticas, del ejercicio del mismo;
- b) garantizar que, de oficio, la información medioambiental se difunda y se ponga a disposición del público paulatinamente con objeto de lograr una difusión y puesta a disposición del público lo más amplia y sistemática posible de dicha información. Para este fin, deberá fomentarse, en particular, el uso de la tecnología de telecomunicación y electrónica, siempre que pueda disponerse de la misma (4).

Puede afirmarse, por lo tanto, que ya algunos años antes de la aprobación de INSPIRE, la UE disponía una norma —la Directiva 2003/4/EC— mediante la cual requería a los Estados miembros para que adaptaran sus leyes, procedimientos y sistemas de información internos para lograr la protección del derecho de acceso a la información medioambiental y para garantizar su disponibilidad de una manera sistemática. Los objetivos de dicha norma se han visto reforzados, sin lugar a dudas, con la adopción del Reglamento 1367/2006.

Es posible entender que INSPIRE representa un paso más —desde luego, fundamental— en el camino que tiende a simplificar el acceso a los datos de carácter territorial o espacial —en la denominación empleada por esta Direc-

(4) El Reglamento 1367/2006 copia de forma casi literal estos dos objetivos de la Directiva 2003/4/EC, pero en lugar de concebirlas como tales objetivos los considera medios para facilitar la aplicación de las disposiciones del Convenio de Aarhus a las instituciones y organismos comunitarios.

tiva (5)—, datos que son, sin lugar a dudas, parte fundamental de la información medioambiental (6). Entre sus propósitos se encuentran los siguientes: mejorar la calidad de la información geográfica elaborada por diversos agentes, asegurar su interoperabilidad y hacerla más comprensible y accesible.

En este trabajo pretendemos ofrecer una somera visión relativa a la organización y el acceso a la información espacial tras la aprobación de la Directiva INSPIRE, dedicando parte de nuestra atención a algunas instituciones que recogen y proporcionan datos espaciales —básicamente, el Catastro y el Registro de la Propiedad— en dos Estados miembros de la UE (Italia y España), con el fin de hacer una valoración inicial de la situación que, más adelante, en un trabajo posterior, nos permita averiguar cuál es el papel que pueden jugar tales institutos en el marco de la citada Directiva.

II. LA SITUACIÓN ITALIANA

En el Derecho italiano, la protección del derecho de acceso a la información medioambiental —y, por lo tanto, en gran medida espacial— forma parte de un amplio proceso de digitalización de la Administración pública que se ha llevado a cabo a través de distintas normas sectoriales, que se han refundido en el Código de Administración Digital (*Codice dell'amministrazione Digitale*, en adelante CAD), aprobado por el Decreto Legislativo 82/2005, de 7 de marzo. El CAD representa un intento de aprovechar de manera racional las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) para definir nuevos procedimientos y para reorganizar la actividad administrativa. Está compuesto por normas programáticas, cuyo objetivo consiste en llevar a cabo cambios estructurales en la acción administrativa, y por normas imperativas, que regulan materias específicas. La Sección III de su Capítulo V regula el uso de los datos e incluye novedades importantes: da una definición de datos espaciales, a los que considera «cualquier tipo de información localizada geográficamente» (art. 59, párrafo 1); establece el Comité para las normas técnicas en materia de datos espaciales, que tiene la misión de determinar las reglas técnicas para crear las bases de datos espaciales y para garantizar la *usabilidad* (*usability*) de los mismos y el intercambio de datos entre las Administraciones públicas central y locales (art. 59, párrafos 2 y 4); establece el Repertorio Nacional de Datos Espaciales, dirigido a proporcionar acceso al público a los datos de interés general que están disponibles en la Adminis-

(5) Los datos espaciales se encuentran definidos en el artículo 3.2 de INSPIRE, que los concibe como «cualquier dato que, de forma directa o indirecta, hagan referencia a una localización o zona geográfica específica».

(6) Al menos sí entendemos la información medioambiental como la define el artículo 2.1 de la Directiva 2003/4/EC y el artículo 2.1.d) del Reglamento 1367/2006.

tración pública a nivel nacional (art. 59, párrafo 3), y, en lo que aquí nos interesa, debe apuntarse que incluye, entre los datos espaciales de interés nacional, la base de datos catastrales. En Italia, a partir de 2001, el Catastro se encuentra bajo la gestión y la supervisión de la Agencia del Territorio (*Agenzia del Territorio*, AdT) (art. 59, párrafo 7.bis) (7) conjuntamente con el Registro de la Propiedad (*Conservatoria dei beni immobiliari*), que en dicho país está organizado de acuerdo con el principio de folio personal (8) y que, a partir de la reforma del Ministerio de Hacienda efectuada a comienzos de los años noventa (9), quedó sustituido, en sus competencias y funciones, por la denominada Oficina del Territorio (*Ufficio del Territorio*) (10). La vinculación Catastro-Registro bajo un único ente representa una diferencia importante con respecto a la situación anterior a la creación de la AdT ya que, según se señala por la doctrina, en Italia el Catastro fue siempre una institución independiente del Registro Inmobiliario (11), si bien se reconoce que los datos catastrales se venían empleando para identificar aquellos inmuebles

(7) C. MAIOLI y C. ORTOLANI, *Sui profili giuridici della gestione dell'informazione territoriale della Pubblica Amministrazione*, *Altalex*, 8 de noviembre de 2007, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=38967>, págs. 1-30, 2007.

(8) Salvo en los territorios que pertenecieron al Imperio austro-húngaro y que fueron anexionadas a Italia después de la primera guerra mundial: se trata de las provincias autónomas de Trentino y Alto Adige y de la región Friuli Venezia Giulia, situadas en el Noreste del país. En ellas rige lo que los autores italianos han denominado «sistema tabular» (cfr. por ejemplo, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. V, 4.^a ed., CEDAM, Padova, 2004, pág. 295), que sigue, en gran medida, el Derecho austríaco, muy vinculado al sistema registral alemán y, por lo tanto, de base real.

(9) A través de la ley número 358, de 29 de octubre de 1991, desarrollada por el reglamento aprobado por el Decreto del Presidente de la República, número 287, de 27 de marzo de 1992.

(10) Para entender por qué la reforma del Ministerio de Hacienda ha afectado al Registro, debe tenerse en cuenta que históricamente, en Italia, el Registro de la Propiedad ha dependido en parte de ese Ministerio, como explican A. ETTORE y S. IUDICA, *La pubblicità immobiliare e il testo unico delle imposte ipotecaria e catastale. Manuale teorico pratico integrato ed aggiornato con le modifichie normative riguardanti l'assetto organizzativo degli uffici dei registri immobiliari, le formalità e le operazioni ipotecarie*, 3.^a ed., Giuffrè editore, Milano, 2007, pág. 15, y como también indica R. BONIS, voz «Registri immobiliari», en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XV, UTET, Torino, 1968, reimpresión 1982, pág. 32.

(11) En concreto, PUGLIATTI, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. XIV, t. II, Giuffrè editor, Milano, 1989, pág. 258, afirma que, en el ordenamiento italiano, la relación entre la organización de la publicidad inmobiliaria y el Catastro no es estrecha ni desde el punto de vista técnico ni desde el punto de vista jurídico. A su juicio, el Catastro puede ser útil para identificar el bien, y la ley se refiere a ello al objeto de subrayar su utilidad sobre todo para evitar las dudas a las que se refiere el artículo 2.665 del Código Civil (italiano); esta consideración lo lleva a concluir que, para lograr los fines de la publicidad inmobiliaria, se establece una relación de hecho entre la organización publicitaria (el Registro) y el Catastro. No obstante, pocas páginas antes (*op. cit.*, pág. 54, nota 31) apunta que, teniendo en cuenta el proceso de automatización del Catastro y del Registro italianos (ya iniciado en 1989, fecha de publicación de la obra citada), no parece lejana la integración entre Catastro y Registro.

que son objeto de contratos traslativos o constitutivos de derechos reales (12) —tégase en cuenta, en este sentido, lo dispuesto en el art. 2.826 del CC italiano, en el que se prevé que en el acto de constitución de la hipoteca el inmueble gravado debe ser identificado mediante, entre otros, los datos relativos a su identificación catastral—.

Los datos espaciales contenidos en el Catastro presentan algunas características peculiares en comparación con los sistemas tradicionales de información territorial. Si los datos territoriales consisten, de acuerdo con la definición que nos da el CAD, en cualquier información geográficamente localizada, los datos catastrales son el resultado de la asociación de información o de datos a elementos geográficos; además, para cada componente geográfico básico se recoge distinta información que proviene, a su vez, de fuentes y autoridades diferentes. Este es un aspecto crucial en relación con la información geográfica: los datos catastrales son, al mismo tiempo, y por una parte, el objeto del derecho de acceso a la información medioambiental por parte del público, siendo los datos territoriales una especie de los datos medioambientales; y, por otra, son una herramienta estratégica de la que disponen distintas Administraciones públicas para el gobierno de un territorio.

El Catastro italiano, que, como ya se ha adelantado, está gestionado por la AdT desde 2001, tiene, entre otras tareas, la de la definición de metodologías, reglas y procedimientos relativos a los servicios cartográficos, catastrales y de publicidad de titularidades sobre inmuebles (13). Entre 1998 y 2007 se ha llevado a cabo un proceso de descentralización hacia los municipios de las funciones catastrales y, en este sentido, el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (DPCM), de 14 de junio de 2007, ha transferido a las administraciones locales la gestión de los datos catastrales y de las funciones asociadas a los mismos, siguiendo el principio de subsidiariedad vertical. El Decreto distingue varios tipos de administración de las funciones catastrales (por ejemplo, gestión por administraciones locales autónomas, por asociaciones de municipios, por comunidades de montaña, a cargo de la AdT), así como distintas opciones de agregación de funciones, que son asumidas por los distintos municipios en función de su capacidad organizativa y técnica. El Decreto impone a las Administraciones el uso de aplicaciones TIC exclusivas y gratuitas, así como de sistemas de intercambio puestos a su disposición por la AdT para la gestión de los procedimientos en los que han asumido una intervención directa. En consecuencia, se debería garantizar la unidad del sistema informativo catastral nacional, en especial en lo que se refiere a las distintas clases de servicios proporcionados a ciudadanos y a empresas, a través de las obligaciones impuestas a la estructura TIC de la AdT. Los

(12) GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., pág. 296.

(13) Téngase en cuenta lo ya señalado respecto a la vinculación Catastro y Registro operada a partir de la creación de la AdT.

servicios catastrales están compartidos entre la AdT —que proporciona la infraestructura y las herramientas básicas de software— y los municipios.

De acuerdo con el artículo 2.700 del Código Civil italiano los documentos públicos poseen, en principio, eficacia probatoria (14). En el caso de los documentos catastrales, es dudosa su inclusión en el concepto de documento público, definido en el artículo 2.699 del Código Civil italiano, precepto según el cual se considera documento público «el documento redactado con las formalidades exigidas por un notario u otro funcionario público autorizado para atribuirle fe pública en el lugar donde el acto es otorgado». A nuestro juicio, el funcionario encargado del Catastro no puede considerarse autorizado para atribuir fe pública a las certificaciones catastrales (15). Así, pues, podemos afirmar que las certificaciones expedidas por el Catastro italiano no poseen, en principio, eficacia probatoria, ni en lo que se refiere a la propiedad de los inmuebles, ni en lo que respecta a la transmisión de derechos sobre bienes de dicha clase. Sin embargo, el Catastro puede desplegar ciertos efectos probatorios de los aspectos topográficos de un fundo si el juez, a falta de cualquier otro elemento de prueba, utiliza los límites que figuran en un mapa catastral para delimitar un lindero incierto, de conformidad con lo previsto en el artículo 950, párrafo tercero, del Código Civil italiano (16).

III. EL CASO ESPAÑOL

En el Derecho español hay dos normas básicas en lo que se refiere a la digitalización de la Administración pública que deben ser mencionadas si se quiere efectuar una comparación con la situación italiana. La primera es el Real Decreto 263/1996, de 16 de julio, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, que se considera un desarrollo del artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común. La segunda, la Ley 11/

(14) F. GALGANO, *Diritto privato*, 13.^a ed., CEDAM, Padova, 2006, pág. 923.

(15) P. NAPPI, en el «Comentario al artículo 2.699», del *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di G. Cian e A. Trabucchi, 5.^a ed., CEDAM, Padova, 2001, pág. 2727, apunta que las certificaciones administrativas sólo poseen valor de documento público cuando son expresión de una función pública, lo que sucede sólo en casos tasados. Hace referencia, sin embargo, a una sentencia del Tribunal de Lecce, de 21 de junio de 1949, según la cual los certificados emitidos por responsables de oficinas públicas dan fe cuando los actos contenidos en ellos resultan de documentos o registros de las propias oficinas.

(16) GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, cit., pág. 296. Según afirma S. DELLE MONACHE, «Comentario al artículo 950», del *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di G. Cian e A. Trabucchi, 5.^a ed., CEDAM, Padova, 2001, págs. 694 y 695, el recurso a los mapas catastrales se produce siempre en último término y su valor probatorio es, por tanto, subsidiario.

2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Ambas tratan de impulsar el empleo de las TIC por parte de las Administraciones públicas, pero, a diferencia de lo que sucede con el CAD italiano, en ninguna de las normas españolas recién mencionadas se alude de forma específica a los datos medioambientales o espaciales. Este tipo de datos se produce, gestiona y almacena por distintos organismos: principalmente, por el Ministerio de Fomento (17) y el de Medio Ambiente (18), pero también por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, la mayoría de las cuales disponen de un portal propio de información medioambiental y espacial (19), así como por algunas provincias e islas (20). En cualquier caso, vamos a centrar nuestra atención en las dos instituciones mencionadas más arriba —Catastro y Registro de la Propiedad—, que, si bien poseen finalidades y contenidos diversos, presentan una nota común: ambas almacenan información espacial relativa al territorio nacional (21).

Si bien el sistema administrativo español se caracteriza por un elevadísimo nivel de descentralización, las competencias legislativas relativas al Catastro corresponden al Estado. De ámbito estatal es el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (TRLR), aplicable en todo el territorio nacional excepto en el País Vasco y Navarra. En su Exposición de Motivos afirma que esta organización —en referencia al Catastro— se ha convertido en una importante infraestructura de información territorial disponible para todas las Administraciones públicas, fedatarios, empresas y ciudadanos en general. La formación y el mantenimiento del Catastro Inmobiliario, así como la difusión de la información catastral, es de competencia exclusiva del Estado y estas funciones se ejercen a través de la Dirección General del Catastro, bien de forma directa, bien en colaboración con las distintas Administraciones, entidades y corporaciones públicas, tal y como se indica en el artículo 4 TRLR.

(17) Que gestiona, por medio del Consejo Superior Geográfico, la Infraestructura de Datos Espaciales de España (IDEE), que tiene como objetivo el integrar a través de Internet los datos, metadatos, servicios e información de tipo geográfico que se producen en España, a nivel nacional, regional y local, facilitando a todos los usuarios potenciales la localización, identificación, selección y acceso a tales recursos, a través del geoport www.idee.es

(18) Se puede ver, por ejemplo, <http://www.mapa.es/es/sig/sig1.htm> y <http://www.mma.es/portal/secciones/cartografia/>

(19) Puede consultarse la página web http://www.idee.es/show.do?to=pideep_ambito_regional.ES en la que se ofrecen los vínculos a las infraestructuras de datos espaciales de diversas Comunidades Autónomas.

(20) Véase, en este sentido, la información que aparece publicada en http://www.idee.es/show.do?to=pideep_ambito_local.ES

(21) Téngase en cuenta que el Texto Refundido de la Ley del Catastro dispone, en su artículo 1.2, que: «Esta Ley será de aplicación en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo previsto en los regímenes forales especiales vigentes en el País Vasco y Navarra».

Debe destacarse que, de conformidad con el artículo 50.4 de esta misma norma, la información catastral se facilitará, siempre que sea posible, utilizando técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

El Catastro español se considera un registro administrativo, y por lo general ha sido definido como un inventario de la riqueza territorial del país, con una finalidad fundamentalmente —que no exclusivamente— fiscal (22), en el que se describe la propiedad inmobiliaria así como sus usos y aplicaciones (23). Consiste en una colección de datos espaciales (24) y descripciones que ofrecen servicios de datos espaciales, de manera que podría ser considerada una infraestructura de datos espaciales, de acuerdo con la terminología empleada por la Directiva INSPIRE (25). Esta infraestructura puede ser empleada por las Administraciones públicas (nacional, autonómica y local), así como por los ciudadanos. Como inventario de inmuebles, contiene información de distinto tipo:

- Física: referencia catastral, superficie, ubicación, uso o destino, forma y límites, representación cartográfica, fecha y calidad de la construcción, uso agrícola o forestal, entre otros aspectos.
- Legal: identificación de los propietarios o titulares, nombre, número de identificación, dirección.
- Económica: valores catastrales del suelo y las edificaciones, criterios de valoración.

Esta base de datos catastrales posee información respecto de más de 33 millones de inmuebles urbanos, más de 40 millones de parcelas rústicas y más de 21 millones de titulares catastrales (26). Según el artículo 3 TRLC,

(22) Para más detalles, vid. J. F. FERNÁNDEZ GARCÍA, *El Catastro y el justiprecio del suelo*, monografía asociada a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, núm. 9, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 29 y sigs.; J. CONCEIRO DEL RÍO y V. SEOANE BARRAL (col.), *El Catastro y el Impuesto sobre Bienes Inmuebles*, T. I, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 3.

(23) Un estudio reciente en el que se analizan las diversas utilidades de la información catastral es el de M.-G. ALCÁZAR MOLINA, «Mercado inmobiliario y Catastro», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 244, septiembre-octubre de 2008, pág. 20 y sigs.

(24) Es más, según J. GÓMEZ GALLIGO, «Los sistemas registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario», en *RCDI*, núm. 711, enero-febrero de 2009, pág. 382, el Catastro puede suministrar una exacta descripción de las fincas que constituyen la base física de los derechos.

(25) Que en su artículo 3.2 define la «infraestructura de información espacial»: metadatos, conjuntos de datos espaciales y los servicios de datos espaciales; los servicios y tecnologías de red; los acuerdos sobre puesta en común, acceso y utilización; y los mecanismos, procesos y procedimientos de coordinación y seguimiento establecidos, gestionados o puestos a disposición de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva.

(26) Estos datos se han obtenido en la página web del Catastro: <http://www.catastro.meh.es/esp/quienesomos1.asp?lu=m1&im=m11>, página visitada el día 1-5-2009.

a los solos efectos catastrales, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos, de manera que puede afirmarse que la información catastral española posee, en gran medida, eficacia probatoria. A diferencia de lo que sucede en otros campos de la Administración pública, en los que se han detectado importantes dificultades relativas al empleo de las TIC, el acceso a y la gestión de los datos territoriales contenidos en el Catastro puede realizarse a través de medios electrónicos. Entre otros servicios que se prestan por esta vía se encuentra el envío de declaraciones, comunicaciones y solicitudes al Catastro, el intercambio de información entre distintas entidades pertenecientes a la Administración pública o la solicitud de información. Una herramienta fundamental en este aspecto ha sido la creación, en mayo de 2003, de la Oficina Virtual del Catastro (OVC), con el propósito inicial de proporcionar a otras Administraciones la información que, hasta ese momento, los ciudadanos debían presentar en la oficina correspondiente tras recogerla en el Catastro. En esta línea, el Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el TRLC, prohíbe exigir a los interesados la aportación de certificados catastrales cuando las administraciones públicas gestoras de las ayudas públicas puedan disponer de la información catastral mediante acceso telemático a la base de datos nacional del Catastro. En este momento, la OVC proporciona los siguientes servicios:

- Petición de información catastral, alfanumérica y gráfica. Este servicio permite buscar información relativa a aspectos físicos y económicos de una propiedad, así como respecto a su titularidad. Los datos se pueden obtener a partir de la ubicación de una edificación, a partir de su referencia o código catastral o a partir de una lista de propiedades de una persona.
- Servicio de petición masiva: en lugar de efectuar peticiones individuales, puede enviarse un archivo con un formato predefinido con los datos necesarios, y este servicio responde con un archivo en el que se contiene toda la información solicitada.
- Certificación de los datos catastrales: se trata de un documento oficial en el que se contienen los datos solicitados en una petición previa. Este documento se obtiene inmediatamente y es gratuito. Su validez se basa en un código de 16 caracteres, impreso en el propio documento, que permite recuperar el documento tal y como se emitió oficialmente si se teclea en una de las opciones de la solicitud.
- Intercambio de información: permite intercambiar archivos con un formato predefinido entre el Catastro y las diferentes administraciones así como otras entidades colaboradoras con diferentes objetivos:

coordinación de los contenidos de las bases de datos, actualización de la información catastral, impuestos... (27).

Frente al Catastro, que, como se acaba de apuntar, es un registro administrativo con finalidades fundamentalmente —aunque no exclusivamente— tributarias, en el que resulta obligatorio hacer constar la existencia y la titularidad de los bienes inmuebles (28), el Registro de la Propiedad recibe la consideración de registro de carácter jurídico, en el que es voluntario el asiento de los derechos reales relativos a inmuebles, excepto en los casos de aquellos derechos que, como la hipoteca o el derecho de superficie, necesitan la inscripción registral para nacer (inscripción constitutiva). A nuestro juicio, puede afirmarse que en el Registro de la Propiedad se contienen datos espaciales porque la primera vez que un inmueble accede al mismo (a través de la inmatriculación) se describe con una referencia directa a una localización geográfica específica. El Registro de la Propiedad despliega efectos muy poderosos, pues los datos que en él se contienen se presumen exactos (art. 38 LH), con el fin de proteger a los terceros adquirentes que actúan confiando en la información contenida en el Registro (art. 34 LH) (29). En lo que aquí interesa debe señalarse que a partir de 1997 se viene desarrollando un proyecto denominado Geo-base, que de momento se ha implantado en alrededor de una cuarta parte de todos los Registros de la Propiedad españoles y abarca más de ocho millones de fincas (30). La finalidad de este proyecto consiste en describir, de forma gráfica, cada uno de los inmuebles que figuran en el Registro (31). Además, al amparo del mismo se han incluido en el Registro nuevas capas de información relativas, entre otros, a aspectos medioambientales, agrícolas o urbanísticos, que inciden en la configuración de las facul-

(27) Esta información se encuentra disponible en la página web de la OVC, <http://ovc.catastro.meh.es/>

(28) Véase el artículo 11.1 TRLC, en el que se señala que: «*La incorporación de los bienes inmuebles en el Catastro Inmobiliario, así como de las alteraciones de sus características, que conllevará, en su caso, la asignación de valor catastral, es obligatoria y podrá extenderse a la modificación de cuantos datos sean necesarios para que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad*».

(29) J. L. LACRUZ BERDEJO y cols., *Elementos de Derecho Civil, III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2003, págs. 157-193.

(30) Información extraída del blog de O. VÁZQUEZ ASEÑO, <http://geobasevalidacion.blogspot.com>. Resulta de interés en este punto la utilización del visor GEOBASE, que permite ver cuáles son las fincas validadas en el territorio nacional (<http://basesgraficasregistrales.registradores.org/figriam/index.html>), página visitada el día 1-5-2009.

(31) Ó. VÁZQUEZ ASEÑO, «Efectos identificativos y descriptivos de la base gráfica registral», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 7, 205, págs. 99-117. Según J. REQUEJO LIBERAL, *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad Geo-Base*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 36, Geo-Base responde a la necesidad de contar con un instrumento adecuado que permita una verdadera identificación de las fincas registrales.

tades que integran o delimitan el derecho de propiedad (32); sin embargo, al menos en principio, sus efectos son mucho más débiles que los que despliegan los asientos que podríamos denominar tradicionales (relativos a los derechos enunciados en el art. 2 LH), pues estas nuevas capas se limitan a prestar información a los ciudadanos, sin más (publicidad noticia).

IV. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

Existen algunos aspectos relativos, entre otras cuestiones, a la organización, gestión, disponibilidad y accesibilidad de los datos espaciales que distan de estar resueltos. Así, en el caso de Italia, a pesar de que los datos espaciales están regulados de forma sistemática y con una visión unitaria, pueden detectarse fuertes divergencias, desde un punto de vista práctico, entre los sistemas de procesamiento, gestión y oferta de la información espacial: este es el resultado de la diversificación en el uso de la discrecionalidad administrativa. En cualquier caso, tal falta de homogeneidad entre los modelos de implementación y la gestión de los sistemas de información espacial representan un síntoma de la tendencia del sistema público italiano, que padece algunas dificultades de carácter estructural en su esfuerzo para integrar las TIC en la actividad administrativa. Con la descentralización iniciada en los años setenta, que se continuó en los años siguientes, veinte regiones italianas se hicieron responsables de la ordenación del territorio y el uso del suelo y 103 provincias recibieron las competencias relativas a la gestión del medio ambiente. Sin embargo, la coordinación permanece aún en manos de la Administración central. Esta importante descentralización administrativa marca profundamente el desarrollo de la infraestructura italiana de datos espaciales. Teniendo en cuenta la fuerte dimensión regional, la coordinación del proceso de recogida y mantenimiento de información geográfica tiende a ser desde abajo hacia arriba, y no desde arriba hacia abajo.

Por lo que a España se refiere, los datos espaciales que se contienen en el Catastro se regulan de manera sistemática y en una única norma (excepto, como ya se apuntó antes, en lo que se refiere al País Vasco y a Navarra). Esta norma que regula el Catastro ha sido desarrollada por el Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, ya citado, que establece que la gestión de la documentación e información catastral debe realizarse, en la medida de lo posible, a través de las TIC. Puede afirmarse que este objetivo se ha alcanzado satisfactoriamente gracias, en gran medida, a la OVC. Debe apuntarse, además, que también el Registro de la Propiedad ha sido objeto de un proceso de digitalización, y sus datos se gestionan, cada vez en mayor medida, a través de las TIC. Parece, pues,

(32) REQUEJO LIBERAL, *op. cit.*, pág. 75.

que el proceso de modernización se está llevando a cabo de forma apropiada en ambas instituciones; sin embargo, también se detectan algunos problemas. Uno de los principales es el de la falta de coordinación entre el Catastro y el Registro (33), de manera que los datos que se contienen en uno y otro no siempre coinciden. En estos supuestos, y de acuerdo con el artículo 3 TRLC, podría entenderse que prevalecen los datos contenidos en el Registro de la Propiedad. Otra de las dificultades que se puede destacar es que muchas Comunidades Autónomas, al igual que numerosos municipios, han desarrollado su propio portal de información espacial, con la consiguiente falta de armonización en cuanto a la disponibilidad, calidad, organización, accesibilidad y posibilidad de compartir dicha información.

V. CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE ACCESO

En Italia, el artículo 59 CAD, junto con las normas contenidas en el Decreto Legislativo 195/2005, que implementa la Directiva 2003/4/CE, establecen la regulación general sobre información medioambiental, y dan plena ejecución al principio del derecho de acceso a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos que la posean en su nombre, sin estar obligados a declarar un interés determinado. A pesar de que todos estos aspectos están regulados en una única ley, en el sistema administrativo italiano es posible encontrar un gran número de soluciones diversas en relación con la disponibilidad de información ambiental. El artículo 6 del Decreto Legislativo 195/2005 permite a la Administración solicitar el pago de tasas o precios públicos en ciertos supuestos. Es el caso, por ejemplo, de la información catastral, que no siempre es gratuita (34). Ha de añadirse, además, que el ciudadano no tiene acceso a todos los servicios, que en algunos casos se encuentran disponibles sólo para las administraciones y algunos profesionales y empresas (35).

En España, el acceso a la información ambiental se ordena en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). Esta ley define

(33) Aunque constantemente se reclama esta coordinación; véase, por todos y muy recientemente, GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, págs. 382 y 383.

(34) En la página web de la AdT (en el apartado relativo a los servicios al ciudadano: <http://www.agenziaterritorio.it/?id=591>) se indican cuáles son los servicios que se facilitan gratuitamente y cuáles los que se prestan previo pago, página visitada el día 1-5-2009.

(35) Véase, en este sentido, cuál es la información que se presta a municipios e instituciones (<http://www.agenziaterritorio.it/?id=592>) y la que se da a profesionales, oficinas públicas y empresas (<http://www.agenziaterritorio.it/?id=580>), página visitada el día 1-5-2009.

la información ambiental en un sentido muy amplio (art. 2.3); establece el derecho de acceso a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, sin que para ello estén obligados a declarar un interés determinado (art. 3.1.a); obliga a la Administración pública a fomentar el uso de las TIC para facilitar el acceso del público a la información medioambiental (art. 5.1.e); incluye la obligación de la Administración pública de adoptar las medidas necesarias para asegurar que la información ambiental se haga disponible paulatinamente en bases de datos electrónicas de fácil acceso al público a través de redes públicas de telecomunicaciones (art. 6.3), al tiempo que considera que las obligaciones relativas a la difusión de la información ambiental por medio de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones se entenderán cumplidas creando enlaces con direcciones electrónicas a través de las cuales pueda accederse a dicha información (art. 6.4). También dispone que la Administración establecerá los precios que deberán pagarse para acceder a la información medioambiental, así como los casos en los que este acceso es gratuito (art. 15) (36).

El acceso a los datos espaciales contenidos en el Catastro y en el Registro de la Propiedad presenta algunas peculiaridades. En el caso del Catastro, la información catastral, así como los certificados de datos catastrales, son gratuitos y de naturaleza universal. Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que tanto la normativa europea como la legislación española consideran una parte de los datos catastrales como datos protegidos, por lo que el acceso a los mismos está restringido a ciertas instituciones y administraciones y, por supuesto, a los propietarios de cada uno de los inmuebles. Por esta razón, la identificación de los solicitantes es fundamental y también por ello se exige a las administraciones implicadas que se registren *off-line* y, una vez registradas, se les obliga a usar certificados digitales X509 para autenticar a los usuarios. De esta manera, los propietarios registrados de un inmueble pueden acceder a los datos protegidos relativos a su propiedad autenticándose a través de un certificado digital X509. La información se proporciona de la siguiente manera: los usuarios previamente registrados (propietarios de un inmueble, legalmente autorizados con un acceso personalizado) pueden obtener información detallada acerca de su propiedad: características físicas, cartografía, propiedades colindantes y datos de naturaleza económica (valoración catastral). Esta información puede certificarse a través de la obtención de un código de 16 caracteres que garantiza que ese documento es válido, ya que el documento original emitido por la OVC puede ser recuperado en cualquier momento tecleando el citado código en el impreso de la OVC. Los usuarios no autenticados pueden obtener todo tipo de información catastral

(36) Más detalles en B. LOZANO CUTANDA, *Derecho ambiental administrativo*, 8.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, págs. 214-238.

excepto la relativa a titularidad de los inmuebles y valoraciones económicas. Conviene resaltar que cualquier particular que se identifique a través de un certificado X509 emitido por alguna de las autoridades certificadoras reconocidas por la Dirección General del Catastro puede consultar todos los accesos que se han hecho a sus propiedades por parte de las administraciones e instituciones como usuarios registrados en la OVC.

En lo que al Registro de la Propiedad se refiere, ha de apuntarse que, si bien tiene la consideración de oficina pública, el Registrador proporcionará la información solicitada sólo a aquella persona que, a su juicio, tengan un interés conocido (37). Existen dos formas básicas de proporcionar la información: a través de una nota simple o por medio de una certificación registral. Ambas contienen, como mínimo, los siguientes datos: la descripción del inmueble, la identificación del titular y las cargas de la finca. Mientras que la primera —nota simple— posee un valor meramente informativo, la segunda —certificación registral— garantiza la información que contiene y está firmada por el Registrador. Ninguna de ellas es gratuita.

VI. EL PAPEL DE INSPIRE

La Directiva INSPIRE contiene reglas generales, por un lado, y de carácter técnico, por otro, dirigidas a organizar desde una perspectiva europea la gestión de la información espacial. Se puede caracterizar la situación de la información territorial en Europa diciendo que está fragmentada, que existen deficiencias en la disponibilidad de información geográfica, que se producen duplicidades a la hora de recoger la información y que se dan problemas de identificación, acceso o uso de los datos disponibles. Estas dificultades, unidas a una falta de seguimiento y control de algunas herramientas que tienen en cuenta la dimensión espacial, provocan que las políticas de la UE en las que es preciso el empleo de información territorial sean poco efectivas. INSPIRE debería garantizar a nivel europeo un mayor nivel de integración de los datos espaciales que el que ahora mismo se da a nivel nacional, con el fin de crear una plataforma común de información entre los Estados miembros y una herramienta dinámica y compartida, apta para desarrollar las políticas comunitarias, en especial en lo relativo a planificación medioambiental y protección territorial. Esta infraestructura debe basarse en infraestructuras de información espacial establecidas y gestionadas por los Estados miembros, tal y como señala el artículo 1.2 de la Directiva. INSPIRE también precisa nor-

(37) E. SÁNCHEZ JORDÁN, «La regulación de los Registros de la Propiedad y los Archivos Notariales», en *La responsabilidad jurídica y social de los archiveros, bibliotecarios y documentalistas en la sociedad del conocimiento* (ed. por F. J. García Marco), LEFIS Series, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2008, pág. 163.

mas de ejecución específicas, que deberán ser adoptadas a través de un Comité (38) que está formado por representantes de los Estados miembros y que, según el artículo 19 de la Directiva, deberá de asistir a la Comisión en su labor de coordinación de INSPIRE a nivel comunitario (39).

Los principios básicos de la infraestructura son los siguientes: los datos deben ser recogidos una vez y mantenidos en el nivel donde se logre la máxima efectividad; debe ser posible combinar la información con total continuidad en toda Europa desde fuentes diversas; debe ser fácil acceder a los datos y también ha de ser sencillo descubrir qué información geográfica está disponible, resulta apropiada para un determinado uso y en qué condiciones puede conseguirse y usarse; los datos geográficos deben ser fáciles de entender e interpretar y estar disponibles bajo condiciones que fomenten su uso extensivo (40).

Tanto Italia como España —como, obviamente, el resto de países de la UE— se encuentran en fase de transposición de los mandatos de la Directiva: en España se acaba de aprobar la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, mientras que en Italia se aprobó el Decreto legislativo de transposición de la norma de 22 de enero de 2010.

Esta Directiva presenta como principales innovaciones las siguientes: 1) subraya el valor de la función de apoyo al proceso de toma de decisiones que desempeña INSPIRE, pues afirma que «debe servir de ayuda para la adopción de medidas relativas a políticas y actuaciones que puedan incidir directa o indirectamente en el medio ambiente» (Considerando número 4); 2) fortalece el conjunto compuesto por datos espaciales, metadatos y servicios de datos espaciales, al objeto de determinar la normativa marco y los estándares de aplicación común que permitan asegurar un nivel de armonización suficiente entre los sistemas de información geográfica (SIG) nacionales, así como garantizar la interoperabilidad de los sistemas y la no discriminación de los ciudadanos; 3) pretende establecer las reglas técnicas y los estándares de aplicación común para que los SIG nacionales puedan integrarse en una red comunitaria de servicios de información espacial a la que puedan acceder los ciudadanos europeos con independencia del Estado miembro del que sean nacionales.

En Italia la aplicación de INSPIRE está en manos del Ministerio de Medio Ambiente y Protección del Territorio, que ya en 2003 comenzó a poner en

(38) Al que se alude en el artículo 22.1 de la Directiva.

(39) El citado Comité, que ya ha sido creado, ha diseñado un detallado programa para la puesta en marcha y la ejecución de la Directiva, según resulta de <http://inspire.jrc.ec.europa.eu/> Página visitada el día 1-5-2009.

(40) DPLI Working Group, «Data Policy and Legal Issues Position Paper», publicado por la Environment Agency for England and Wales, en http://www.ec-gis.org/inspire/reports/position_papers/inspire_dplicp_v12_2_en.pdf. Página visitada el día 1-5-2009.

marcha una Infraestructura de Datos Espaciales (IDE), el denominado Sistema Cartográfico Cooperante (41), basado en los principios de INSPIRE. Esta IDE utiliza el Portal Cartográfico Nacional (PCN) para permitir tanto a las Administraciones públicas como a los ciudadanos la visualización y el uso de la cartografía nacional. El PCN contiene mapas topográficos y orto-fotos en el sistema geodésico-cartográfico UTM-WGS384. En la actualidad es posible acceder *on-line* a mapas topográficos a pequeña escala (1:250.000 - 1:100.000) y a media escala (1:25.000), así como a orto-fotos de gran resolución (píxel 1 metro). También es posible consultar capas de información que se han producido de forma conjunta con las administraciones competentes; así, por ejemplo, mapas de riesgos hidrogeológicos, de áreas protegidas o usos del suelo (42). Este geo-portal se desarrolló a partir de la iniciativa Intesa-GIS (1996), un proyecto en el que estaban presentes Ministerios, regiones, provincias y municipios, que tenía como objetivo fundamental coordinar e implementar bases de datos geográficos que pudieran ser empleados por los distintos niveles de autoridades públicas. El PCN ha elaborado especificaciones técnicas comunes, ha distribuido la producción de datos de acuerdo a especificaciones técnicas comunes y ha establecido una potente fuente de información geográfica. Este geo-portal nacional proporciona acceso *on-line* a múltiples servicios relacionados con información espacial: por ejemplo, el acceso a metadatos, la correspondencia de funciones entre tipos de mapas diferentes (*web mapping*) o la solicitud de datos con base en múltiples criterios. El portal garantiza que los datos, metadatos y los sistemas de información puedan ser gestionados en el nivel en el que han sido desarrollados; al mismo tiempo, a través del geo-portal se permite el acceso a cualquier interesado. Se pretende extender y actualizar sistemáticamente el geo-portal, de forma que se convierta en un punto de acceso fiable y estable a los repertorios de información geográfica armonizados y distribuidos en Italia (43). También a nivel regional es posible encontrar algunos buenos ejemplos del empleo de los principios de INSPIRE: uno de ellos se está desarrollando en la región de Cerdeña, donde hay un SIG regional que se ha diseñado y contratado conjuntamente con una Infraestructura de Datos Espaciales (IDE). Tanto el SIG como la IDE están totalmente apoyados en los principios de INSPIRE: se basan en estándares definidos y orientados a la interoperabilidad y a la cooperación entre servicios de *software*: se trata de una herramienta que ha nacido

(41) http://www.pcn.minambiente.it/PCN/progetto_scc.htm, página visitada el día 1-5-2009.

(42) <http://www.pcn.minambiente.it/PCN>, página visitada el día 1-5-2009.

(43) D. VANDENBROUCKE, P. BEUSEN, «Spatial Data structure in Italy: state of play Autumn 2006», K.U. Leuven R&D, 2006; «Infrastrutture di Dati Territoriali: Teoria e pratica dopo l'approvazione della direttiva INSPIRE», Congreso AMFM, septiembre de 2007, Roma, actas en <http://www.amfm.it/conferenza2007/conf2007.html> 19, página visitada el día 1-5-2009.

en el ámbito de una autoridad regional a partir de necesidades reales de los usuarios (44). Otra iniciativa importante es el proyecto denominado Servicio integrado catastral y geográfico para el control administrativo del territorio (*Servizi Integrati catastali e Geografici per il Monitoraggio Amministrativo del Territorio*, SigmaTer), que es un proyecto interregional de gobierno electrónico que involucra a cinco regiones, cinco provincias, doce municipios y varios socios privados (45); en total, unas ciento cincuenta instituciones preocupadas por la reutilización del *software*, y que tiene por objeto proporcionar información catastral a las partes interesadas, ya sean públicas o privadas, dentro de una aproximación estándar en un ambiente orientado a prestar servicios. SigmaTer puede ser considerado un ente que participa de los principios de INSPIRE (46) y que descansa en la experiencia de las distintas partes implicadas en el campo del desarrollo de datos espaciales relativos a datos, metadatos, servicios y estándares. SigmaTer ha desarrollado una arquitectura basada en servicios en la red: hay servicios de información catastral, servicios de metadatos, servicios de descarga y servicios de información fiscal. Se han desarrollado aplicaciones de carácter general para visualizar mapas, para el pago de tasas municipales, para acceder a los datos catastrales, obtener certificaciones fiscales, urbanísticas, licencias relativas a viviendas, autorizaciones ambientales, financiación agrícola, así como para la búsqueda y exportación de metadatos (47).

En España, la organización que está a cargo del desarrollo de INSPIRE es el Consejo Superior Geográfico, que depende del Ministerio de Fomento. Una de sus principales actividades en el marco de la Directiva ha consistido en la creación de la Infraestructura de Datos Espaciales de España (IDEE) (48), que es el resultado de la inclusión, en primer lugar, de todas las IDE creadas y gestionadas por organismos oficiales que proporcionan datos espaciales a nivel nacional, regional y local (49); en segundo lugar, de la inclusión de todo tipo de infraestructuras sectoriales y privadas.

(44) <http://www.sardegna.territorio.it>

(45) Más detalles en R. BONORA y L. PASETTI, «SIGMA TER Da progetto a sistema», 12.^a Conferenza Nazionale ASITA, L'Aquila, 21-24 octubre 2008, disponible en http://www.centrointerregionale-gis.it/News/ASITA2008/articoli/sigma_ter.pdf, página visitada el día 1-5-2009.

(46) Y que se encuentra registrado como SDIC (*Spatial Data Interest Community: Comunidad de Interés sobre Datos Espaciales*), que consiste en una agrupación de expertos, usuarios, productores y generadores de valor añadido a la información geográfica, que aportan competencia técnica, recursos financieros y políticos.

(47) <http://www.sigmater.it>

(48) <http://www.idee.es>

(49) En la página de inicio de la IDEE se encuentra la posibilidad de acceder a las IDEs de las diversas comunidades autónomas; también en el portal se da acceso a IDEs locales.

La finalidad de la IDEE consiste en integrar, a través de Internet, datos, metadatos, servicios e información geográfica producidos en España. Al mismo tiempo, trata de facilitar a todos los posibles usuarios el descubrimiento, la identificación, la selección y el acceso a esos servicios a través del geo-portal de esa IDEE, que contiene los nodos y los geo-portales de las IDEs creadas por productores de datos geográficos a nivel nacional, regional y local, así como todo tipo de datos e información geográfica disponible en España.

VII. CONCLUSIONES

INSPIRE es una Directiva marco con normas que deben ser desarrolladas en los próximos años para definir una política y crear un marco jurídico para el establecimiento y la operatividad de una IDE para Europa, con el fin de formular e implementar las políticas comunitarias en materia de medio ambiente. Algunos de los principales obstáculos que se han detectado en el camino para establecer esta IDE se refieren a la disponibilidad, calidad, organización, accesibilidad y uso compartido de la información espacial. La solución a estos problemas requiere, pues, la adopción de medidas que se dirijan al intercambio, la posibilidad de compartir, el acceso y el uso de datos espaciales interoperables y servicios de datos espaciales en todos los niveles de autoridades públicas y en los distintos sectores afectados.

La interoperabilidad es, por lo tanto, una cuestión fundamental; las condiciones necesarias para su éxito dependen de factores tales como la capacidad de liderazgo, el marco jurídico existente, la visión para la coordinación y la cooperación, una estrategia de comunicación clara, la capacidad de crear iniciativas en comunidades locales y la interacción en el marco de las políticas públicas. INSPIRE está basada en una aproximación que debe ajustarse a los planes nacionales en materia de gobierno electrónico, dirigidos a apoyar la disponibilidad de información espacial para la formulación, implementación y evaluación de las políticas comunitarias. Algunas cuestiones críticas para su desarrollo están conectadas con el establecimiento de una IDE coherente a nivel europeo, con datos de referencia y temáticos consistentes en toda Europa, con una calidad de datos a nivel europeo también consistente, con acceso directo y gratuito a metadatos de búsqueda, acceso a todos los datos en manos del sector público, componentes uniformes de los datos de referencia (por ejemplo, unidades de administración, direcciones, topografía, ortofotos, sistemas de referencia geodésica, topónimos), acceso fácil a los datos sectoriales, datos eficientes y efectivos, entrega de información a un amplio abanico de usuarios, desde ciudadanos e investigadores hasta políticos y empresarios, y utilización armonizada de los datos y de la información tanto

en el sector público como en el privado (50). En consecuencia, tanto las políticas como el marco jurídico establecidos por INSPIRE pueden dar lugar a un giro paradigmático en la forma en la que los datos y la información espacial europea se disemina, comparte, intercambia y gestiona.

En los dos países analizados pueden detectarse algunas dificultades en cuanto a la gestión y el acceso a los datos espaciales: en primer lugar, tanto en Italia como en España existen diferentes organismos que proporcionan información espacial a distintos niveles, lo que da lugar a que los datos no puedan ser considerados homogéneos. Es necesario un cambio en la forma de gestión de los datos espaciales, que permita pasar del nivel local y auto-gestionado a un nivel nacional y coordinado. En segundo término, en ambos casos nos encontramos con que se permite a determinados organismos públicos el cobro de un precio por proporcionar algún tipo de información espacial (es el caso del Catastro italiano y del Registro de la Propiedad español), frente a la propuesta de acceso gratuito que se contiene en la Directiva.

En cualquier caso, se está incrementando el conocimiento y la comprensión de las necesidades y las herramientas necesarias para gestionar los metadatos y los servicios de datos espaciales. Al mismo tiempo, la disponibilidad de tecnologías ha hecho posible que en los últimos diez años se haya producido un enorme crecimiento y difusión de aplicaciones espaciales (por ejemplo, navegadores de automóviles o servicios basados en SIG). También se detectan grandes progresos en cuanto a calidad y compatibilidad de los datos.

A partir de los datos expuestos, nos proponemos profundizar en el papel del Registro de la Propiedad y el Catastro en el marco de la Directiva INSPIRE en un próximo trabajo, para lo cual será preciso tener en cuenta las normas que transponen los mandatos contenidos en la Directiva en los dos países de los que nos hemos ocupado.

RESUMEN

INFORMACIÓN TERRITORIAL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Este trabajo se ocupa de la información territorial como parte de la información medioambiental, y, a partir de la comparación entre alguna de las instituciones proveedoras de información espa-

ABSTRACT

SPATIAL INFORMATION LAND REGISTRY

This paper deals with spatial data as part of environmental information. It compares some of the main spatial data providers in Italy and Spain —basically, the Cadastre and the Land Regis-

(50) B. KOK, *Interoperability in the Organizational Context*, SDI Americas Symposium: Concepts, Practices and Projects, Actas en <http://www.gsdi.org> 1 November 6th 2007, Wageningen, Países Bajos, página visitada el día 1-5-2009.

cial en Italia y en España —fundamentalmente, el Catastro y el Registro de la Propiedad—, intenta exponer el papel que la Directiva INSPIRE puede jugar en dichos países, centrándose en algunas de las dificultades que se han detectado en el intento de crear una infraestructura de información espacial en la UE. Los principales obstáculos se refieren a la falta de armonización en lo relativo a la disponibilidad, calidad, organización, accesibilidad y puesta en común de tales datos en cada país.

try— and it tries to explain the role that INSPIRE Directive could play in these countries, stressing the problems that have been encountered in the way to create a common information basin in the EU. The most important difficulties are related to the lack of harmonization regarding the availability, quality, organization, accessibility and sharing of spatial information within each country.

(Trabajo recibido el 8-5-09 y aceptado para su publicación el 30-6-2010)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 15-2-2010
(*BOE* 17-5-2010)
Registro de Albacete, número 4

CANCELACIÓN DE HIPOTECA POR CADUCIDAD.

El plazo previsto en el artículo 82 para poder cancelar una hipoteca por caducidad parte de que haya transcurrido el tiempo legal de prescripción de la obligación garantizada. Pero el plazo de prescripción se computará desde la fecha en que acaba la prórroga pactada para la amortización de las obligaciones aseguradas.

Resolución de 22-3-2010
(*BOE* 10-5-2010)
Registro de Barbastro

CONVENIO REGULADOR: REQUISITOS FORMALES Y ÁMBITO OBJETIVO.

Tratándose de la inscripción de un convenio regulador aprobado por sentencia de separación conyugal, es imprescindible que consten los datos personales del secretario judicial que expide el testimonio, así como que se acredite la previa inscripción en el Registro Civil. Por otro lado, estando los esposos sujetos a gananciales, no cabe incluir en el convenio operaciones de liquidación de comunidades ordinarias en proindiviso existente entre ellos.

Resolución de 23-3-2010.
(*BOE* 10-5-2010)
Registro de Eivissa, número 4

HIPOTECA: CANCELACIÓN. CONDICIÓN RESOLUTORIA: EFECTOS.

Se pretende la cancelación de una hipoteca mediante una escritura en la que, sin dar carta de pago, el acreedor hipotecario consiente en la misma. Se deduce de los asientos registrales que esta cancelación deriva de la ejecución extrajudicial de una condición resolutoria previa. Sin embargo, no cabe practicar dicha cancelación, en tanto el crédito hipotecario se halla embargado y consta tal embargo anotado, sin que preste el debido consentimiento el titular de dicho embargo, o se siga frente al mismo el correspondiente procedimiento.

Resolución de 25-3-2010
(BOE 10-5-2010)
Registro de Málaga, número 10

EXTRANJEROS: IDENTIFICACIÓN.

La Dirección General reitera que para la identificación de una persona extranjera y para la constancia en el Registro del pertinente número de identificación fiscal, será suficiente que se recoja en la escritura el número de la Tarjeta de Residencia.

Resolución de 26-3-2010
(BOE 10-5-2010)
Registro de Ponferrada, número 3

OBRA NUEVA ANTIGUA: REQUISITOS. RECTIFICACIÓN DE CABIDA.

El hecho de que no se acredite adecuadamente la rectificación de superficie de la finca, no impedirá que se despache el resto del contenido del título. Aunque eventualmente existieran otras edificaciones en la finca —así parece deducirse de la certificación catastral— no es obligatorio que la declaración de obra nueva se extienda a ellas. No puede denegarse la inscripción alegando un error descriptivo en el certificado del técnico, cuando ese error queda claramente subsanado con el resto de dicho certificado técnico. Lo que sí es imprescindible es que el certificado del técnico cuente con el oportuno visado colegial.

Resoluciones de 29 y 31-3-2010
(BOE 31-5-2010)
Registro de Madrid, número 23

BIENES GANANCIALES: ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD.

La interpretación correcta que sostiene la jurisprudencia del TS del artículo 1.357 del Código Civil, supone que lo importante, a efectos de saber si el bien es privativo, es que respecto del mismo se haya celebrado el contrato de compra con precio aplazado, con independencia de la fecha en que se realice la tradición real o instrumental. Tal precepto debe no obstante compatibilizarse con la aplicación preferente del artículo 1.355 del Código Civil. En

virtud de este artículo, el mero acuerdo de los esposos en el momento de la adquisición del bien altera la adscripción del mismo, provocando que se integre en el patrimonio consorcial en lugar de incluirse en el privativo del cónyuge que celebró la compra en su día. Este pacto de atribución de ganancia-
lidad no debe confundirse con los negocios traslativos de aportación de bienes a la sociedad de gananciales, en tanto estos operan sobre bienes que ya estaban previamente integrados en el patrimonio de uno de los esposos.

Resolución de 30-3-2010

(BOE 24-5-2010)

Registro de Majadahonda, número 2

LIBRO DE ACTAS DE COMUNIDAD.

Puede practicarse el diligenciado de un libro de actas de un órgano de gobierno de una comunidad constituida por los titulares de las diferentes participaciones indivisas de un local de cocheras, aunque tal comunidad no aparezca reflejada en los libros registrales. En este caso no se pondrá nota al margen de la inscripción, de dominio, pero se hará constar en el libro fichero especialmente previsto al efecto.

Resolución de 5-4-2010

(BOE 24-5-2010)

Registro de Alicante, número 3

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS HISTÓRICOS.

La constancia de una nota marginal de 1935, relativa a la inscripción de un arrendamiento rústico en el libro especial previsto al efecto en la legislación entonces vigente, no es óbice para la inscripción de una venta de la finca si en la escritura de venta el transmitente declara la libertad arrendaticia conforme a la ley actual.

Resolución de 6-4-2010

(BOE 31-5-2010)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 19

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

La referencia en el título de la concesión de un ferrocarril de uso privado a que existen terrenos accesorios a la concesión, no constando registralmente la afectación formal de los mismos a la referida concesión, no puede suponer que para disponer de aquéllos sea aplicable el régimen de disposición de la propia concesión.

Resolución de 8-4-2010

(BOE 24-5-2010)

Registro de Orense, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Las facultades de calificación del Registrador respecto de un auto judicial dictado en expediente de dominio alcanzan a verificar que no consta la participación indivisa que corresponde a cada uno de los reconocidos como titulares, ni el carácter ganancial o privativo de esa adquisición ni el título de adquisición. Calificado negativamente un título, los posteriores que traigan causa no se calificarán hasta que venza el asiento de presentación del primero.

Resolución de 9-4-2010
(BOE 24-5-2010)
Registro de Chiva, número 2

BIENES PRIVATIVOS: ACREDITACIÓN DE SU CARÁCTER.

La constancia registral de que una finca adquirida es privativa del marido, tratándose de una elevación a público de un contrato privado, requiere acreditar de forma fehaciente ese carácter. No basta, a esos efectos, aportar fotocopias de una escritura de capitulaciones por la que se pactaba el régimen de separación, máxime si, como ocurre en el caso, en el contrato privado aparecía que la finca se vendía también a la esposa.

Resolución de 12-4-2010
(BOE 24-5-2010)
Registro de Santander, número 4

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISIÓN DE LOCAL GARAJE.

Figurando en los estatutos de la propiedad horizontal la facultad del propietario de cada piso o local para dividirlo sin necesidad del preceptivo consentimiento de la junta, tal facultad implica la de establecer que las distintas participaciones del local de cocheras darán derecho a un uso exclusivo sobre diferentes partes del mismo.

Resolución de 14-4-2010
(BOE 24-5-2010)
Registro de Santa Cruz de la Palma

NOTA DE CALIFICACIÓN: REQUISITOS.

La nota de calificación por la que se suspenda la inscripción deberá expresar con suficiente claridad los hechos y fundamentos de derecho que sustentan la decisión del Registrador, sin que baste, a estos efectos, la mera remisión a una resolución de la Dirección General que, por otro lado, no contempla un caso exactamente igual al ahora calificado.

Resolución de 15-4-2010
(BOE 7-6-2010)
Registro de Jaén, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONTRIBUCIÓN A GASTOS COMUNES.

Siguiendo la más reciente jurisprudencia del TS, el Centro Directivo entiende que, aunque es posible pactar en los estatutos de la propiedad horizontal que la contribución a los gastos comunes no tenga necesariamente que ser proporcional a la cuota, e incluso prever la exoneración de algunos de los elementos privativos de tal contribución, esto sólo es posible si existe una causa objetiva que lo justifique.

Resolución de 16-4-2010
(BOE 7-6-2010)
Registro de Mojácar

DERECHO DE SUPERFICIE: ESCRITURA PÚBLICA.

De conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley del Suelo, es imprescindible para la inscripción de un derecho de superficie, tanto si es entre particulares como si tiene origen en la administración, el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, de la que resulte además el imprescindible consentimiento del adquirente de tal derecho.

Resolución de 19-4-2010
(BOE 7-6-2010)
Registro de Benissa

EXPROPIACIÓN FORZOSA: RELACIÓN DEL EXPEDIENTE CON EL TITULAR REGISTRAL.

No cabe practicar la inscripción de un expediente de expropiación si, cuando se presentan los correspondiente títulos, la finca está ya inscrita a nombre de otra persona distinta del antiguo titular con quien se ha entendido el procedimiento. Los principios hipotecarios impiden tal inscripción, habiéndose podido evitar este inconveniente si se hubiera practicado la nota prevenida en la regla 1.ª del artículo 32 del RH.

Resolución de 20-4-2010
(BOE 7-6-2010)
Registro de Las Palmas de Gran Canaria, número 6

SOCIEDAD MERCANTIL POR SU OBJETO.

Si una sociedad tiene un objeto mercantil debe, necesariamente, someterse a las normas del Código de Comercio, debiendo por tanto constituirse como sociedad mercantil e inscribirse en el RM.

Resolución de 21-4-2010
(BOE 21-6-2010)
Registro de Ponferrada, número 2

ANOTACIÓN DE EMBARGO: REQUISITOS. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Para practicar la anotación de embargo debe hacerse una interpretación integradora del mandamiento judicial, de forma que se considere bastante la identificación de la finca con la referencia a los datos registrales de la misma, y que baste la fijación de una cantidad para entender que ésta se refiere al principal reclamado. Sin embargo, por exigencias del tracto sucesivo, es imprescindible que conste el NIF de los demandados y que, si se demanda a una persona como heredera del titular registral, se acompañen los documentos que acrediten su condición de tal heredera.

Resolución de 22-4-2010
(BOE 24-6-2010)
Registro de Villaviciosa de Odón

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Transcurrido el plazo de cuatro años de su vigencia, la anotación caduca y no cabe ya anotar su prórroga, sin que quepa alegar que el mandamiento de prórroga se había presentado dentro de plazo en un Registro incompetente.

Resolución de 27-4-2010
(BOE 21-6-2010)
Registro de Alicante, número 2

ANOTACIÓN DE EMBARGO: CÓMPUTO DEL PLAZO DE VIGENCIA.

Procede la prórroga de una anotación de embargo si el mandamiento que la ordena se presenta en el Registro el primer día hábil siguiente al de finalización del plazo de cuatro años desde su fecha, si este último día es inhábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 del RH.

Resolución de 3-5-2010
(BOE 21-6-2010)
Registro de Palencia, número 2

CONVENIO REGULADOR: CONTENIDO.

Si en un convenio regulador se ha acordado que uno de los esposos venda a otro una finca, para la inscripción de esta transacción es imprescindible el otorgamiento de escritura pública, dado que no es éste el contenido típico de un convenio y deben aplicarse las reglas generales a los efectos de la inscripción de este negocio.

Resolución de 4-5-2010
(BOE 22-6-2010)
Registro de Benissa

CALIFICACIÓN REGISTRAL: ESCRITURA OTORGADA POR EL JUEZ EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

Tratándose de una escritura otorgada por el Juez en ejecución de una sentencia, no es imprescindible el testimonio íntegro de la citada sentencia, porque lo que se inscribe es la escritura y no la sentencia.

Resolución de 6-5-2010
(BOE 21-6-2010)
Registro de San Miguel de Abona

NOVACIÓN DE HIPOTECA: PLAZO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS.

Se considera inscribible una escritura por la que se nova un préstamo hipotecario, acordando la ampliación del plazo de vencimiento del mismo, pero con la particularidad de que a la fecha de otorgamiento de la escritura en cuestión, ya había vencido el plazo inicialmente estipulado. Y es que el plazo de vencimiento no implica la extinción de la obligación, sino sólo la exigibilidad de la misma. Además la novación sólo tiene efectos extintivos cuando así se pacte expresamente. La calificación de un documento debe hacerse de forma unitaria y no puede reservarse una segunda calificación para cuando se subsanen los defectos primeramente señalados.

Resolución de 7-5-2010
(BOE 24-6-2010)
Registro de Pobl de Vallbona

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no cabe pedir por vía del recurso gubernativo que se cancele una anotación que se dice fue erróneamente practicada.

Registro Mercantil

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 24-3-2010
(BOE 10-5-2010)
Registro Mercantil de Pontevedra, número I

ADMINISTRADORES. CESE. QUÓRUM.

En acuerdo adoptado en escritura por todos los socios, se nombran administradores estipulando que podrán ser cesados por acuerdo de los socios que representen dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital, cuando en los estatutos no se establece una mayoría cualificada para dicho acuerdo.

Esta cláusula no puede tener acceso al Registro pues, si se trata de un acuerdo de la Junta General, debe realizarse la correspondiente modificación estatutaria, y si constituye un pacto parasocial, debería tratarse de uno de los supuestos en que se permite su acceso, como a través de protocolos familiares que pueden tener reflejo tabular en los términos previstos en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL DOGC

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 1939/2010, de 20-4-2010
(DOGC 16-6-2010)
Registro de Barcelona, número 4

CÉDULA DE HABITABILIDAD.

La aportación de la cédula de habitabilidad o del certificado técnico sustitutivo es una norma de carácter imperativo que no admite exclusión voluntaria. Además se trata de una normativa que también le es aplicable a los casos en que el adquirente sea persona jurídica.

Resolución 1631/2010, de 21-4-2010
(DOGC 27-5-2010)
Registro de Mataró, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS QUE LIMITAN EL USO DE LOS DEPARTAMENTOS PRIVATIVOS.

De acuerdo con lo establecido en el Código Civil de Cataluña, se necesita para la válida adopción de un acuerdo de la Junta que implique la imposición de una limitación de uso para titulares de departamentos privativos, el consentimiento expreso de estos titulares afectados. No sería preciso, por el contrario, el consentimiento de un acreedor hipotecario, el cual dispone de los medios de protección que prevé la legislación hipotecaria.

Resolución 1667/2010, de 22-4-2010
(DOGC 31-5-2010)
Registro de Martorell, número 1

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO. ADMINISTRADORES: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL. OBLIGACIONES FISCALES. CESIÓN DE SUBSUELO A CAMBIO DE OBRA. DERECHO DE SUBEDIFICACIÓN. CONDICIONES RESOLUTORIAS.

Del pacto de reserva de dominio supone que el adquirente tiene una titularidad sujeta a condición suspensiva, pero ello no limita su poder de disposición. Para inscribir en el Registro actos otorgados por un administrador de una sociedad es necesario acreditar la previa inscripción en el Registro Mercantil. Debe acreditarse el cumplimiento de las obligaciones fiscales para levantar el cierre registral. En la cesión de subsuelo a cambio de obra debe identificarse las concretas edificaciones que servirán de contraprestación. En la constitución del derecho de subedificación ha de fijarse un plazo y establecerse las cuotas de la futura propiedad horizontal. Para inscribir una condición resolutoria es necesario que consten con suficiente precisión el hecho determinante de la resolución.

Resolución 1784/2010, de 26-4-2010
(*DOGC* 8-6-2010)
Registro de Sabadell, número 2

RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES: NOTAS DE AFECCIÓN FISCAL.

Considerando que una nota de afección fiscal no tiene un titular concreto, no cabe exigir el consentimiento de la comunidad autónoma para su cancelación, pudiendo practicarse ésta si se acredita que se practicó improcedentemente.

ANÁLISIS CRÍTICO
DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

*CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD.
ESTUDIO DEL DIES A QUO Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DETERMINACIÓN DEL DIES A QUO PARA EJERCITAR LA ACCIÓN.—III. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN POR PASIVIDAD DEL ACTOR DURANTE UN LARGO PERÍODO (ONCE AÑOS DESPUÉS DE LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO DEL MENOR).—IV. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD NO MATRIMONIAL CUANDO HA CESADO LA POSESIÓN DE ESTADO (1).

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 39 de la Constitución asegura la protección integral de los hijos, lo que se compagina con la inexactitud en la determinación de la paternidad real si se atribuye a quien no es progenitor (2).

(1) Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2004, recurso 73/2004. Ponente: GÓMEZ FLORES, Jesús María. Número de sentencia: 48/2004. Número de Recurso: 73/2004. LA LEY 1277/2004. Aunque la actora había gozado de la posesión de estado durante más de cuatro años desde la inscripción de la filiación, por lo que debería considerarse caducada la acción, sin embargo, al tiempo del ejercicio de la misma, los actos constitutivos de la posesión de estado se habían interrumpido por lo que debe considerarse que no existe impedimento para la aplicación del artículo 140.1 del Código Civil, que no contempla limitación alguna en cuanto al ejercicio de la acción de impugnación.

(2) Dentro del Capítulo III (De los principios rectores de la política social y económica), el artículo 39. señala que:

Los principios que informaron la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (*BOE* de 19 de mayo) mantuvieron la necesidad de prevalencia de la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial.

El legislador reguló aquellos principios desarrollándolos y determinando cuanto se refiere al ejercicio de los derechos que se encierran en el artículo 136 del Código Civil al no poner límite a la investigación de la paternidad y estableciendo tiempos para el ejercicio judicial de la correspondiente acción con la flexibilidad suficiente para proteger el interés del marido impugnante de la filiación que se le atribuye, estableciendo el inicio para el cómputo del tiempo en que puede defender sus derechos como esposo, como padre y como miembro de una familia determinada. Posibilidades de ejercicio y su respeto que juegan tratando de desvirtuar la presunción que, afectando en principio a todo marido, establece el artículo 116 del Código Civil. Presunción, susceptible de ser combatida, ya que resulta decisivo el hecho veraz de ser hijo y también el hecho de ser verdadero padre (3) en consonancia con el artículo 39 CE.

II. DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO* PARA EJERCITAR LA ACCIÓN

La jurisprudencia ha sido amplia en la interpretación del contenido del precepto y así, *durante la anterior legalidad*, las sentencias de 24 de enero de 1947 y de 14 de octubre de 1963 habían establecido que la inscripción del nacimiento del hijo en el Registro Civil no implica conocimiento del nacimiento por el presunto padre y que el comienzo del plazo para impugnar la paternidad era a partir del momento del verdadero conocimiento del nacimiento del atribuido hijo.

Actualmente, es constante la jurisprudencia que exige que el ejercicio de la acción se haga en el plazo que marca el artículo 136 en íntima vinculación con el artículo 116 y la presunción que establece este último (sentencia de 22 de diciembre de 1993 y 20 de junio de 1996) y no puede menos de traerse a capítulo la muy especial sentencia de 30 de enero de 1993 (LA LEY 448-5/1993) que señala como caso de particular atención en el cómputo de aquel tiempo de caducidad: «no hay indicio alguno que permita poner a su cargo (el del marido impugnante) la más mínima demora ni mucho menos dejación de su decisión impugnatoria, tan pronto pudo entrever la verdad en su relación paterna, poniendo seguidamente en marcha, inmediatamente de tener

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

(3) Artículo 116 del Código Civil: Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

mera sospecha, la decisiva investigación biológica» la preeminencia de una realidad demostrada y absolutamente contradictoria (4).

La jurisprudencia de la Sala Primera ha puesto de manifiesto desde siempre [STS de 3 de diciembre de 2002 (LA LEY 152/2003), con apoyo en las de 30 de enero de 1993 (LA LEY 448-5/1993) y 23 de marzo de 2001 (LA LEY 4332/2001)], que la aplicación rigurosa y literal del artículo 136 del Código Civil, en los casos en los que la paternidad resulta absolutamente descartada ofrece serios problemas de contradicción con los señalados principios que inspiraron la reforma de 1981. Recordemos que el artículo 136 del Código Civil señala a efectos de que el padre pueda impugnar la paternidad atribuida desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, con lo que el precepto le viene a otorgar la legitimación activa necesaria a tales efectos (5).

De esta manera siempre ha señalado que el formalismo del artículo 136 no puede llevarse a extremos tales que conllevarían a instaurar situaciones de indefensión en el padre atribuido por la Ley que llega a conocer que no es el progenitor del menor, al estar el actor afectado de impotencia y no podría en modo alguno impugnar la asignación registral, llegándose así a situaciones fraudulentas que no autoriza el artículo 6.4 del Código Civil (que es precisamente el supuesto de hecho de la STS de 15 de septiembre de 2003, que luego analizaremos).

La STS de 16 de octubre de 2008 (núm. 919/2008, rec. 2918/2002), señaló que la doctrina jurisprudencial sobre la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad marital no ha sido uniforme, destacando que las últimas sentencias han seguido un criterio claro, pero enfatiza en que:

«Las de 23 de marzo de 2001 (LA LEY 4332/2001) y 3 de diciembre de 2002 (LA LEY 152/2003) han dicho explícitamente que los principios generales del derecho, desde la reforma del Código Civil de 1981, conforman una “patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial”, lo que es abonado por la normati-

(4) El artículo 127 del Código Civil recogía la admisión de toda clase de pruebas en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas. Para ello y como presupuesto de asentar la filiación sobre la verdad biológica, hay que tener presente tanto su aspecto positivo como el negativo (no acreditación demostrada de la paternidad). Artículos 127 a 130 derogados por el apartado 2.1.º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero).

Anteriormente, recordemos que decía que: En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.

(5) Artículo 136 del Código Civil: *El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento* (Declaración de inconstitucionalidad de este párrafo por STC 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio).

Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en párrafo anterior, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.

va constitucional cuyo artículo 39 “asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud de la determinación de la paternidad” y tal breve plazo de caducidad “conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral”, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 CE».

Desde 1981 hasta junio de 2005, el artículo 136 del Código Civil otorgaba la legitimación al marido para la acción de impugnación de su paternidad marital, ligándola al breve plazo de caducidad de un año, cuyo *dies a quo* era la *inscripción de la filiación en el Registro Civil o desde que conocía el nacimiento*.

La jurisprudencia, como se ha dicho, apuntó primero y reiteró después, no sin sentencias contradictorias, que *el día inicial era el conocimiento del marido de su no paternidad del hijo que había concebido y dado a luz su esposa, que podría no coincidir con la inscripción*.

Cuestión que llegó al Tribunal Constitucional y en dos sentencias declaró la *inconstitucionalidad del párrafo primero de dicho artículo en cuanto comportaba que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empezase a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil*.

Son las sentencias 138/2005, de 26 de mayo, y 156/2005, de 9 de junio, ambas dictadas por el pleno del Tribunal Constitucional (6).

Posteriormente y siguiendo la misma línea, la sentencia STS de 3 de octubre de 2008 (núm. 915/2008, rec. 2398/2004) concluye afirmando que: «Sin desconocer el alcance de la declaración de inconstitucionalidad del citado precepto —que no tiene un efecto anulatorio del mismo, sino que *comporta la obligación del legislador de trazar, de forma precisa, y en aras de la seguridad jurídica, el dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva* (STC 138/2005, F.J. 6.º)—, la aplicación de la norma debidamente acomodada a las exigencias constitucionales impone la obligada consecuencia de *no considerar caducada la acción impugnatoria ejercitada por el marido dentro del plazo de un año a contar desde que tuvo noticia de su falta de paternidad biológica*, en línea, por lo tanto, con el criterio ya seguido por esta Sala en anteriores resoluciones (sentencias de 3 de diciembre de 2002, 15 de septiembre de 2003, y 12 de diciembre de 2004), en las que se declara que la aplicación rigurosa del artículo 136 del Código Civil a supuestos en los que la paternidad está absolutamente descartada, ofrece serios problemas de contradicción con los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, y que el referido precepto no puede llevarse a extremos tales que llevarían a instaurar situaciones de tensión en el padre atribuido por la Ley que llega a conocer que no es el progenitor del menor, situaciones que incluso pueden calificarse de fraudulentas, no autorizadas, por ello, por el artículo 6.4 del Código Civil».

Así nos encontramos con que cuando el progenitor conoce con posterioridad su incapacidad para procrear, el *dies a quo* para determinar el momento del comienzo del plazo de caducidad de un año, cuenta desde el momento en

(6) Sentencias del Tribunal Constitucional, número 138/2005, de 26 de mayo de 2005 (BOE, núm. 148, Suplemento de 22 de junio de 2005) y número 156/2005, de 9 de junio de 2005 (BOE, núm. 162, Suplemento, de 8 de julio de 2005).

que el progenitor tuvo conocimiento cierto, apoyado en pruebas médico científicas de su incapacidad para procrear (7).

III. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN POR PASIVIDAD DEL ACTOR DURANTE UN LARGO PERIODO (ONCE AÑOS DESPUÉS DE LA INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO DEL MENOR)

Los tiempos de accionar han de ser examinados en función del hecho en que se sustenta la pretensión actora. Así pues, se impugna la paternidad respecto al último hijo nacido durante el matrimonio del demandante con la esposa y madre demandada, nacido el 5 de mayo de 1983, de gestación y parto de la esposa, y la demanda rectora de este procedimiento se presentó el 26 de febrero de 1994, casi once años después (8).

Este lapso de tiempo transcurrido entre uno y otro momento exige consignar que el demandante se encontraba embarcado y en la mar, en el desempeño de su profesión, con la consiguiente repercusión de este tiempo en la imposibilidad de sus relaciones familiares en su domicilio en Burgos, tiempo no variable en ese sentido computable sobre resultados aunque se le sume el que le precede desde el 10 de septiembre de 1982, fecha que, al decir de la esposa, fue de coincidencia y reunión de marido y mujer en Valencia.

El demandante vuelve a embarcar el 14 de noviembre de 1982 y no regresa a su domicilio hasta el 6 de agosto de 1983, recibiendo en su momento un telegrama con la noticia de aquel nacimiento, prosiguiendo la vida normalmente sin que dejen de mediar *sospechas (o celos)*, según reconoce el recurrente

(7) STS de 15 de septiembre de 2003, recurso 2786/2000. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 825/2003. Número de recurso: 2786/2000. LA LEY 2832/2003. *Dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial. Atención al momento en que el presunto progenitor, afectado de impotencia, tuvo conocimiento de su incapacidad para procrear, y no a la fecha de la inscripción registral. Interpretación no formalista del artículo 136 y aplicación del artículo 1.969, ambos del Código Civil.

En el caso de autos, el hijo de la unión matrimonial que mantuvieron los litigantes —resuelto por sentencia de divorcio—, fue inscrito en el Registro Civil el 4 de marzo de 1985 y la demanda se presentó el 6 de julio de 1998, transcurrido en exceso el plazo legal referido, pero ello no impide la interpretación del precepto atendiendo a las circunstancias concurrentes integradas en los hechos probados, firmes en casación, y acreditan que el padre demandante, ante las dificultades de tener descendencia de su segundo matrimonio, acudió al médico especialista que emitió dictamen el 20 de noviembre de 1997 y ratificó en prueba testifical, en el que diagnosticó que padecía azoospermia y una atrofia testicular bilateral que le imposibilitaba para tener descendencia. A su vez, las pruebas de investigación de la paternidad realizadas en el Instituto Nacional de Toxicología son contundentes, pues su resultado es el siguiente: «Permiten excluir la paternidad biológica de don Augusto con respecto a Romeo».

Partiendo del hecho que desde el conocimiento de su esterilidad por el demandante, conforme al informe dicho del urólogo, de fecha 20 de noviembre de 1997, y que la demanda ha sido presentada el 6 de julio de 1998, el plazo legal de un año no ha transcurrido y ha de precisarse su influencia a efectos de considerar no caducada la acción o sí ha tenido lugar, atendiendo a la inscripción en el Registro Civil.

(8) STS de 30 de septiembre de 2000, recurso 1908/1995. Ponente: José Ramón Vázquez Sandes. Número de sentencia: 895/2000. Número de recurso: 1908/1995. LA LEY 11013/2000 (TS 1.ª), de 30 de septiembre de 2000.

te en su escrito de recurso, y solo en el año 1992, durante su permanencia en el hogar por tiempo de seis meses a causa de estar en paro, entra en sospechas de relaciones de su esposa y trata de acreditarlas mediante testimonio de dos hermanas suyas.

El Tribunal Supremo en este caso concluyó que era un supuesto de caducidad por pasividad del actor durante un largo período, conocida la imposibilidad de concepción atendiendo al período de gestación derivado de la fecha inscrita del nacimiento.

El presunto progenitor debería según la doctrina jurisprudencial expuesta sin la más mínima demora ni mucho menos dejación de su decisión impugnatoria, tan pronto pudo entrever la verdad en su relación paterna, poniendo seguidamente en marcha, inmediatamente de tener mera sospecha, la decisiva investigación biológica.

IV. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD NO MATRINONIAL CUANDO HA CESADO LA POSESIÓN DE ESTADO (9)

Impugna la demandante la sentencia que desestimaba su demanda de impugnación de la paternidad, por considerar caducada la acción ejercitada, indicando que ello no se habría producido, ya que el *dies a quo* para el cómputo de los plazos debía comenzar a contarse desde que tuvo conocimiento de que el demandado señor Tomás no era su padre biológico.

La Juzgadora se apoya en lo dispuesto en el artículo 140.2 del Código Civil, que establece que en los supuestos donde existe la llamada posesión de estado, la acción impugnatoria puede ser ejercitada por quien aparece como hijo o progenitor, y caducará en principio pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente, reconociéndose en todo caso a los hijos la posibilidad de instar dicha acción «durante un año después de haber llegado a la plena capacidad» (art. 140.3).

El recurso que formula Carla parte de que habiendo quedado acreditado que Tomás no es su padre biológico, procede la rectificación de la filiación, y para ello habría de tenerse en cuenta para el cómputo de los plazos de caducidad el momento en el que la hija *habría tenido conocimiento de dicha circunstancia*, pues según indica, desconocía tal extremo y se habría enterado «por confesión de su madre en los últimos meses de 2002, dos años después de haber cortado toda relación con Tomás». Se alega, en suma, error en la apreciación de las pruebas y en la aplicación del derecho, insistiendo la recurrente que debe procurarse que no prevalezca la ficción jurídica sobre la verdad material o biológica.

(9) Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, sentencia de 26 de febrero de 2004, recurso 73/2004. Ponente: GÓMEZ FLORES, Jesús María. Número de sentencia: 48/2004. Número de Recurso: 73/2004. LA LEY 1277/2004. Aunque la actora había gozado de la posesión de estado durante más de cuatro años desde la inscripción de la filiación, por lo que debería considerarse caducada la acción, sin embargo, al tiempo del ejercicio de la misma, los actos constitutivos de la posesión de estado se habían interrumpido, por lo que debe considerarse que no existe impedimento para la aplicación del artículo 140.1 del Código Civil, que no contempla limitación alguna en cuanto al ejercicio de la acción de impugnación.

Desde el reconocimiento de la filiación no matrimonial efectuado en su momento por Tomás (en 1986), hasta el momento de la ruptura de éste con la madre de Carla, se han dado plenamente las circunstancias que dicho precepto establece. Con posterioridad, la hija alcanzó la mayoría de edad y transcurrió el año a que se refiere el artículo 140 en su último inciso, *por lo que habiendo existido posesión de estado la acción debería entenderse prescrita*.

Siendo pues cuestión capital a la hora de permitir el ejercicio de la impugnación de la paternidad la de que exista posesión de estado es doctrina jurisprudencial la de que por posesión de estado debe entenderse aquella relación del hijo con el padre (o madre, en su caso), en concepto de tal hijo (*nomen, tractatus, fama*) manifestada por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública.

La jurisprudencia es unánime cuando exige que la posesión de estado debe ser constante y continua (sentencias de 19 de enero y 6 de junio de 1931 y 19 de enero de 1933), persistente y permanente (sentencia de 27 de diciembre de 1944), y se entiende que no es continua si es interrumpida, si se cesa en los actos en que la posesión pretende fundarse (sentencias de 19 de enero de 1941, 26 de abril de 1951 y 24 de abril de 1962).

La interrupción e inmediata y definitiva cesación completa de la posesión de estado en el presente caso es evidente, ya que una vez producida la ruptura de las relaciones entre Tomás y Gema, éstas no sólo no se han vuelto a reanudar, sino que los actos que anteriormente podrían determinar esa apariencia externa de paternidad que la ley exige han desaparecido. Tampoco se daban cuando alcanzó su mayoría de edad, el precepto que debe aplicarse será el 140.1 del Código Civil, y por ende, la acción no podrá reputarse como caducada. Ello conlleva necesariamente que el recurso debe prosperar, y como quiera que ha quedado acreditado que Tomás no es el padre biológico de Carla (por el propio reconocimiento que aquél efectúa), deberá estimarse su pretensión reconociéndole el derecho que solicita en relación a la rectificación del Registro Civil.

RESUMEN

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD Y CADUCIDAD

No cabe considerar caducada la acción impugnatoria ejercitada por el marido dentro del plazo de un año a contar desde que tuvo noticia de su falta de paternidad biológica, ya que la aplicación rigurosa del artículo 136 del Código Civil a supuestos en los que la paternidad está absolutamente descartada, ofrece serios problemas de contradicción con los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, siguiendo la doctrina constitucional de las sentencias de 26 de mayo de 2005 (STC 138/2005) y de 9 de junio de 2005

ABSTRACT

CHALLENGE OF PATERNITY AND EXPIRATION

Action by the husband to challenge paternity taken within one year of receiving news that he is not the biological father cannot be considered to have expired. Strict application of article 136 of the Civil Code to cases where paternity is absolutely ruled out offers serious problems of contradiction with the principles underlying the Act of 13 May 1981, following the constitutional doctrine of the rulings of 26 May 2005 (Constitutional Court Ruling 138/2005) and 9 June 2005 (Constitutional Court Ruling 156/2005). The said ru-

(STC 156/2005), las cuales insisten en la obligación del legislador de trazar, de forma precisa, y en aras de la seguridad jurídica, el dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva.

lings insist on legislators' obligation to mark precisely, for the sake of legal certainty, the day from which the period for taking action to challenge matrimonial paternity begins, within canons respectful of the right to effective judicial protection.

1.2. Familia

UNIÓN NO MATRIMONIAL, INEXISTENCIA DE COMUNIDAD DE BIENES Y REPARTO DEL PREMIO DE LA LOTERÍA (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UNIÓN DE HECHO, COMUNIDAD DE BIENES Y REPARTO DE GANANCIAS DEL PREMIO.

I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas se va a analizar el supuesto del reparto del premio de la lotería cuando no hay una comunidad de bienes en una pareja de hecho durante su convivencia y además no queda probado que los litigantes convivieran en el momento de ser agraciado el boleto adquirido por el demandado con el premio cuya mitad reclama la demandante.

En el caso de autos, además, tras su separación, ambas partes dieron pleno valor a un documento con el que zanjaron todas las cuestiones económicas existentes entre ambos, señalando diferentes domicilios, y comprometiéndose el demandado a abandonar la vivienda común (2).

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 4 de febrero de 2010, recurso 1345/2005. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 31/2010. Número de recurso: 1345/2005. LA LEY 865/2010.

(2) El hecho básico en que se apoya la acción parte de una convivencia en que ambos, desde aproximadamente 1997, con intermitencias y separaciones, habiendo tenido un hijo en común, hasta que en fecha 10 de abril de 2001 rompen la relación y suscriben un documento, con una serie de pactos, que el primero dice así:

«Primero: Que siendo imposible continuar con la vida en común, han acordado zanjar todas las cuestiones económicas existentes entre ambos, señalando a partir de esta fecha, domicilios independientes comprometiéndose a respetar mutuamente la vida privada del otro».

II. UNIÓN DE HECHO, COMUNIDAD DE BIENES Y REPARTO DE GANANCIAS DEL PREMIO

La unión de hecho o matrimonio de hecho o convivencia *more uxorio* es la convivencia con análoga afectividad a la matrimonial, sin la celebración formal del matrimonio, que no es antijurídica, sino extrajurídica y produce o puede producir efectos personales, económicos o de filiación.

La jurisprudencia mantiene la no aplicación de la normativa sobre el matrimonio y la apreciación de una comunidad de bienes siempre que se deduzca de la voluntad de los convivientes y la protección a la parte más débil de la relación evitando injustos perjuicios (3).

Sin embargo cuando en la convivencia no se constituyó una comunidad económica, la cuestión es diferente máxime si la misma se extinguió antes de la adquisición de aquel boleto comprado con dinero exclusivo del demandado, cuando en ese momento además no había convivencia, ni comunidad, ni atisbo alguno de una participación por parte de la mujer.

De hecho la Sala primera, en sentencia de 31 de octubre de 1996, ya se ha pronunciado en caso de existencia de una convivencia en una unión de hecho donde sí hay una comunidad de bienes, regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil (4). En ese caso se afirma la existencia de una propiedad compartida del billete de lotería premiado y además datos demostrativos de la voluntad de hacer común la suerte a ambas partes, actora y demandado, queriendo compartir la suerte haciéndola común (5).

En caso de matrimonio seguido bajo el régimen económico-matrimonial de gananciales, las ganancias obtenidas en el juego son bienes gananciales y ello fue contemplado por la STS de 22 de diciembre de 2000 (6), que calificó

En ella se contemplan las deudas, gastos pendientes y la venta de una vivienda común hasta su total liquidación, tras lo cual, se prevé: «Una vez cumplido lo pactado, reconocen ambos tener por zanjadas cuantas diferencias y cuestiones económicas compartían, sin que tengan nada que reclamarse mutuamente».

Posteriormente, en fecha 12 de mayo de 2001, el demandado es agraciado con el premio de la lotería primitiva a que antes se ha aludido.

(3) La sentencia que se cita en el recurso, de 17 de enero de 2003, contempla el caso de una larga convivencia, tras la que se reconoce a la mujer una parte de los bienes que se habían adquirido durante la vida en común. No comparable con la situación que tratamos en este pequeño estudio.

(4) Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 31 de octubre de 1996, recurso 33/1993. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. Número de recurso: 33/1993. LA LEY 10847/1996.

(5) Si el demandado cobró el premio y lo ingresó en su cuenta corriente pero inmediatamente lo traspasó a la cuenta corriente de la actora en la que él estaba autorizado para disponer; si se hicieron adquisiciones conjuntas a cargo del premio y con cargo a esa cuenta corriente; si de ella se extrajeron cantidades para donarlas tanto a familiares de él como de ella, es razonable concluir que actora y demandado quisieron compartir la suerte del boleto, queriendo jurídicamente una comunidad de bienes sujeta a los artículos 392 y sigs. del Código Civil, y no disolverla en el momento del cobro del premio, como erróneamente estima el recurrente.

(6) Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de diciembre de 2000, recurso 2029/1997. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 1230/2000. Número de recurso: 2029/1997. LA LEY 99/2001.

Los bienes gananciales son, como concepto, los procedentes de las ganancias que obtienen los cónyuges directa o indirectamente, y, en primer lugar, como esenciales, los

como bien ganancial al dinero procedente de boleto de lotería premiado, comprado por el marido separado de hecho, circunstancia que no incide en la sociedad de gananciales aún activa (no se probó que el boleto pertenecía a la madre del esposo a pesar de haber sido ingresado parte del dinero cobrado en una cuenta bancaria a nombre de ésta). Aunque también es posible que haya duda sobre el carácter de ganancial de las ganancias obtenidas por la lotería como ocurrió en la STS de 25 de octubre de 2006 (7).

Pero en caso de unión de hecho, tan sólo sería común si se acredita la existencia de una comunidad de bienes.

Además la Jurisprudencia entiende que no puede aplicarse la doctrina del enriquecimiento injusto en el caso de la obtención de un premio de lotería por quien había sido su pareja de hecho y ya no lo era al tiempo del premio y con el cual nunca había llegado a formar una comunidad de bienes.

RESUMEN

UNIÓN NO MATRIMONIAL

La mera convivencia que no ha constituido una comunidad económica de bienes y que se extinguió antes de que el demandado adquiriese el boleto de lotería que resultó premiado, no posibilita que el premio sea común, ni siquiera aplicando la teoría del enriquecimiento injusto.

ABSTRACT

NON-MATRIMONIAL UNION

Mere cohabitation without constituting a community property regime over economic assets, with cessation of cohabitation before the defendant purchased a winning lottery ticket, is not grounds for shared ownership of the prize, not even under the theory of unjust enrichment.

precedentes de la actividad de los mismos, sea constitutiva o no de esfuerzo o trabajo, y en ella se incluyen las ganancias obtenidas en el juego, según dispone el artículo 1.351 del Código Civil.

En el caso presente, pues, el dinero obtenido en la lotería es un bien ganancial, lo cual no se discute, sino que la litis se lleva al terreno de la prueba, al mantener los demandados que la titularidad del boleto de lotería era de la madre codemandada, ajena a la comunidad ganancial y, por ello, el dinero obtenido no pertenece a ésta. Lo cual se ha negado, como presupuesto fáctico inamovible en casación, por la sentencia de la Audiencia Provincial.

(7) Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 25 de octubre de 2006, recurso 5041/1999. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de sentencia: 1076/2006. Número de recurso: 5041/1999. LA LEY 119509/2006. Inclusión en el activo ganancial del importe del premio de la Lotería Nacional, y reclamación de la mitad del mismo. Inaplicación de la presunción de ganancialidad porque no se ha dado cumplimiento al presupuesto inexcusable de la prueba de que se trata de bienes existentes en el matrimonio.

1.3. Derechos reales

LA ¿NECESARIA? DIVISIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. CONCEPTOS GENERALES Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA COMUNIDAD DE BIENES.—II. LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN Y SUS EXCEPCIONES.—III. EL ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 400.2, 401 Y 404 DEL CÓDIGO CIVIL: ¿ES SIEMPRE NECESARIA LA DIVISIÓN DE LA COMUNIDAD?—IV. CONCLUSIONES.

I. CONCEPTOS GENERALES Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA COMUNIDAD DE BIENES

Existe comunidad de bienes romana cuando, según establece el artículo 392 del Código Civil, la «propiedad de una cosa o de un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas». Por lo tanto, supone un mismo derecho a favor de varias personas a la vez, de forma que cada uno de los partícipes o comuneros tiene una parte ideal y alícuota sobre ese derecho, que denominamos cuota, de la que puede disponer libremente a favor de terceros, o incluso renunciar a la misma.

Los principios rectores de la comunidad romana son la autonomía privada de la voluntad, en el sentido de que cada comunidad de bienes se rige, en principio, por sus propios estatutos; proporcionalidad, lo que significa que cada comunero debe contribuir y recibir beneficios en función de la cuota que tenga sobre la cosa común; el principio democrático, en virtud del cual, las decisiones deben tomarse por mayorías; y el principio de libertad individual, ya que cada comunero conserva su propia libertad para renunciar a su derecho, liberándose de sus obligaciones, o salir de la situación de indivisión en cualquier momento.

En este sentido, tradicionalmente, se ha considerado que la comunidad de bienes debe ser algo transitorio e incluso antieconómico (1), y que la indi-

(1) Véase la STS de 15 de febrero de 1966, que afirma que: «el estado de indivisión que la comunidad de bienes produce se ha considerado siempre como una situación transitoria y antieconómica», y en el mismo sentido, la STS de 19 de octubre de 1992, señala que: «las situaciones de indivisión en los estados de comunidad de bienes son tenidas en las legislaciones modernas transitorias, al actualizarse el aforismo de la jurisprudencia romana *communio est mater discordiarum*, por lo que la transformación del derecho por cuota de condominio en propiedades privadas e individualizadas viene a ser la regal normal que se ha de procurar, por razones jurídicas, económicas e incluso sociales para posibilitar convivencias más armónicas». Igualmente, las SSTs de 4 de abril de 1997, 25 de noviembre de 1993 y 9 de septiembre de 1986, afirman que: «la comunidad de bienes se configura tradicionalmente como un estado transitorio, en el que nadie puede ser forzado a continuar de forma indefinida».

visión que supone, puede terminarse en cualquier momento, siempre que lo pida alguno de los copartícipes. No es de extrañar que la doctrina (2), mayoritariamente, haya considerado que la situación de cotitularidad es «mala», y en consecuencia, deba extinguirse. Lo que está en perfecta consonancia con el hecho de que la comunidad de bienes de tipo romana tiene su origen en una concepción individualista del mundo, en la que lo verdaderamente importante es el derecho individual de cada uno —que se traduce en la cuota—, y por eso, la comunidad se concibe como algo transitorio o incidental, destinado a terminar.

Además, y derivado del principio democrático, la administración y gestión de la comunidad exige unanimidad de los titulares para cualquier acto de disposición sobre la cosa común, y mayoría de cuotas para los actos de administración (3). Esto supone una dificultad a la hora de gobernar y del funcionamiento de la propia comunidad, que puede generar conflictos y problemas entre los comuneros; por eso, se considera que la comunidad de bienes es una situación que debe ser pasajera, y no definitiva, de forma que el final lógico de la misma es su extinción, fundamentalmente a través de la división de la cosa común, pues como bien señala el artículo 400 del Código Civil: «nadie puede ser obligado a permanecer en indivisión», y, añadimos nosotros, a soportar las incomodidades derivadas de la misma.

Hemos de plantearnos si esa división de la cosa común, a la que parece que está avocada la comunidad de bienes como fin natural de la misma, es siempre positiva y necesaria, o si por el contrario, en determinados supuestos, deberíamos abogar por la subsistencia de la comunidad y limitar la facultad de división, para alcanzar de forma más eficaz los objetivos propuestos por la propia comunidad.

II. LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN Y SUS EXCEPCIONES

El artículo 400 del Código Civil recoge la división de la cosa común como el medio natural y más efectivo de poner fin a la comunidad de bienes y la situación de indivisión (SSTS de 10 de julio de 2000, 6 de marzo de 1998 y 27 de mayo de 1988). El TS afirma que sólo tras la división o partición de la cosa común se extingue la comunidad, y los comuneros pasan a ser propietarios exclusivos de lo que se les adjudique y no desde que se solicite dicha división (STS de 6 de julio de 1993). Para conseguir la división de la cosa común se concede a los comuneros una acción específica: la acción de división.

Esta acción, como afirma el TS: «se concreta en el derecho de cada comunero a obtener una parte material de la cosa, si ésta es divisible, o una parte del precio de venta obtenido si es indivisible» (STS de 10 de mayo de 1990). A la vez, se configura la posibilidad de división como un derecho indiscutible e incondicional de cada propietario, además de imprescriptible (SSTS de 27 de diciembre de 1999, 8 de marzo de 1999, 6 de junio de 1997, 5 de junio de 1989, 31 de diciembre de 1985 y 31 de enero de 1967...); sin embargo, el derecho a

(2) Véase, por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 358 y sigs.

(3) Confirman la necesidad de mayoría para los actos de administración de la cosa común, las SSTS de 27 de abril de 1990, 23 de octubre de 1990, 6 de marzo de 1997 y 28 de julio de 1997.

dividir no es un derecho autónomo, sino que más bien se trata de una facultad incluida en el derecho del comunero; en este sentido, la STS de 8 de junio de 1945 afirma que: «la facultad de pedir la división no es un derecho con sustantividad propia, que puede extinguirse por su no ejercicio, sino simple facultad *res mera facultatis* que nace y renace en todo momento de la relación de comunidad y ha de considerarse subsistente mientras la propia comunidad dure». Por eso, se trata de una facultad imprescriptible e irrenunciable. Igualmente, la STS de 21 de marzo de 1988 que repite la STS de 31 de diciembre de 1985, además de insistir en los caracteres dichos, añade que, como consecuencia del carácter transitorio de la comunidad, la acción de división debe tener un carácter absoluto, «pues no se reconoce excepción alguna a su ejercicio, es concebida como irrenunciable e imprescriptible y no se admite sino limitadamente el pacto de indivisión». Estas sentencias recogen la doctrina de la STS de 11 de noviembre de 1927, en la que se señala el carácter absoluto de la facultad de división, que no puede verse limitada ni siquiera por el propio artículo 401 del Código Civil.

La doctrina igualmente, y de forma mayoritaria, considera que la acción de división, o la facultad de dividir es inseparable de la condición de comunero, y que debe obrarse en todo caso que se precise, y subraya igualmente su carácter imprescriptible e irrenunciable (4).

Sin embargo, la división de la cosa común tiene algunas excepciones notables, contempladas en el Código Civil. No podrá dividirse la cosa común:

- a) cuando exista un pacto de indivisibilidad de la cosa común entre los comuneros (art. 400.2 CC);
- b) cuando la cosa sea materialmente indivisible (art. 404 CC);
- c) y cuando la cosa sea inservible para el uso al que se destina (art. 401 CC).

En este sentido se manifiestan las SSTs de 11 de mayo de 1999, 2 de julio de 1998 y 10 de noviembre de 1995, cuando afirman que: «la facultad de división no es absoluta sino que tiene las siguientes limitaciones: que exista un pacto vinculante de indivisión, que la cosa resulte inservible, según su uso y destino tras la división y, por último, que la cosa fuese esencialmente indivisible».

Además, no faltan voces en la doctrina que se empiezan a plantear si siempre y en todo caso debe concederse al comunero la facultad de división de forma imprescriptible, o si la interpretación que hasta ahora ha hecho el TS puede ser desproporcionada en algunos casos. En este sentido, Díez Pícazo (5) afirma que la idea romana de división y extinción de la comunidad de bienes: «debe ceder paso a necesidades modernas en que se requiere, para la satisfacción de los intereses de los afectados, la permanencia de la situación de comunidad y, en consecuencia, la exclusión de la acción de división mientras el objeto esté destinado a la finalidad que exige esa permanencia».

Es decir, la irrenunciable facultad y el indubitado derecho a dividir del comunero parece no ser tan absoluto, sino que en determinadas ocasiones, no procede, bien por imposibilidad, o bien por acuerdo de voluntades de las partes que deciden, en ese caso, permanecer en indivisión, probablemente

(4) Véase, por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 2, ob. cit., págs. 358-359.

(5) Díez Pícazo, L., *Sistema de Derecho Civil, III, Derecho de Cosas. Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 79.

porque ese estado es más favorable o ventajoso para ellos. Debemos plantearnos entonces, cuándo es buena la indivisión, y por tanto no es necesaria la división de la cosa común.

III. EL ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 400.2, 401 Y 404 DEL CÓDIGO CIVIL: ¿ES SIEMPRE NECESARIA LA DIVISIÓN DE LA COMUNIDAD?

a) EL PACTO DE INDIVISIÓN

El Código Civil permite en el artículo 400.2, que los comuneros establezcan un pacto para permanecer en indivisión durante un plazo máximo de diez años. En este artículo se permite, basado en el principio de autonomía de voluntad que rige la comunidad de bienes, que los comuneros decidan limitar el ejercicio de la facultad de solicitar la división de la cosa común.

Si bien este pacto no supone, como afirma ECHEVERRÍA SUMMERS (6), que se obligue a los comuneros a permanecer en indivisión, pues siempre pueden salir de la misma, enajenando o renunciando a su cuota, sí es indicativo de que, en determinados casos, los comuneros pueden preferir que la comunidad continúe durante cierto tiempo, probablemente para conseguir los fines económicos propuestos con la misma.

La duración del pacto debe establecerse de forma expresa, pero siempre con el límite máximo de diez años, si bien es prorrogable, en las mismas condiciones del pacto inicial, y siempre que sea aprobado por unanimidad de los comuneros, pues están renunciando temporalmente a una facultad. La falta de plazo expreso, o de consentimiento de algún comunero haría nulo este pacto.

La existencia voluntaria y consentida de este pacto, como ya hemos dicho, hace sospechar que los comuneros quieren permanecer en indivisión para la consecución de los fines previstos con la misma. Esto es así porque muchas veces la comunidad nace para conseguir desarrollar una actividad comercial determinada, lo que implica una relación entre los distintos sujetos que la componen, y representa, en definitiva, un modelo o forma de realización de intereses que persiguen fines económicos (7). No es de extrañar, entonces, que la comunidad deba permanecer durante el periodo necesario para la consecución de dichos fines; y una forma de asegurarlo es a través del pacto de indivisión, que limita la facultad de división, pero en ningún caso impide a un comunero abandonar la comunidad disponiendo de su cuota.

Que la comunidad de bienes puede ser un instrumento válido y ventajoso en algunas ocasiones, queda de relieve cuando el propio legislador organiza de esta forma instituciones como la medianería, garajes en copropiedad, etc. (8).

(6) ECHEVERRÍA SUMMERS, F., «Comentarios a los artículos 392-406 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 576.

(7) DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, III, Derecho de Cosas. Derecho Inmobiliario Registral*, Tecnos, Madrid, 1978, pág. 248.

(8) DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, III, Derecho de Cosas. Derecho Inmobiliario Registral*, ob. cit., pág. 80.

b) LA INDIVISIBILIDAD DE LA COSA (ART. 404 CC)

Cuando la cosa es física o materialmente indivisible, tampoco puede llevarse a cabo la facultad de división de la cosa común. En este caso, el Código Civil determina que la cosa se adjudique —por entero— a uno de los copropietarios que debe indemnizar al resto, o bien si esto no se estableciera, debe venderse a un tercero y repartir el dinero obtenido entre los condóminos en proporción a su cuota. El TS no establece la necesidad de que para poder venderla a un tercero, primero haya que haberse intentado la división mediante la adjudicación a un comunero (STS de 6 de julio de 1989), basta con que la cosa sea indivisible y no conste acuerdo de adjudicación (30 de marzo de 1981).

La indivisibilidad de la cosa en este supuesto es siempre una indivisibilidad de carácter físico, jurídico y económico (SSTS de 11 de mayo de 1999 y 25 de marzo de 1996), y la indivisibilidad o no de la cosa es una cuestión de hecho que, en consecuencia, atañe a los tribunales de instancia (SSTS de 14 de diciembre de 1999, 22 de marzo de 1999 y 12 de marzo de 1996).

Considero que este supuesto es distinto del anterior (art. 400.2) y del siguiente (art. 401), en el sentido de que aquí no se está limitando o privando de la facultad divisoria, no se quiere o pretende de algún modo permanecer en indivisión porque la comunidad tiene que cumplir unos fines económicos concretos, sino, al contrario, este supuesto, como dice ECHEVERRÍA (9), es una «división económica de la cosa», y por lo tanto, es la que se produce «aun resultando imposible la material». Este autor continúa afirmando que lo previsto en este artículo 404 del Código Civil es una verdadera «solución divisoria, mientras que lo que se establece en el artículo 401 del Código Civil es una exclusión a la división misma de la cosa común».

c) INUTILIDAD DE LA COSA PARA EL USO AL QUE SE DESTINA (ART. 401 CC)

Este supuesto, bien distinto del anterior, excluye directamente la facultad de división de la cosa común.

Y lo excluye porque si se dividiera la cosa (aunque físicamente fuera posible), la misma dejaría de servir, de ser útil, para los fines que se esperaban de ella. Se trata de una indivisibilidad jurídica, que incluye, como ha señalado el TS, que «la cosa resulte inservible para el uso que se destina, como su anormal desmerecimiento, como la generación de un gasto considerable a los partícipes para lograr dicha partición» (SSTS de 11 de mayo de 1999, 2 de julio de 1998, 13 de julio de 1996 y 3 de abril de 1995).

En otras palabras, la finalidad de la propia comunidad de bienes fracasa, y como probablemente ésta se estableció para conseguir un fin determinado, imposible de lograr si se divide la cosa, podemos decir que, en este supuesto, no es posible salir de la indivisión a través de la división de la cosa común.

En la doctrina existen dos posturas en torno a este supuesto del artículo 401 del Código Civil:

(9) ECHEVERRÍA SUMMES, F., «Comentarios a los artículos 392-406 del Código Civil», *ob. cit.*, pág. 581.

- a) Aquellos autores que consideran que el artículo 401 del Código Civil supone la exclusión de la facultad divisoria total; no puede dividirse la cosa, se excluye la división en todas sus formas (10).
- b) Los que reconducen lo previsto en este precepto a lo recogido en el artículo 404 del Código Civil, es decir, que se contempla un tipo de indivisibilidad de la cosa, y por tanto, podría salirse de la indivisión, producirse la división —económica, según ECHEVARRÍA—, al adjudicarse a un tercero la cosa entera (11). Como dice LACRUZ BERDEJO (12), se «excluiría la partición material, pero no la económica, previa venta», por tanto, los artículos 401.1.º y 404 contemplan supuestos semejantes. Se trata de la tesis tradicional en la doctrina y ha sido confirmada por sentencias del TS en sus primeras etapas; entre otras pueden destacarse las SSTS de 14 de junio de 1985, 11 de noviembre de 1927 y 28 de noviembre de 1957, que confirman la equivalencia de efectos entre los artículos 401 y 404 del Código Civil, en el sentido de que siempre se puede salir de la indivisión a través de la venta de la cosa a un tercero, consagrando el carácter absoluto de la acción de división.

Encontramos más acertada la primera postura. Los artículos 401 y 404 contemplan situaciones distintas, pues su tenor literal es diferente, ya que el 401 dice: «no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible», dando a entender que no se puede dividir la cosa porque se excluye la facultad divisoria, pues la cosa al ser inservible hace fracasar la comunidad de bienes, que se originó para conseguir un fin determinado. Igualmente, y como señala LACRUZ BERDEJO (13), sus antecedentes legislativos, del Código Civil italiano de 1865, llevan a interpretarlo en el sentido dicho, de que pretenden excluir la facultad divisoria por entero. Miquel afirma que lo que se pretende con el 401 es la exclusión de la propia facultad de división, y que este supuesto se refiere a cosas comunes que tienen una utilidad en relación a otras, como patios, vestíbulos, etc. Es decir, partiendo de esta tesis se puede abogar por la indivisibilidad de determinadas situaciones, que deben continuar en indivisión para conseguir sus finalidades, como ocurre, por ejemplo, en los elementos procomunales de la propiedad horizontal (14).

(10) Como representante de esta postura, véase a MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Acción de división de cosa común. Buena fe y abuso del derecho. Presunción de buena fe», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 12, 1986, págs. 4061-4070, y *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1105; GULLÓN BALLESTEROS, A., «La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia», en *ADC*, XVIII-2 (1965), pág. 330 y sigs.; BRIOSO ESCOBAR, T., «Cuestiones sobre la comunidad de tipo romano y la facultad de pedir la división», en *RDN*, 197 (1980), pág. 71 y sigs.; ECHEVARRÍA SUMMES, F., «Comentarios a los artículos 392-406 del Código Civil», *ob. cit.*, pág. 581; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 2.º, *ob. cit.*, pág. 358 y sigs.

(11) Defienden esta postura MANRESA Y NAVARRO, J., *Código Civil español*, arts. 337-479, tomo 3, Reus, Madrid, 1955; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, III.2*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 43.

(12) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 2.º, *ob. cit.*, pág. 361.

(13) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 2.º, *ob. cit.*, págs. 361 y 362.

(14) ECHEVARRÍA SUMMES, F., «Comentarios a los artículos 392-406 del Código Civil», *ob. cit.*, pág. 581.

Esta postura surge como respuesta a las dificultades que se pueden originar en ciertas comunidades por la estricta aplicación de la absolutividad de la facultad de división, y por eso, el 401 es una excepción justificada al derecho a dividir, ya que la indivisión se impone como consecuencia de la propia naturaleza y finalidad del bien.

Por último, la STS de 10 de noviembre de 1995 parece inclinarse por esta opción, pues afirma el distinto alcance de ambos preceptos, referido el 401.1 del Código Civil a hacerse inservible la cosa para el uso que se destina, y el 404 a la división material de la cosa, que es esencialmente indivisible. En el mismo sentido, la STS de 9 de julio de 1951 niega el pretendido derecho a la división económica del artículo 404 del Código Civil, aun siendo la cosa indivisible, por lo que se confirma la quiebra de la absolutividad de la división. Igualmente, la STS de 1 de febrero de 1962 rechaza la posibilidad de división de la cosa común, no por la indivisibilidad de la cosa, sino porque «la división haría imposibles los fines para los que la comunidad fue constituida».

El artículo 401 del Código Civil, a nuestro entender, excluye la facultad divisoria, pues como ya hemos dicho, es necesario y bueno permanecer en indivisión en los casos en los que la cosa se hace inservible; y no será bueno dividir la cosa ni siquiera económicamente mediante la venta del todo a un tercero; es distinto, por tanto, del 404 del Código Civil.

IV. CONCLUSIONES

En definitiva, la comunidad de bienes romana esencialmente transitoria e incidental, destinada a extinguirse a través de la división de la cosa común, puede ser, en determinados supuestos, de carácter más duradero e indefinido cuando sea necesario para cumplir u obtener sus fines.

La facultad de división, *a priori* absoluta e imprescriptible, tiene sus límites y excepciones, y estos son realmente dos: el pacto de indivisión —por voluntad de las partes, que quieran conseguir unos determinados fines—, o que la cosa resulte inservible para los fines previstos, pues en este caso se excluye la facultad de división, tal y como afirma el 401.1 del Código Civil.

Sin embargo, la indivisibilidad física de la cosa común, lejos de ser un límite a la facultad divisoria, es expresión de la misma en términos económicos, pues puede salirse de indivisión vendiéndola a un tercero. Solución que no se puede aplicar a los casos anteriores donde la voluntad de los comuneros o los propios fines de la cosa común impiden su extinción.

La finalidad de la cosa común se convierte de este modo en el criterio determinante de su divisibilidad o no, ya que su división no es siempre necesaria.

RESUMEN

COMUNIDAD DE BIENES. DIVISIÓN

La comunidad de bienes de tipo romana es una situación, en principio, transitoria, y destinada a su extinción, fundamentalmente a través de la divi-

ABSTRACT

COMMUNITY PROPERTY. DIVISION

Roman community property is in principle a transitory situation intended to be terminated, fundamentally through the division of the thing join-

sión de la cosa común. Se plantea en este trabajo si la división de la cosa común que puede pedir un comunero para salir de la situación de indivisión es siempre necesaria o recomendable; o si por el contrario, las excepciones a la misma deberían permitirse e incluso normalizarse, pues, la comunidad de bienes, a veces, no es tan perjudicial como se supone, sino más bien al contrario, es necesaria para la consecución de unos fines determinados.

tly owned. This paper addresses the question of whether division of the thing jointly owned at the petition of one of its joint owners in order to sever the situation of undivided ownership is always necessary or recommendable; or whether on the contrary exceptions should be permitted and even normalised, because a community property regime is sometimes not as injurious as one supposes. On the contrary, such a regime may be necessary for the achievement of certain ends.

1.4. Sucesiones

**DISCAPACIDAD SENSORIAL Y TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL:
EL TESTAMENTO DE PERSONA CIEGA COMO TESTAMENTO
ORDINARIO DOTADO DE MAYORES GARANTÍAS. SU CONCILIACIÓN
CON EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD Y EL DE FAVOR
TESTAMENTI**

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED
Secretaria IDADFE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: DERECHO A TESTAR DE LAS PERSONAS CON VISIÓN REDUCIDA Y GARANTÍAS REFORZADAS EN LA VARIANTE DEL TESTAMENTO NOTARIAL ABIERTO.—II. DE LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL A LA REFORMA EN MATERIA DE TESTAMENTOS: EL DENOMINADO TESTAMENTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD SENSORIAL DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN: 1. LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL DEL ARTÍCULO 698: EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO. 2. DEPENDENCIA, DISCAPACIDAD SENSORIAL, MINUSVALÍA VISUAL: LA INCLUSIÓN EN EL DERECHO PRIVADO DE INSTITUCIONES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA. EL *ITER PARLAMENTOS* DE LA LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS: SENTIDO Y FINALIDAD DEL TESTAMENTO DEL CIEGO. 3. DERECHO FORAL: NOTAS SOBRE LA REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN, LA TERMINOLOGÍA DEL ARTÍCULO 421.8 Y LA DEFINITIVA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE SIETE TESTIGOS.—III. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO O DE PERSONA CON PERCEPCIÓN VISUAL LIMITADA: 1. EL TESTAMENTO ABIERTO DE OTORGANTE CIEGO COMO TESTAMENTO ORDINARIO DOTADO DE MAYORES GARANTÍAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 8 DE ABRIL DE 1969, LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANTERIOR A LA COMPILACIÓN CATALANA Y LA CEGUERA TOTAL O PARCIAL, SI IMPIDE LA LECTURA O LA FIRMA, EXIGE LA APLICACIÓN DE LAS FORMALIDADES

PREVENIDAS EN EL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. APLICACIÓN DE LAS SOLEMNIDADES Y GARANTÍAS DEL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL PARA AUTENTICAR LA VOLUNTAD DEL OTORGANTE QUE PRESENTA CEGUERA SOBREVENIDA Y NO CONGÉNITA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE ABRIL DE 1973: BASTA CON QUE SU CEGUERA LE IMPIDA LEER Y ESTAMPAR SU FIRMA. 3. REQUISITOS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO EN CASO DE TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR PERSONA CON DEFICIENCIA VISUAL: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 22 DE JUNIO DE 2005. 4. LA FORMA DEL TESTAMENTO COMO GARANTÍA DEL TESTADOR RESPECTO A LA EXACTITUD Y PERMANENCIA DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009. 5. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD, PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI* Y CARGA DE LA PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR EN EL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE DICIEMBRE, DE 2009.—IV. LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE AFIRMA LA PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DEL OTORGANTE Y EL PRINCIPIO *FAVOR TESTAMENTI*.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: DERECHO A TESTAR DE LAS PERSONAS CON VISIÓN REDUCIDA Y GARANTÍAS REFORZADAS EN LA VARIANTE DEL TESTAMENTO NOTARIAL ABIERTO

El derecho a testar de las personas con deficiencias visuales siempre ha estado previsto en la legislación correspondiente (1), si bien se ha rodeado de ciertas especialidades garantistas referidas a los testigos y a la lectura del documento. Estas particularidades en materia de testamento abierto notarial y de conformidad a la redacción originaria del Código Civil, exijan que al acto de otorgamiento concurriese, caso de que el testador presentase ceguera, además de tres testigos idóneos, que uno de estos testigos instrumentales u otra persona firmase por él a su ruego y, adicionalmente, se diere lectura por dos veces del testamento, por el Notario y por testigos o por persona designada por el testador.

El fundamento que sustentaba —y sustenta— esta variante en el testamento notarial abierto (2) no persigue otra intención que la de proteger los intereses del invidente o de quien no pueda leer por sí el testamento. Se trata, por tanto, de que se tenga la certeza de que su voluntad es la reflejada en el documento notarial.

Con todo, y como veremos ahora y la jurisprudencia ha tenido ocasión de aclarar, una de las cuestiones controvertidas en la materia es el alcance que deba darse a la expresión «ciego». En este sentido y siguiendo la actual política jurídica de protección de las personas con discapacidad, bien podría entenderse que ha de ser equiparable con algún grado de discapacidad sensorial reconocida administrativamente. Por el contrario, y sin necesidad de certificación alguna, bastaría con la apreciación casuística de si el interesado puede o

(1) Como ha señalado la mejor doctrina, «la posibilidad de que una persona invidente pudiera gozar de la “testamentifacción activa” es algo que desde siempre le fue concedido» (GONZÁLEZ PORRAS, «Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección Quinta. Del testamento abierto», en *Comentarios al Código Civil*, tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid, 1987).

(2) Así lo califica el PROFESOR LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2008, 5.^a ed., pág. 62.

no leer por sí el día del otorgamiento, soportando quien pretenda la nulidad del testamento por falta de cumplimiento de requisitos, la carga de la prueba referida a la acreditación de la ausencia o defecto de visión.

Por fin y en cuanto a otro aspecto de especial interés, nos ocuparemos de la renovación legislativa en materia de testamentos, tanto en Derecho Común como Foral. En particular, la reforma del Derecho Común, abordada por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, prestó especial atención al «deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo», suprimiéndose el general concurso de testigos, salvo en los supuestos en que el testador «aunque pueda firmarlo, sea ciego o declara que no sabe o no puede leer por sí el testamento» (3).

II. DE LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL A LA REFORMA EN MATERIA DE TESTAMENTOS: EL DENOMINADO TESTAMENTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD SENSORIAL DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN

1. LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL DEL ARTÍCULO 698: EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO

El testamento notarial abierto, hasta la reforma del año 1991 que veremos en el siguiente epígrafe, exigía la concurrencia de tres testigos idóneos, exigencia «muy criticada, principalmente por los propios Notarios, dado que ponía en cuestión su buen quehacer profesional, frente a cuanto ocurría en el resto de las escrituras e instrumentos públicos, en los que la fe notarial se considera suficiente y bastante para dar cuenta del acto o contrato celebrado» (4).

En particular el precepto que se ocupaba del testamento del ciego era el 698, que decía: «cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento por dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695 (5), y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe».

Este testamento abierto era calificado de forma unánime como una de las variantes del testamento notarial, al tiempo que se señalaba en línea con la doctrina fijada por la sentencia de 12 de abril de 1973 (que se verá después), la necesidad de ser firmado por el testador, caso de que éste supiera hacerlo (6).

(3) Exposición de Motivos de la Ley.

(4) LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 60.

(5) «El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego, uno de los testigos instrumentales y otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos o puedan firmar. El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento» [vid., las apreciaciones de BLANQUER ÜBEROS, «Comentario al artículo del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 755 a 1759].

(6) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, pág. 233.

En este sentido y por comparación con el que era su inmediato precedente, el artículo 697 se refería a los requisitos especiales que había de completar el testamento del «enteramente» sordo, por lo que si como advierte el diccionario de la RAE, el sordo es el que no oye o no oye bien, el legislador no fue redundante al aclarar que este reforzamiento de los presupuestos del testamento abierto serían de obligado cumplimiento bajo pena de nulidad caso de que el otorgante careciese radicalmente de este sentido. Por el contrario, el artículo 698 y en buena lógica, no concretaba la extensión de esta privación sensorial ya que, como confirma el uso común y el empleado por la propia RAE, persona ciega es la que carece radicalmente de visión.

En este punto GONZÁLEZ PORRAS estimaba con claridad y argumentos irrefutables: «que la firma del ciego, salvo que declare que no sabe o que no puede firmar, haciéndolo entonces por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales o en su caso la persona de confianza que le acompaña para la segunda lectura, es imprescindible. Y ello por las siguientes razones: 1.^a) por haber sido así siempre y lo demuestra la tradición histórica, pues el testamento del ciego no es otra cosa que una variedad del nuncupativo normal y en éste la firma del testador es obligatoria, de suerte que no sería lógico pensar que se exige en casos, podemos decir, de testadores normales, y se prescinde en un supuesto en que se buscan mayores garantías; 2.^a) porque la falta de firma del testador y su posible sustitución sólo cabe en caso de manifiesta imposibilidad del testador (sentencias de 30 de septiembre de 1911, 4 de enero de 1952, 17 de febrero de 1956 y 30 de enero de 1964); 3.^a) que consecuentemente se debe concluir que si se pide en la forma normal, no se debe prescindir en esta modalidad si no es cuando se den iguales presupuestos (art. 695.2.º del Código Civil); 4.^a) que no significa un dato en contra el hecho de que el artículo 698 del Código Civil no se refiera a la firma y sí sólo a la doble lectura, pues se debe tener en cuenta que el legislador en 1888 atendía a lo que era normal y esto era que los invidentes eran analfabetos; pero de ahí no cabe deducir que si sabe no tenga por qué firmar, sino todo lo contrario: si sabe, debe firmar. Y, finalmente, porque la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (sentencias de 13 de junio de 1877, 3 de diciembre de 1878, 29 de octubre de 1879 y más recientes las de 8 de abril de 1969 y 12 de abril de 1973) viene sosteniendo que para la validez de los testamentos es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos que exige el Código Civil» (7).

2. DEPENDENCIA, DISCAPACIDAD SENSORIAL, MINUSVALÍA VISUAL: LA INCLUSIÓN EN EL DERECHO PRIVADO DE INSTITUCIONES DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA. EL *ITER PARLAMENTOS* DE LA LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS: SENTIDO Y FINALIDAD DEL TESTAMENTO DEL CIEGO

El debate de este proyecto de Ley trajo a colación cuestiones interesantes que, propuestas por el CDS fueron rechazadas por el Grupo Socialista, y en lo que en estas líneas se quiere destacar, por la mención a la discapacidad y minusvalía en lugar del genérico «ceguera» sin mayores precisiones. Antes de entrar a las cuestiones específicas de esta reforma, téngase en cuenta que tanto en el año 2003 como en el 2005, se introdujeron nociones ajenas al Derecho

(7) «Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección Quinta. Del testamento abierto», en *Comentarios al Código Civil, Tomo IX, Vol. 1 B*, Edersa, Madrid, 1987.

Privado en que requerirían de su concreción recurriendo a normas de carácter administrativo y reglamentario (8).

En este sentido, y como ya hemos destacado en otro lugar, «el sistema estatal de protección de las personas con autonomía limitada ha variado sensiblemente ya que, en particular, se ha hecho titular y destinatario de ciertas políticas públicas a la persona con discapacidad, siempre y cuando ésta tenga reconocida administrativamente dicha circunstancia. Y es en este esquema donde se integra la figura del patrimonio protegido o la nueva regulación de la autotutela, por ejemplo. En síntesis, estas últimas modificaciones, fruto de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, como las operadas por Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad sobre accesibilidad universal, se caracterizan por haber erigido a la persona con discapacidad como elemento subjetivo determinante para la aplicación de ciertas medidas».

Tal y como sucedería poco después con el artículo 68 del Código Civil —por lo que a los derechos y obligaciones de los cónyuges corresponde— donde se incluyó la atención a las personas en situación de dependencia. En este caso y previa a su configuración jurídica y técnica, tuvo entrada en el ordenamiento privado al incorporarse al Código Civil (9). En este sentido reza ahora su artículo 68: «los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas

(8) Otras conquistas legislativas han reconocido ciertos derechos, como el del voto secreto, a las personas con discapacidad visual, si bien especificándose el grado de la discapacidad que se reclama para ejercitar este derecho o, mejor, el porcentaje requerido para el voto de esta naturaleza. Ya es habitual la incorporación de esta calificación administrativa para concretar la aplicación incluso de vías especiales para el ejercicio de derechos fundamentales. Así, el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio. Dice su Exposición de Motivos que: «el artículo 9.2 de la Constitución Española señala que los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. En esta misma línea, el artículo 49 de nuestra Carta Magna contiene un mandato para que dichos poderes públicos realicen una política de integración de las personas con discapacidad y las amparen en el ejercicio de sus derechos. Por su parte, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establecen el marco normativo de plena ciudadanía y de inclusión de las personas con discapacidad en el medio social, a cuyo fin los poderes públicos adoptarán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva para asegurar la participación de estas personas en todas las esferas, incluida la vida política y los procesos electorales». Dicho lo cual, el artículo 3 preceptúa sobre la *Comunicación de la utilización del procedimiento de voto accesible*: 1. Las personas con discapacidad visual que conozcan el sistema de lecto-escritura braille y tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 o sean afiliados a la Organización Nacional de Ciegos Españoles». Por su parte, la Orden INT/3817/2007, de 21 de diciembre, desarrolla el procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, regulado en el Real Decreto 1612/ 2007, de 7 de diciembre.

(9) Según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 18 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE de 9 de julio de 2005).

dependientes a su cargo» (10). Si bien el propósito de este trabajo no es el estudio del alcance y extensión de estas últimas obligaciones, lo cierto es que se hacen acreedoras de alguna reflexión, ya que si el reparto de las responsabilidades domésticas había suscitado cierto debate social, no había sucedido lo mismo con la incorporación de este cuidado y atención, que se refiere no sólo a la familia sino, también, a quienes estén a su cargo e independientemente, parece, del vínculo que pueda existir entre ellos (11).

En lo que se refiere a los debates parlamentarios, como decíamos y sin éxito, fue propuesta una enmienda en materia de inidoneidad de ciegos y sordos para ser testigos, que en lugar de vedar absolutamente esta posibilidad quedase abierta a criterio notarial con la siguiente redacción: «los discapacitados cuya minusvalía impida cumplir con tal cometido», para después concretar que sería más correcto: «los que tengan minusvalías que, a juicio del notario, les impidan cumplir con tal cometido» al tratarse de una discriminación no autorizada por la Constitución. Lo cierto y como es sabido es que esta enmienda fue rechazada pero, con todo, deja testimonio de la inclusión en el lenguaje parlamentario de unas instituciones y denominaciones a las que por entonces se había prestado un relativo interés (12).

Por lo que al testamento abierto notarial del ciego, conviene ahora transcribir y valorar el alcance de dicha reforma abordada por la mencionada Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos (13). La redacción finalmente aprobada por lo que al testamento del ciego se refiere es la contenida en el artículo 697, que declara: «Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 1. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. 2. Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada. 3. Cuando el testador o el Notario lo soliciten».

Apréciase por tanto y por lo que al testador ciego se refiere, que si éste sabe o puede firmar, aunque no le resulte posible leer el testamento, habrán de concurrir al otorgamiento dos testigos instrumentales. En cuanto a la posibilidad de que el testador no pueda firmar o se planteen dudas sobre la autenticidad de su firma, idénticos motivos exigirán la presencia de estos dos

(10) Vid. MORETÓN SANZ, «El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia», en LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 31 a 49.

(11) Lo cierto es que el artículo 68 no estaba incluido en el texto inicial del Proyecto presentado a las Cortes —Proyecto de Ley núm. 121/000016— (vid., BOCG, VIII Legislatura, Serie A, 1 de diciembre de 2004); antes bien es la enmienda número 37 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) la que insta la adición del artículo 68 en el sentido finalmente aprobado. La justificación alegada se limitaba a fundar la enmienda de adición en «proclamar la igualdad en aspectos considerados responsabilidad exclusiva o preferente de la mujer» (vid. BOCG, VIII Legislatura, Serie A, 15 de marzo de 2005).

(12) Vid. Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. IV Legislatura, año 1991, número 308, en particular, págs. 8738 y 8743; Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. IV Legislatura, 56 (b), 24 de octubre de 1991, pág. 5.

(13) *BOE* de 23 de diciembre de 1991, 306.

testigos, con la particularidad de que la ausencia de firma no será causa de nulidad. Si adicionalmente quien no pueda leer sea también sordo, tanto los testigos como el propio Notario deberán leer el documento ante el otorgante con la intención de que se acredite que la voluntad fijada en el testamento es la expresada por el otorgante (14).

En este sentido se trata de una norma restrictiva y, por ende, no susceptible de interpretación extensiva, por lo que se ha dicho con buen juicio que: «esta modalidad testamentaria *debe constreñirse* al supuesto de que el testador sea *ciego* o de que *no sepa o no pueda leer por sí* el testamento y, además, que sea *enteramente sordo*. Si solamente concurre una de las dos primeras circunstancias, más no la segunda de ser enteramente sordo, propiamente no existe modalidad testamentaria sino el simple cumplimiento de la concurrencia de los dos testigos» (15). Por tanto ha desaparecido el requisito la formalidad o requisito e la doble lectura (16).

3. DERECHO FORAL: NOTAS SOBRE LA REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN, LA TERMINOLOGÍA DEL ARTÍCULO 421.8 Y LA DEFINITIVA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE SIETE TESTIGOS

Consecuencia directa de la entrada en vigor de esta Ley 30/1991 y mediante el expediente del reenvío previsto en el sistema foral navarro, se ha actualizado en idéntico sentido que la nueva redacción del Código Civil, al regirse la materia por el Derecho Común (17). Así en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (18) en su *Libro II, De las donaciones y sucesiones; Título V, Del testamento y sus formas, el Capítulo II*, relativo a las formas del testamento en la Ley 188 se dice sobre Testamento ante Notario: «Los testamentos abiertos otorgados ante Notario requieren la intervención de dos testigos. —Los testamentos cerrados autorizados por Notario requieren la intervención de siete testigos—. En lo demás se aplicarán las disposiciones del Código Civil». Por su parte, la Ley 193, *Otros testamentos*, declara: «se aplicarán en Navarra las disposiciones de los artículos 688 a 693, 697 y 698, 701 y 702, y 716 a 736 del Código Civil, en cuanto a los respectivos testamentos» (19).

(14) Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios a la Sección quinta: *Del testamento abierto*», *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 2009, 3.ª ed., págs. 857 a 867.

(15) ROCA SASTRE, *Derecho de sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.ª ed., págs. 181 y 182.

(16) Sobre el proyecto, vid., FELIÚ REY, «Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos», en *RCDI*, 607, 1991, pág. 2261 y sigs.; FERREIRA, «La idoneidad de los testigos en los testamentos», en *RCDI*; 617, 1993, pág. 863 y sigs.

(17) Sobre esta técnica advierte la doctrina que: «sin embargo, esta técnica de la remisión estática tiene para supuestos como el presente las dificultades añadidas de ir a remolque de una legislación modificada con criterios» (DURÁN RIVACOBIA, «La doctrina estatutaria en el Fuero Nuevo de Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, 15, 1993, pág. 132).

(18) *BOE* 57 a 63, de 7, 8, 9, 10, 12, 13 y 14 de marzo de 1973; corrección de errores en *BOE* 129, de 30 de mayo de 1974.

(19) Por su parte, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, resuelve la cuestión en el artículo 184 en estos términos: «como excepción [al testamento

Prevía a esta solución y a falta de mención explícita en el Derecho navarro, en ocasiones se resolvía la cuestión recurriendo al Derecho romano, como ordenamiento supletorio, por lo que el testador ciego debería hacerlo ante Notario y siete testigos. En este sentido se ha destacado cómo una criticada sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de diciembre de 1867, «declaró válido un testamento de ciego ante sólo dos testigos. (...) Se pone en claro, pues, cómo a principios del siglo XVIII la práctica jurídica navarra recibió la Ley 3 de Toro en cuanto a las formalidades del testamento del ciego (ante cinco testigos), dejando de lado la anterior recepción de la doctrina del Derecho Justiniano (ante siete testigos). Desplazada la antigua legislación de Castilla, entre ellas las Leyes de Toro, el Código Civil que la sustituyó en 1889; y en Navarra, de modo natural, se siguió la nueva formalidad del artículo 698 (en su redacción original) para el testamento del ciego: doble lectura del testamento, uno por el Notario (conforme al art. 695) y otra por uno de los testigos u otra persona que el testador designe» (20).

En cuanto a la doctrina y práctica forense catalanas, existía cierto malestar sobre la aplicación de las rigideces que exigían la presencia en toda clase de testamentos: «la intervención de siete testigos y del tabulario, lo mismo para los que tenían vista que para los que carecían de tan preciado sentido (...) todavía está en vigor en la práctica ese Derecho de Romana para los ciegos catalanes». De modo que en la práctica se daba cuenta de la recomendación del cumplimiento de esta fórmula (21), criticándose ácidamente tal costumbre y reclamando que si para el Derecho catalán se aplicaba el sistema de dos testigos y notario, no debería exigirse siete para el ciego, por aplicación del principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Con todo y como es sabido, la práctica fue cediendo ante la evidencia de la localización de esos siete testigos en lugares pequeños, por su parte el proceso codificador catalán solucionó esta discriminación. En particular, la Ley 10/2008, de 10 de julio, aprueba el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (22); en este sentido y frente a la redacción anterior que pese a incluir el término constitucional de disminuido (23) lo hacía con la criticada fórmula de sustantivación (24).

Esta Ley 10/2008, deroga el Derecho catalán que ya había sido codificado en este ámbito, y lo cierto es que, en general, no introduce instituciones nuevas, perfecciona las existentes. Es el caso de esta forma testamentaria notarial

abierto ordinario], habrá de concurrir testigos al otorgamiento del testamento ordinario cuando: 1.º Lo solicite el testador o el notario. 2.º El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir» (vid., sobre la materia, BUSTO LAGO, «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, 2008, pág. 23 y sigs.).

(20) Vid. NAGORE YARNOZ, «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.

(21) FRANCISCO SÁNCHEZ, «Testamento del ciego. Siete testigos. Dos lecturas», en *La Notaría*, LV, 1, 1913, pág. 6 y sigs.

(22) *BOE* 190, de 7 de agosto de 2008.

(23) Artículo 49 de la CE.

(24) Vid. MORETÓN SANZ, «Derechos y obligaciones de los mayores en la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Sección Asuntos Sociales*, 70, septiembre de 2007, pág. 46.

especial que antes prevenida en la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones, determinaba en su artículo 115: «Cuando el testador sea ciego, completamente sordo, mudo o sordomudo, o por cualquier otra razón sea sensorialmente disminuido, el notario seguirá las determinaciones contenidas en la legislación notarial».

Y en la actualidad, dice así su nuevo artículo 421-8, sobre el *Testamento otorgado por una persona con discapacidad sensorial*: «Si el testador es ciego, sordo, mudo o sordomudo o por cualquiera otra razón es sensorialmente discapacitado, el notario debe seguir lo que la legislación notarial establece para estos casos». Por su parte, la Disposición Adicional segunda concreta la *Aplicación de medios para suplir la discapacidad sensorial*: «Cuando la legislación notarial haga posible la utilización del Braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios técnicos o electrónicos para suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura, en el otorgamiento de documentos notariales deben aplicarse estos medios con los efectos establecidos por los artículos 421-8, 421-10.2 y 421-14.5 del Código Civil de Cataluña».

III. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO O DE PERSONA CON PERCEPCIÓN VISUAL LIMITADA

1. EL TESTAMENTO ABIERTO DE OTORGANTE CIEGO COMO TESTAMENTO ORDINARIO DOTADO DE MAYORES GARANTÍAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 8 DE ABRIL DE 1969, LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANTERIOR A LA COMPILACIÓN CATALANA Y LA CEGUERA TOTAL O PARCIAL, SI IMPIDE LA LECTURA O LA FIRMA, EXIGE LA APLICACIÓN DE LAS FORMALIDADES PREVENIDAS EN EL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de abril, de 1969 (25), sobre el testamento del ciego en Cataluña y la aplicación del Derecho anterior a la Compilación (26), recoge, entre otras cuestiones reseñables, el supuesto de hecho del *testamento suscrito por un testador que presenta ceguera de forma sobreenvenida*, por lo que sí que podía firmar o, con más precisión, podía recordar cómo lo hacía cuando tenía visión y, de hecho, *había estampado su firma en un contrato suscrito unos días antes de testar*. En particular, la resolución declara no haber lugar al recurso de casación formulado por el actor contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona que, revocando parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia de Figueras, *declaró la validez del testamento*.

Dicen los Considerandos de la sentencia que: «el problema principal a dilucidar en el proceso queda circunscrito a *determinar la validez de un testamento otorgado en dicha región (Cataluña) por persona aforada que perdió la visión y que no lo firma alegando "no poder firmar, desde que no es vidente", en cuyo otorgamiento ante notario se han cumplido todos los requisitos del artículo 698 del Código Civil*, siendo así que se ha probado en los autos que unos cincuenta y cinco días antes, y cuando ya sufría el defecto dicho, estampó su firma en un contrato constante en documento privado que celebró con los hoy

(25) Ponente: el Magistrado Vicente TUTOR Y GUELBENZU.

(26) Según el texto recogido por la *RCDI*, 476, 1970, págs. 203 a 205.

litigantes; testamento que la sentencia recurrida, revocando la del Juzgado, declara válido y eficaz».

De modo que al haber suscrito contrato en documento privado y al haberlo firmado con su propia rúbrica, se alegaba en el recurso de casación del apartado I de las Reales Órdenes de 29 de noviembre de 1636, según el cual deben firmar las partes y «si no supieran, firme por ellas un testigo». Por tanto, los recurrentes deducían que sabiendo hacerlo el testador y no habiéndolo verificado, el testamento habría de ser declarado nulo. Y declara la sentencia que: «las Ordenanzas no introdujeron modificación respecto del testador ciego en la Ley 28, del Título XV, Libro VII de la Novísima Recopilación, al no tratarse de un testamento especial, sino de *añadir mayores garantías al nuncupativo normal, es evidente que al dar el notario fe del conocimiento del testador y de su manifestación de no poder firmar por su invidencia, se han cumplido no sólo todos los requisitos del nuncupativo normal, entonces vigentes, sino también las especiales de la doble lectura que exige el citado artículo 698 del Código, a que se refiere la nueva Compilación, sin que la firma de un invidente preste mayores garantías al testamento, pues sólo acreditaría que la estampó en un documento, pero no que éste sea en el que expresó su última voluntad y descartado todo peligro de la suplantación de la persona del testador al dar fe el Notario de su conocimiento*».

A mayor abundamiento advierte que «siendo el del ciego un testamento abierto normal con mayores garantías de autenticidad, no cabe en modo alguno prescindirse de la firma del testador que sabe hacerlo, cuando se exige en el normal que practica nuevos requisitos; ya que las disposiciones invocadas nada tratan de la firma del ciego y regulan el testamento nuncupativo, menos formalista, pero exigiendo la concurrencia de mayor número de testigos y demás que aparecen cumplidas en el que se debate; máxime dada la avanzada edad del testador y su ceguera sobrevenida que pudo ocasionarle la imposibilidad de firmar en aquel momento, aunque días antes lo hubiera verificado».

Así que como quiera que «el artículo 698 (27) no alude, lógicamente, a la firma porque normalmente los ciegos no pueden firmar y cuando, como en el presente caso, se sabe hacerlo por ser la ceguera sobrevenida, las firmas no son tales, sino dibujos imperfectos de una imagen recordada, como lo demuestra la contemplación de las obrantes en los autos; las solemnidades y garantías del artículo 698 son suficientes para autenticar la voluntad del testador y procede desestimar el motivo».

En definitiva y como concluía ROCA TRÍAS al analizar esta resolución: «la ley permite al ciego no firmar su testamento, puesto que la presunción lógica será el que no pueda hacerlo, debido a su defecto físico, aunque no es tan irrelevante la firma del ciego como da a entender la sentencia que hemos comentado; si el testador sabe hacerlo, consideramos que debe firmar, puesto que el testamento no sólo es la declaración de voluntad *mortis causa*, sin ésta más las formalidades y podría ser anulado el testamento de un ciego que declarase no poder firmar, siendo falsa esta declaración, no por falta de verdadera voluntad testamentaria, como se dice en la sentencia de primera ins-

(27) Recuérdese la antigua redacción de este artículo 698 del Código Civil que declaraba: «cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento por dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe».

tancia del caso estudiado, si no por ausencia de una formalidad exigida por el Código Civil» (28).

2. APLICACIÓN DE LAS SOLEMNIDADES Y GARANTÍAS DEL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL PARA AUTENTICAR LA VOLUNTAD DEL OTORGANTE QUE PRESENTA CEGUERA SOBREVENIDA Y NO CONGÉNITA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE ABRIL DE 1973: BASTA CON QUE SU CEGUERA LE IMPIDA LEER Y ESTAMPAR SU FIRMA

Por su parte, el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 abril de 1973 (29), ventila el caso de una demanda sobre validez y eficacia de testamento, interpuesta por los legatarios del tercio de libre disposición de su hermano, causante separado de su esposa, siendo herederos de los dos tercios restantes sus hijos, que son los demandados. Frente a la pretensión de los actores, los demandados se opusieron y formularon reconvencción solicitando la nulidad del testamento. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, desestimando esta reconvencción; interpuesta apelación y, sucesivamente, casación por los demandados reconvinientes, fueron desestimadas sus acciones.

En particular declara la sentencia de casación: «Que para combatir las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida, concretamente en relación con el hecho de que el testador don Jesús G. M. se hallaba imposibilitado de leer y firmar el testamento objeto de impugnación, otorgado por aquél en 30 de diciembre de 1964 ante el Notario de Ribadeo, don José María M. M., se formuló el primer motivo del recurso por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la LECiv, por error de hecho en la apreciación de la prueba, el que trata de deducir de una serie de documentos, ninguno de los cuales demuestra de modo auténtico, a efectos del recurso, que el testador no estuviera impedido para leer y firmar el testamento en el momento de su otorgamiento».

Adicionalmente y por lo que se refiere a la doctrina en materia de testamento abierto otorgado por testador con dificultades en la visión, sienta dicha resolución lo siguiente: «ha de tenerse en cuenta que para la válida aplicación de las formalidades exigidas por el artículo 695 del Código Civil (30), el Tribunal Supremo (el otorgamiento del testamento abierto por un ciego), no es necesario que la ceguera sea total o absoluta, sino que basta con la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente, para impedirle la lectura y estampar su firma con la claridad de rasgos que habitualmente caractericen aquélla, a fin de que lo

(28) ROCA DE LAQUE, «Comentario a la sentencia de 8 de abril de 1969: Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. Eficacia en los distintos tipos de testamentos», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 69, 2, 1970, pág. 321.

(29) *RJ* 1973/2284. Siendo Ponente GIMENO FERNÁNDEZ, vid., también, CASTRO LUCINI, en *RCDI*, 498, 1973, págs. 1306 y 1307.

(30) Antes de la reforma de este precepto efectuada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, rezaba: «El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por testador y los testigos que puedan hacerlo. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar. El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».

defectuoso de la misma no pueda originar la duda sobre su autenticidad y frente a la afirmación de la sentencia recurrida de que el testador en aquel acto sufría una ceguera total o que en todo caso le impedía la visualidad del texto escrito y la caligrafía de la firma, como no fuera un trazo de puro tropiezo, no combatida eficazmente esta afirmación fáctica, como queda expresado al tratar del anterior motivo, decae el presente, puesto que han sido cumplidos todos los requisitos formales exigidos por los artículos 695, 698 y 699 del Código Civil para el otorgamiento del testamento abierto por una persona que carezca de visión, dándose lectura del testamento una vez por el Notario y otra por uno de los testigos designados a dicho fin por el testador, el que a su vez firmó también por éste y a su ruego, a la vez de por sí, todo ello en unidad de acto y de lo que da fe el Notario autorizante del testamento».

3. REQUISITOS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO EN CASO DE TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR PERSONA CON DEFICIENCIA VISUAL: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 22 DE JUNIO DE 2005

Recogemos los puntos más relevantes de esta resolución resuelta después en la sentencia del Tribunal Supremo recogida en el epígrafe suficiente: «es de imperiosa necesidad que quien impugna el testamento abierto, acredite de forma cumplida, rotunda e incuestionable, la existencia del incumplimiento en el que pasa la nulidad que propugna y ello porque, como es sabido, por una parte, la capacidad de los testadores se configura como una presunción *iuris tantum* acomodada al principio de *favor testamenti* (art. 662 del Código Civil), referida al momento mismo en que se otorga testamento, de conformidad con el artículo 666 del Código Civil y, por otra, la mención que el notario realiza a favor de la capacidad del testador supone principio de certidumbre y por ello es preciso pasar por ella mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial lo contrario (SSTS de 23 de marzo de 1944 y 27 de enero de 1998), lo que obliga a combatir esta presunción por prueba suficiente y eficiente (STS de 19 de septiembre de 1998), sin que sea suficiente, a los efectos indicados, la duda acerca de la capacidad del testador de destruir aquella presunción».

Y siguiendo: «La conclusión de todo cuanto se ha expuesto no puede ser otra que la de considerar que la demandante, como la correspondía, no ha acreditado, con la rotundidad precisa, la carencia de visión bastante en el testador para que, en aplicación del artículo 697 del Código Civil, se exija la concurrencia al acto de otorgamiento del testamento, de dos testigos instrumentales, y con base en esta carencia y conforme a lo dispuesto en el artículo 687 de dicho Código, acordar la nulidad del testamento, sin que tenga trascendencia alguna la circunstancia de que al otorgamiento del testamento cuya validez se propugna por nulidad del posterior, sí comparecieran dos testigos, y ello porque se olvida que el primer testamento se otorgó el 29 de julio de 1985, esto es, bajo el régimen anterior a la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, en el que era necesaria la intervención de testigos, requisito que, con carácter general e incluso con ciertos efectos retroactivos, fue dejado sin efecto por referida norma, dejando a salvo unos concretos supuestos en los que por las circunstancias del caso, tal exigencia se mantenía» (31).

(31) RJ 2005/180.710.

4. LA FORMA DEL TESTAMENTO COMO GARANTÍA DEL TESTADOR RESPECTO A LA EXACTITUD Y PERMANENCIA DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009

Declara la sentencia que: «La forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria. No se puede admitir la relajación de las formas en este tipo de testamentos en los que no concurre un funcionario público experto que contraste la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Código Civil para cumplir las finalidades antes expuestas. La forma en los testamentos no es, por tanto, un elemento inútil y, en consecuencia, no se puede afirmar que la doctrina haya relajado este tipo de exigencias, de modo que cuando se plantea el problema de la validez del testamento cerrado que presenta algunos problemas de forma, el Código Civil opta por la presunción de revocación del testamento cerrado que ha perdido forma, tal como establece el artículo 742.1 del Código Civil, presunción que admite la prueba en contrario expresamente prevista en la misma disposición. Sin embargo, el problema real que presenta el actual recurso de casación no se refiere a la forma, sino al contenido del testamento, puesto que lo que se discute aquí es si existió o no auténtica voluntad testamentaria. El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el artículo 700 del Código Civil, constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos. A tal efecto, el artículo 679 del Código Civil define este testamento de la siguiente manera: “Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone”, y el artículo 700 del Código Civil dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, “puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario”. Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el artículo 695 del Código Civil, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento (STS de 27 de junio de 2000)».

5. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD, PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI* Y CARGA DE LA PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR EN EL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE DICIEMBRE DE 2009

Señalamos los aspectos más relevantes: «1.º Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 de noviembre de 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia. En este caso, se hace constar por el funcionario autorizante del testamento, que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que el testador se mostró conforme. Pocas dudas quedan, por tanto, de que su declaración de voluntad fue recogida literalmente por el notario, en un testamento

de contenido muy simple. 2.º Es cierto también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos previstos en el artículo 697.2 del Código Civil. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda. 3.º El notario debe apreciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento (art. 666 CC). Esta es una cuestión de prueba y, como se ha dicho antes, la sentencia recurrida apreció la capacidad del testador en el momento del acto del otorgamiento, aunque sí es cierto que para probarla en el litigio se han tenido en cuenta las circunstancias que concurrieron en el causante en los momentos anteriores. La recurrente no ha conseguido probar, como se ha venido repitiendo, la falta de visión del testador que le impidiera otorgar un testamento sin testigos, es decir, no ha conseguido destruir la presunción de capacidad, por lo que los argumentos que utiliza no pueden ser tenidos en cuenta. 4.º Estos mismos argumentos impiden tener en cuenta la alegación de que el artículo 738 del Código Civil ha sido aplicado indebidamente. No se ha conseguido demostrar la falta de aptitud del testador para otorgar el testamento en la forma en que lo otorgó» (32).

De modo que como decíamos antes y de conformidad a la redacción ahora del 697, no es redundante la remisión hecha al que fuere «enteramente» sordo, como supuesto de hecho que exige el concurso de dos testigos idóneos ya que, atendiendo al significado general y como advierte el diccionario de la RAE, el sordo es el que no oye o no oye bien. Distinta es la cuestión del ciego en la que el tenor literal del precepto no se detiene a especificar su alcance, toda vez que no es necesario concretar la extensión de esta privación sensorial ya que, como confirma el uso común y el empleado por la propia RAE, persona ciega es la que carece radicalmente de visión.

Presumiéndose, por tanto, la capacidad, lo cierto e indubitado es que, si quien otorga un testamento abierto notarial mantiene un resto de visión, la falta de presencia de los testigos exigidos en el mencionado artículo, habiendo quedado probado que el testador tuvo pleno conocimiento de su contenido, no es óbice ni causa de nulidad del citado testamento.

IV. LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE AFIRMA LA PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DEL OTORGANTE Y EL PRINCIPIO *FAVOR TESTAMENTI*

En resumidas cuentas, prima el principio de la capacidad del otorgante y del *favor testamenti*, como reiteradamente se ha pronunciado la jurisprudencia, así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de febrero de 2002, en la resolución de un recurso de casación donde se ventilaba un asunto relativo a la petición de declaración de nulidad del testamento, declara que «debe partirse siempre de la capacidad del testador (principio

(32) Dictada, siendo Ponente ROCA TRÍAS, *RJ* 2021/282.

de conservación del testamento o *favor testamenti*), de forma que la regla es la capacidad, y la excepción —que, como tal debe ser probada, desplazando con ello la carga probatoria— es la incapacidad. Así se desprende de la dicción de los artículos 103 y 104 del Código de Sucesiones, y así lo tiene dicho esta Sala en las sentencias ya citadas. En la de 21 de junio de 1990 se lee: “ajustándose a la idea tradicional del *favor testamenti* toda persona debe reputarse en su cabal juicio en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente lo contrario”.

Por tanto y como advierte la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1988, «esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental —sentencias de 25 de abril de 1959 y 7 de octubre de 1982—, así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario —sentencias de 25 de marzo de 1957, 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967, 21 de junio de 1986 y 10 de abril de 1987—, con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad y, con base en ello, postula la nulidad del mencionado testamento» (33).

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada nota a pie de página:

- BLANQUER UBEROS, «Comentario a la sección quinta “Del testamento abierto”, artículo 694 a 705 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRIGUEZ, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1752 a 1784.
- BUSTO LAGO, «La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 705, 2008, pág. 23 y sigs.
- DURÁN RIVACOBA, «La doctrina estatutaria en el Fuero Nuevo de Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, 15, 1993, págs. 121 a 144.
- FELIÚ REY, «Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos», en *RCDI*, 607, 1991, pág. 2261 y sigs.
- FERREIRA, «La idoneidad de los testigos en los testamentos», en *RCDI*, 617, 1993, pág. 863 y sigs.

(33) Doctrina esta que se acaba de transcribir, reiterada en otras tantas resoluciones posteriores como la de 26 de diciembre de 1992, la de 27 de noviembre de 1995, la de 18 de mayo de 1998, la de 11 de noviembre de 1999, la de 15 de febrero de 2001, 19 de mayo de 2004, más reciente la de 26 de abril de 2008 o la de 21 de enero de 2010, que reitera este principio y su mención en el artículo 743 del Código Civil.

- FRANCISCO SÁNCHEZ, «Testamento del ciego. Siete testigos. Dos lecturas», en *La Notaría*, LV, 1, 1913, pág. 6 y sigs.
- GONZÁLEZ PORRAS, «Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección quinta. 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, pág. 233.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2009, 15.^a ed.; *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2008, 5.^a ed.
- MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios a la sección quinta “Del testamento abierto”», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 2009, 3.^a ed., págs. 857 a 867.
- 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. *Artículo 40 al final de la Ley del Registro Civil*, Madrid, Edersa, 2005.
- ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed.
- ROCA DE LAQUE, «Comentario a la sentencia de 8 de abril de 1969: Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. Eficacia en los distintos tipos de testamentos», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 69, 2, 1970, págs. 301 a 322.

RESUMEN

TESTAMENTO ABIERTO.
TESTAMENTO DE CIEGO
PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD

La redacción original del Código Civil en materia de testamento abierto contemplaba la necesidad de que al acto de otorgamiento concurriese, caso de que el testador presentase ceguera, además de tres testigos idóneos que uno de estos testigos instrumentales u otra persona firmase por él a su ruego y que adicionalmente se diere lectura por dos veces del testamento, por el Notario y por testigos o por persona designada por el testador. La reforma del Derecho Común hecha por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, prestó especial atención al «deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan ínti-

ABSTRACT

ORAL WILL DELIVERED TO
A NOTARY. BLIND PERSON'S WILL
PRESUMPTION OF CAPACITY

The original wording of the Civil Code on matters of oral wills delivered to a notary stated that, where the testator is blind, the will-making act has to be attended by three competent witnesses, and moreover one of these attesting witnesses or another person must sign for the testator at his request, and additionally the will must be read out twice by the notary and by witnesses or by a person designated by the testator. The general law reform enacted in Act 30/1991 of 20 December paid special attention to the «widespread desire to make a greater degree of discretion and reserve possible for so private an act» and did so by eliminating the general attendance of witness-

mo», suprimiéndose el general concurso de testigos salvo en los supuestos en que el testador «aunque pueda firmarlo, sea ciego o declara que no sabe o no puede leer por sí el testamento». En el Derecho Foral catalán los requisitos y concurrencia de hasta siete testigos, por aplicación del Derecho romano, se hacían merecedores del reproche doctrinal, cuestión definitivamente resuelta por Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, donde en el «testamento otorgado por una persona con discapacidad sensorial» se dice que «el Notario debe seguir lo que la legislación notarial establece para estos casos». A la vista de este panorama, en este trabajo se recapitulará la legislación aplicable al supuesto del testador que presente discapacidad visual y se revisará la jurisprudencia dictada en la materia que trata de cohonestar los requisitos de forma con el principio de presunción de capacidad del otorgante y el de favor testamenti.

ses, save where the testator «although he can sign it, is blind or declares that he does not know how to or cannot read the will for himself». In Catalan regional law the requirements set, including the attendance of up to seven witnesses by application of Roman law, earned the reproach of doctrine. The issue was definitively settled by Act 10/2008 of 10 July on the Fourth Book of the Civil Code of Catalonia, for a «will executed by a person with sensory disability», which says, «The Notary must follow the terms set by notarial legislation for these cases». In view of this panorama, this article will recapitulate the legislation applicable when the testator is visually disabled and will review the pertinent case law, which attempts to reconcile the requirements of form with the rule of presumption of the testator's capacity and the rule of favor testamenti.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA DONACIÓN.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN.—IV. REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES: 4.1. SUPERVENIENCIA O SUPERVIVENCIA DE HIJOS. 4.2. INGRATITUD DEL DONATARIO. 4.3. INCUMPLIMIENTO DE CARGAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Tres son los modos transmisivos de la propiedad y los demás derechos reales que se contienen en el artículo 609 del Código Civil: donación, sucesión y trans-

misión causal. Tanto en el Derecho romano como en el *ius comune* donación y sucesión aparecen próximos al ser expresión de actos de liberalidad; mientras que la tradición se une y comparte escena con el título (*ius causa traditionis*). La donación, que hasta tiempos recientes no ha adquirido vestidura contractual, en sus orígenes —antes de las *Lex Cincia*—, se perfiló como un acto real transmisivo, aunque su verdadera naturaleza fue la de ser una *iusta causa traditionis* típica, con la particularidad de que la propia entrega se fusionaba, formaba un todo, con el acto causal. En las disposiciones del *Codex Theodosianus* se configura como un modo de adquirir; si bien, más cercano a un acto dispositivo de liberalidad. En la actualidad, para el sentir mayoritario de la doctrina y jurisprudencia, la donación es un contrato —en el que cabe también la donación obligatoria y remisiva—, aunque su esencia sea la de ser un acto de disposición gratuita de bienes a favor del donatario aceptante. Al igual que, en el Derecho romano *causa donandi* y *datio* forman una unidad sustancial e indisoluble. De todas formas, ha de advertirse que la donación es un negocio jurídico dispositivo que por vía directa y sin tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario. De ahí que, el legislador español opte por convertir la donación en un modo de adquirir revestido de una técnica contractual, impidiendo con ello que sea mera *causa traditionis*, esto es, que se trate de «ciertos contratos seguidos de tradición», tal como preceptúa el citado artículo 609 en su apartado 2 *in fine*.

Para su perfección resulta necesaria la aceptación del donatario, es decir, desde que el donante conoce la aceptación del donatario (art. 623 del Código Civil) (1), representando, ésta, asimismo, un requisito esencial y necesario, pues, a partir de ese momento se consuma la disposición del donante y el traspaso de la propiedad de la cosa donada al donatario, con la consiguiente irrevocabilidad de la donación, salvo para determinados supuestos que, el propio Código fija con carácter taxativo (2). La revocación en estos casos excepcionales supone

(1) La Resolución de la DGRN, de 17 de mayo de 2006 (BOE de 22 de junio de 2006, núm. 148, pág. 23649), en su *Fundamento de Derecho* 3.º señala que: «Sin embargo la doctrina y la Jurisprudencia más modernas (cfr. sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de abril de 1998) entienden que basta la aceptación pues, tanto los antecedentes del Derecho Romano como el Anteproyecto de Código Civil, el Proyecto de 1851 y la primera edición del Código refieren que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba al donante. Fue en la segunda edición del Código cuando se produjo el cambio de redacción, al sustituirse el adjetivo “irrevocable” por el verbo “perfecciona”, con lo que ha de interpretarse que la donación se perfecciona por la aceptación (art. 629 del Código Civil), pero puede ser revocada hasta tanto el donante no conozca la aceptación del donatario (art. 623 del Código Civil). En este sentido, cabe aludir que el artículo 161 del Fuero de Navarra (Leyes de 1 de marzo de 1973 y 1 de abril de 1987) mantiene la redacción primera del Código Civil, en cuanto prevé que las donaciones de bienes inmuebles resultan irrevocables desde el momento en que se hubiera notificado al donante la aceptación en escritura pública». En consecuencia, concluye: «en el caso objeto de recurso, debe entenderse perfeccionada la donación en cuanto a las participaciones correspondientes a los donatarios que llegaron a aceptarla, mas habiendo sido la donación revocada antes de haberse notificado en forma auténtica al donante la aceptación de los donatarios (art. 633.3.º del Código Civil), debe entenderse que aquélla ha devenido ineficaz y en consecuencia no procede su inscripción en el Registro de la Propiedad».

(2) La Resolución de la DGRN (Propiedad) de 1 de julio de 2003 (RJ 2003/6082) dispone en su *Fundamento de Derecho* 2.º que: «sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia más moderna [sentencia de 17 de abril de 1998 (RJ 1998/2983)] entiende que basta la aceptación pues, tanto los antecedentes del Derecho Romano como el Anteproyecto del

la recuperación del dominio transmitido sobre el objeto donado, o de su equivalente, si éste está en poder de terceros adquirentes a título oneroso de buena fe, siempre que el donante ejercite la facultad revocatoria otorgada por la Ley (o por pacto) —pues, no opera la revocación *ipso iure*—, en circunstancias muy especiales, que objetivamente y de haberse conocido por aquél, hubieran impedido en su momento concluir el acto de liberalidad. En el presente estudio vamos a centrarnos precisamente, en la revocabilidad de la donación ya perfeccionada, atendiendo a las causas excepcionales de revocación contenidas en el articulado de nuestro Código Civil, en su régimen jurídico y sus efectos tanto en la esfera jurídica del donante como del donatario, si bien con carácter previo, y sobre las bases expuestas, haremos una somera referencia al concepto, caracteres y naturaleza de la donación.

II. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA DONACIÓN

CASTÁN TOBEÑAS define la donación como «el acto por el cual una persona, con ánimo de liberalidad, se empobrece en una fracción de su patrimonio en provecho de otra persona que se enriquece con ella» (3).

ALBALADEJO la conceptúa como «un contrato en cuya virtud una parte (donante) por espíritu de liberalidad empobrece su patrimonio al realizar a título gratuito una atribución a favor de la otra (donatario), que se enriquece» (4).

Por su parte, LACRUZ BERDEJO manifiesta que «la donación como un contrato en virtud del cual una de las partes, procediendo con espíritu de liberalidad, sin esperar correspectivo y empobreciendo su patrimonio, proporciona a la otra parte, un correlativo enriquecimiento o ventaja patrimonial, sea transfiriéndole un derecho propio o asumiendo frente a ella una obligación» (5).

Código Civil, el Proyecto de 1851 y la primera edición del Código refieren que la donación resulta irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba al donante. Fue en la segunda edición del Código cuando se produjo el cambio de redacción, al sustituirse el adjetivo «irrevocable» por el verbo «perfección» con lo que ha de interpretarse que la donación se perfecciona por la aceptación (art. 629), pero puede ser revocada hasta tanto el donante no conozca la aceptación del donatario (art. 623). Si, en consecuencia, la aceptación no llega a conocimiento del donante, subsiste durante la vida de éste la posibilidad de revocación, pues, la facultad revocatoria no se transmite a sus herederos, pero fallecido el repetido donante sin haber revocado, la donación queda no sólo perfecta, sino definitivamente consolidada, alcanzando total firmeza. En este sentido, cabe aludir que el artículo 161 del Fuero de Navarra mantiene la redacción primera del Código Civil, en cuanto prevé que las donaciones de bienes inmuebles resultan irrevocables desde el momento en que se hubiera notificado al donante la aceptación en escritura pública. En consecuencia, debe entenderse que, para inscribir la donación, basta con acreditar que la aceptación se produjo durante la vida del donante».

(3) CASTÁN TOBEÑAS J. M.^a, *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. IV, Derecho de Obligaciones*, 15.^a ed., revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Reus, Madrid, 1993, pág. 214.

(4) ALBALADEJO GARCÍA M., *Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones*, 13.^a ed., Edisofer, Madrid, 2008, pág. 574.

(5) LACRUZ BERDEJO J. L., y cols., *Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones, vol. II, Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 3.^a ed., revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 85.

La Resolución de la DGRN, de 28 de julio de 1998 (BOE, núm. 195, de 15 de agosto de 1998, págs. 28075 a 28076) en su *Fundamento de Derecho* 3.º define la donación real

Son elementos esenciales de la donación: 1.º El empobrecimiento del donante. 2.º El enriquecimiento del donatario. 3.º La intención de hacer una liberalidad (*animus donandi*) (6).

Se regula en el Libro III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», Título II «De la donación», de los artículos 618 a 656. El artículo 609, como hemos puesto de manifiesto, señala que la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten por donación. Lo configura como un modo de adquirir la propiedad y los derechos reales, sin necesidad de tradición. Y el artículo 618 dispone que: «*la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta*». Lo califica como acto de liberalidad, no como contrato, y, no lo regula en el Libro IV, «De las obligaciones y contratos», con las demás figuras contractuales. Lo que ha generado importantes debates doctrinales, como veremos, en relación con su naturaleza; aunque el legislador no niega el carácter contractual de la donación —así se manifiesta a lo largo de su regulación—, sino que parte de que el donante transfiere el dominio de una cosa al donatario sin contraprestación a cambio por parte de éste, mediante un título (contrato), sin necesidad de tradición.

La donación es un acto de liberalidad y un acto gratuito.

Con carácter general, se entiende por acto liberal —liberalidad— aquél en que sin estar obligado a ello, una persona proporciona a otra alguna ventaja o beneficio gratuito (sin nada a cambio) (7). En este sentido, serían actos de liberalidad no sólo la donación, sino también otros contratos, como el comodato, el mutuo sin interés, el mandato gratuito, la concesión gratuita de actos de garantía, etc. De forma que, en todos ellos existe una concesión gratuita de algo. Si bien, la donación se diferencia de estas liberalidades contractuales como de las no contractuales (renuncia gratuita a un derecho para beneficiar al deudor (si es de crédito) o al dueño de la cosa (si es real sobre cosa ajena), pues, en éstas falta un empobrecimiento del donante, correlativo a un enriquecimiento del donatario. En la donación se dispone de una cosa, cuya propiedad la pierde el donante a favor de otra persona, el donatario, que frente a la disminución del patrimonio de aquél, éste, en cambio, ve aumentado su patrimonio, al no exigirse ningún corresponsivo a cambio (8). Y ello, aun cuando se convenga una donación modal, con la correspondiente imposición de una carga o modo al donatario, que ha de ser inferior al valor de lo donado.

También se diferencia de las liberalidades de uso (dar propina, regalos de costumbre, etc.), pues en ella no se da, como en la donación, un contrato de «pura beneficiencia» sino un acto mediante el que se adopta una práctica, que siendo la que verdaderamente lo provoca, puede decirse que es la causa de esa liberalidad (9).

de bienes como «un acto de liberalidad (art. 618 del Código Civil) por el que el donante se desprende del dominio que pasa a ingresar en el patrimonio del donatario».

(6) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 22 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/193888).

(7) ALBALADEJO GARCÍA M., «Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 573.

(8) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 11.ª, de 12 de mayo de 2004.

(9) ALBALADEJO GARCÍA M., «Comentario al artículo 618 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1986, pág. 6.

Para que haya donación es preciso, por tanto, que exista la disposición de una cosa o de un derecho que, pertenece al patrimonio del donante y, que ocasiona su empobrecimiento en tal medida; lo mismo que, determina un enriquecimiento correlativo, en el del donatario (10).

Como acto de liberalidad, resulta esencial en la donación el *animus donandi* o intención específica de gratificar. En esto coincide un importante sector de la doctrina y jurisprudencia (11). Sin tal ánimo o intención liberal no hay donación (12). La intención liberal es compatible con cualesquiera motivos que haya inspirado el acto gratuito, motivos personales y contingentes, que no siempre son altruistas (pensemos, por ejemplo, en donaciones que realizan empresas, no desinteresadamente, sino por mantener una imagen

(10) DE LOS MOZOS J. L., *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 67.

(11) ZURILLA CARIÑANA M. A., «Comentario al artículo 618 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 797; LACRUZ BERDEJO J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 89; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 580, «el *animus donandi* del donante es distinto del consentimiento que el mismo presta, y distinto también del motivo por el que dicho *animus* se formó»; ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., *La donación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pág. 54; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones*, 5.ª ed., Dijusa, Madrid, 2008, pág. 405. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 1988 (*RJ* 1988/5988); de 17 de marzo de 1997 (*RJ* 1997/1978); de 13 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997/7881); de 11 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/7324); de 13 de julio de 2000 (*RJ* 2000/6691); de 1 de febrero de 2002 (*RJ* 2002/2098); y, de la misma sala, sección 1.ª, de 25 de febrero de 2004 (*RJ* 2004/1646); y de 14 de mayo de 2007 (*RJ* 2007/4335); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 16 de julio de 1999 (*AC* 1999/2073); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 26 de junio de 2000 (*JUR* 2001/37882); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11.ª, de 24 de enero de 2001 (*JUR* 2001/145680); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 31 de enero de 2001 (*JUR* 2001/122743); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5.ª, de 9 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/298247); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 25 de junio de 2001 (*JUR* 2001/239099); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, de 25 de enero de 2002 (*AC* 2002/817); de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 12 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/150853); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 13 de abril de 2002 (*JUR* 2002/154685); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, de 25 de julio de 2002 (*JUR* 2002/275628); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, de 2 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/62897); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 13 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/123486); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, de 19 de julio de 2004 (*JUR* 2004/224105); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.ª, de 10 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/6825); de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.ª, de 14 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/29241); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 20 de junio de 2005 (*JUR* 2005/194852); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 17 de octubre de 2005 (*AC* 2005/1975); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14.ª, de 29 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/13860); de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.ª, de 31 de julio de 2006 (*JUR* 2006/252376); y de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 11 de enero de 2008 (*AC* 2008/1834).

(12) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 7 de diciembre de 2005 (*AC* 2005/2373), clara y manifiesta voluntad de la madre de llevar a cabo un verdadero acto de liberalidad a favor del hijo, donándole la vivienda de *litis* en razón a que había realizado importantes obras en la misma.

social solidaria; o las que el donante realiza movido por una cierta vanidad o afán de ostentación; o, en fin, con intención de perjudicar a su familia). No deja de haber intención liberal en estos casos, ya que el disponente quiere gratificar al donatario. No obstante, si el motivo es ilícito, puede ser anulada la donación (13). Esta intención por parte del donante de beneficiar al donatario se relaciona con el concepto de causa (14). El artículo 1.274 del Código Civil dice que en los contratos de «pura beneficencia» es causa «la mera liberalidad del bienhechor». Por tanto, la causa, como elemento típico del contrato, se identifica con sus requisitos constitutivos: gratuidad y voluntad de las partes (15).

La falta de *animus* determina la ineficacia de la transmisión patrimonial por falta de causa, o que se descarte la cualidad de donación del negocio realizado. El *animus* no se presume nunca, y debe probarse por quien lo alegue, siendo una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde al Tribunal de instancia (16).

No obstante, no faltan autores que consideran que el llamado *animus donandi* no es otra cosa que el genérico consentimiento que se exige para todo negocio jurídico, aplicando ahora el tipo de la donación y que no es otra cosa que consentir el negocio, y ello con independencia de cuáles sean los motivos internos, que hubieran podido mover al agente (17).

(13) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.^a, de 9 de abril de 2001 (*JUR* 2001/209949).

(14) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.^a, de 20 de abril de 2000 (*JUR* 2001/106705).

(15) LACRUZ BERDEJO J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones», *op. cit.*, pág. 90.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10.^a, de 28 de abril de 2001 (*JUR* 2001/251867) señala en su *Fundamento de Derecho* 5.^o que: «la causa del negocio de donación es el *animus donandi*, es decir, la liberalidad como intención del donante de empobrecerse enriqueciendo al donatario (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 11 de diciembre de 1986, y de 13 de diciembre de 1993). Pero, como es fácilmente concebible, en la realidad de la vida no hay donación normalmente que no esté determinada por un motivo distinto del puro espíritu de liberalidad. En efecto, suele responder bien a motivos religiosos, políticos, científicos, afectivos, de vanidad, o para zaherir o perjudicar a un tercero allegado o ajeno al círculo familiar».

(16) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997/7876); y de la misma Sala, sección 1.^a, de 29 de marzo de 2005 (*RJ* 2005/3206); y de 21 de junio de 2007 (*RJ* 2007/5575); y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 4 de julio de 1990 (*RJ* 1994/9032).

(17) Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general*, 9.^a ed., Tecnos, Madrid, 2004, pág. 307; Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., «El *animus donandi*», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXXV, Edersa, Madrid 1959, págs. 317 y 323; PARRA LUCÁN, M. Á., «La donación», en *Curso de Derecho Civil, vol. II, Derecho de Obligaciones*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE ALGAZ, Colex, Madrid, 2000, pág. 518; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 618 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. IV, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 139; COSTAL RODAL, L., «Contrato de donación», en *Tratado de Contratos*, T. II, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO; coordinadoras: Nieves MORALEJA IMBERNÓN y Susana QUICIOS MOLINA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 2162, para quien sólo son los motivos relevantes en las denominadas donaciones remuneratorias donde los motivos integran la propia causa del contrato.

Sin embargo, no se puede dudar que, siempre que existe intención de enriquecer a otra persona, hay ánimo de liberalidad; y, por tanto, negocio jurídico de donación.

Junto a este elemento subjetivo que es el *animus donandi* o intención concreta de gratificar, está el elemento objetivo de la donación, que es la gratuidad —ausencia de correspectivo y enriquecimiento del donatario—, como otro de los elementos definidores de la donación. Un empobrecimiento del donante correlativo a un enriquecimiento del donatario sin exigir a éste contraprestación alguna, es la base sobre la que se sustenta la esencia de la donación; con una única consecuencia, la satisfacción personal del que da y nada recibe a cambio. La voluntad del donante se dirige, pues, a procurar un enriquecimiento del donatario, incrementando su patrimonio, sin que aquél reciba nada a cambio, bien del donatario o de un tercero.

Finalmente, en la donación, el elemento intencional supone, no meramente el ánimo liberal del donante, sino que ambas partes estén de acuerdo en que la atribución se realice gratuitamente (18).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, como hemos manifestado en líneas precedentes, consideran que la donación es un contrato, pese a que el artículo 618, le llame acto de disposición de bienes (acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa); y, no se ubique sistemáticamente con los demás contratos (19). El empleo de la palabra acto

(18) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 1995 (*RJ* 1995/5707).

(19) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 575; del mismo autor, «Comentario al artículo 618 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, directores: C. PAZ-ARES, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, L. Díez-PICAZO y P. SALVADOR CORDECH, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1572; SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho Civil, T. IV, Derecho de la contratación. Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1899, págs. 658-659; ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, págs. 31 a 34; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho Civil, vol. III, Obligaciones y contratos*, Pirámide, Madrid, 1976, págs. 656-657; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Donación, condición y conversión jurídica material», en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, págs. 1220-1221; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a, «Derecho Civil Español, Común y Foral, T. IV, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, págs. 219-220 y 222; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, págs. 406-407; LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, págs. 85-86; DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia», *op. cit.*, págs. 51-52; del mismo autor, «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1971, págs. 817 y 819; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2163; PARRA LUCÁN, M. Á., «La donación», *op. cit.*, pág. 519; LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., «Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación», en *Revista de Derecho Privado*, 1964, pág. 282; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Breve defensa de la donación como negocio adquisitivo del dominio», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998, págs. 273-274.

Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 1940 (*RJ* 1940/102); de 12 de julio de 1941 (*RJ* 1941/912); de 7 de diciembre de 1948 (*RJ* 1948/1433); de 23 de

proviene del Código Civil francés, que la utilizó para la donación por intervención directa de Napoleón, que varió en el proyecto de su Código la palabra contrato por acto; pues no entendía cómo se podía calificar de contrato a la donación que sólo producía obligaciones para una de las partes, pues únicamente podía llamarse contrato al sinalagmático.

De todas formas, que la donación es un contrato se deduce de la propia normativa que el Código Civil dedica a la misma. Así, además de exigir la donación un concurso de consentimientos: una oferta del donante que exige una aceptación del donatario para la perfección del contrato (arts. 618 y 629), y coincidir en un todo con el concepto y la teoría general del contrato unilateral; diversos preceptos se refieren expresamente a la donación como contrato: artículos 618, 621, 624, 629 y 1.274.

Si bien, no faltan autores que niegan el carácter contractual de la donación y lo consideran o como un «un acto jurídico lucrativo de atribución patrimonial de cosas y derechos» (20), o como un modo de adquirir el domi-

junio de 1953 (*RJ* 1953/1992); de 27 de mayo de 1955 (*RJ* 1955/1712); de 10 de octubre de 1961 (*RJ* 1961/3293); de 14 de mayo y 20 de octubre de 1966 (*RJ* 1966/2425 y 4445); de 6 de abril de 1979 (*RJ* 1979/1273); de la Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 1985 (*RJ* 1985/4846); de 22 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986/7795); de 9 de mayo de 1988 (*RJ* 1988/4048); de 22 de junio de 1989 (*RJ* 1989/4772); de 22 de enero de 1991 (*RJ* 1991/306); de 25 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7654); de 3 de marzo de 1995 (*RJ* 1995/1775); de 31 de julio de 1999; y, de 13 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3410).

La Resolución de la DGRN, de 21 de enero de 1991 (*RJ* 1991/592), lo califica de «contrato traslativo de dominio» y de «negocio dispositivo».

(20) RUBIO TORRANO, E., «¿Es la donación un contrato?», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2003, pág. 1891; del mismo autor, «Los artículos 623 y 629 del Código Civil: apuntes para otra explicación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 543, 1981, págs. 351-352., para quien, desde esta caracterización: 1. Por un lado, la donación como «acto» jurídico válido *per se*, autónomo e independiente, se concreta en la conducta atributiva del donante. 2. Por otro, como acto «de atribución» requiere el consentimiento del destinatario a quien va dirigida; es decir, el donatario debe pronunciarse a favor de tal atribución, debe aceptar para que el desplazamiento patrimonial provocado por la conducta del donante encuentre asiento en el patrimonio de aquél. En el mismo sentido, MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., «Donación y revocación», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, 2004, págs. 2956-2957, sostiene que la donación es un acto y no un contrato. Aunque su estructura pueda decirse que es muy similar a la de los contratos, ello se manifiesta: a) No está contemplada su regulación en la parte correspondiente a los contratos. El Código Civil la incluye dentro del libro dedicado a los diferentes modos de adquirir la propiedad y los derechos reales (arts. 609 y 618 y sigs.). Esta colocación sistemática creemos que responde a un criterio de convicción, ya que el legislador, utilizando el Proyecto de 1851, como antecedente y variando detalles de su redacción, no procedió a una colocación sistemática distinta de haber pensado que constituía una figura diferente. b) Es un acto de naturaleza unilateral. Su apariencia de bilateralidad no tiene que ver con ésta. La donación lo constituye la mera declaración del donante. Este realiza una atribución patrimonial que no es consecuencia del nacimiento de una determinada obligación. Todo lo contrario, la donación no crea obligaciones. El resultado adquisitivo en la persona del donatario es consecuencia de un acto absolutamente libre provocado exclusivamente por el propio donante. La donación representa atribuir algo a cambio de nada, porque el donatario lo que da, ni lo debe ni está obligado a darlo. c) No necesita de tradición. Puede decirse que la transmisión en la donación no tiene nada que ver con la tradición (...). La transmisión está incorporada en la donación. forma parte de su propia esencia. La donación transmite a través de un solo acto: ella misma».

nio y los demás derechos reales, si tenemos en cuenta lo que establece el artículo 609 del Código Civil, y, su ubicación en el Libro III, radicalmente separado de aquellos supuestos en los que se adquiere también, pero como consecuencia de ciertos contratos seguidos de tradición. La donación es, para este sector de la doctrina, «un negocio de disposición que efectúa directa e inmediatamente un desplazamiento patrimonial, si se hace con las formas y solemnidades legales, y no un negocio del que surgiría para el donatario un derecho a exigir del donante el cumplimiento de la obligación de entrega a fin de adquirir la propiedad de lo donado» (21). Para NÚÑEZ LAGOS: «es evidente el mal acomodo de la donación entre los contratos obligacionales. La donación es un modo de adquirir —no título— en la Instituta de Justiniano, en las obras de los postglosadores, y en el artículo 609 del Código Civil». Añadiendo que, «para el artículo 618, la donación es un acto de disposición de cosas, no de obligación, al paso que la compraventa es un contrato por el que los contratantes se obligan (art. 1445 del Código Civil)» (22).

De todas formas, la consideración de la donación como un modo de adquirir no es impedimento a su carácter contractual, sino que la donación reuniría la doble condición de título y modo de adquirir. Como señala acertadamente DE LOS MOZOS: «título y modo se funden en el molde formal de un contrato de naturaleza obligatoria para realizar el fenómeno traslativo sin necesidad de proceder estrictamente a lo traditorio» (23). De esta suerte, la donación es un acto (contrato) de liberalidad que entraña una atribución patrimonial (modo de adquirir) (24). Se trata de un contrato transmisivo, que sirve para transmitir la propiedad sin necesidad de tradición. El efecto transmisivo de la propiedad lo tiene *per se* el propio contrato de donación, es efecto natural de la misma, sin que influya la exigencia de escritura pública en la donación de bienes inmuebles, como requisito esencial de la misma (25). La donación es, por tanto, a la vez, título y modo de adquirir, y no porque la tradición acompañe a la prestación de consentimientos, como en el supuesto de donación manual, sino como una consecuencia de la *causa donandi*, una connotación del tipo contractual (26). Sobre tales bases, se resalta, además, el dato que el artículo 609 del Código Civil, al enumerar los modos de adquirir la propiedad separe, de un lado, la donación, y, de otro, otros contratos mediante tradición; de lo que deri-

(21) DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 307; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 618 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 136; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1973, pág. 419.

(22) NÚÑEZ LAGOS, R., «El pago de lo indebido sin error», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1936-1, pág. 142.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 8 de julio de 1997 (AC 1997/1566) insiste en que: «no cabe ignorar la doble naturaleza jurídica de la donación, como modo de adquirir la propiedad y como relación contractual a través de la cual se adquiere el dominio».

(23) DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 56.

(24) DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 67.

(25) ZURILLA CARINANA, M. A., «Comentario al artículo 618 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 798.

(26) LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 87.

va que la exigencia de tradición se refiere a otros contratos, no a la donación donde la transmisión del dominio es consustancial (27).

Pese a que la generalidad de la doctrina se inclina por entender que la donación no exige tradición, hay, sin embargo, posiciones doctrinales que sostienen que la donación requiere de la tradición para transmitir *ex artículo 609 del Código Civil*. Así, ALBALADEJO manifiesta que «la donación no es un modo de adquirir sin necesidad de entrega, sino un contrato de enajenación, que requiere de la tradición que, es el modo, como cualquier otro, si no hubo transmisión simultánea, y cuando la hubo, no es por el contrato por lo que se adquiere, sino por la entrega que lo acompañó, como ocurre, por ejemplo, en la venta manual o en la venta por escritura pública, que es la tradición instrumental». Y, añade: «la teoría que entiende que donar es transmitir ya, y que no cabe obligarse gratuitamente a transmitir después, desconoce dos cosas: una, la realidad e importancia de una serie de casos en que las circunstancias o el interés de las partes piden que se admita la asunción gratuita de la obligación actual de transmitir después; y otra, la autonomía de la voluntad, que permite establecer ya semejante obligación que, no hay razón para que sea rechazada por el Derecho (art. 1.255 del Código Civil)» (28).

Para COSTAS RODAL: «la relevancia en la práctica de esta disquisición doctrinal es escasa o queda reducida a un supuesto concreto, el de la donación no manual de bienes muebles». Efectivamente, precisa la autora: «por aplicación de los artículos 632 y 633 del Código Civil, la validez de la donación requiere que se llene determinada forma: la escritura pública para la donación de bienes inmuebles que es, por sí misma, forma de tradición (art. 1462.II del Código Civil). En cuanto a los bienes muebles, la donación irá seguida de la entrega simultánea de la cosa, por lo cual ya hay *traditio*, o se formalizará por escrito» (29).

(27) DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 307; PARRA LUCÁN, M. Á., «La donación», *op. cit.*, pág. 520.

No es necesaria la tradición, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 1991 (*RJ* 1991/306); de 25 de octubre de 1993 (*RJ* 1993/7654), considera que la exigencia de escritura pública, como requisito *ad solemnitatem* en la donación de bienes inmuebles equivale a la tradición que es precisa dentro del ámbito de los contratos a que alude el artículo 609 del Código Civil; y de 14 de octubre de 2002 (*RJ* 2002/10171); y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 2.ª, de 15 de noviembre de 2003 (*AC* 2004/87).

(28) ALBALADEJO GARCÍA, M., en ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, págs. 36 y 50; del mismo autor, «Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, págs. 579-580, quien señala que, en su opinión, «la letra del artículo 609, artículo defectuoso por tantos conceptos, no corresponde a su espíritu. Habla singularmente de la donación como modo de adquirir porque la regula entre éstos, y no entre los contratos, pero siendo realmente uno de ellos, como lo es a pesar de todo, no se sustrae a la necesidad de tradición para transmitir el derecho donado». Sólo cuando, añade, «la entrega de la cosa se haga simultáneamente al donarla (art. 632.2 del Código Civil), o el otorgamiento de la escritura de donación constituya tradición instrumental (art. 633), la transmisión del derecho al donatario se realizará al celebrar el contrato. Pero ello lo mismo que si lo que sea se vende en vez de donarlo, el comprador lo adquirirá en el acto de la venta, bien por la entrega manual simultánea con la celebración del contrato, bien por la tradición instrumental que consiste en otorgar el mismo mediante escritura pública». No es, concluye, que: «en estos casos falte tradición y tenga lugar sin ella la transmisión de lo donado o de lo vendido, sino que hay contrato y tradición simultáneos».

(29) COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2164.

Finalmente, en este breve *excursus* doctrinal, no falta algún autor como DURÁN RIVACOBA que llega a la determinación de que: «la donación cuenta con aspectos propios de los contratos y a la vez de acto transmisivo del dominio o de otro derecho real» (30).

Ahora bien, además de la donación transmisiva, dispositiva o real, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil en relación con los artículos 1.254, 1.258, 1.262 y 1.274, es posible la donación obligatoria u obligacional, a través de la cual el donante se obliga a transferir después al donatario el bien donado (31). De forma que el donatario no adquiere la propiedad de la cosa donada sino hasta que se produzca la entrega, sea material o simbólica. El contrato sólo obliga al donante a transmitir la propiedad en el futuro (32). Por tanto, frente a la donación transmisiva o real en la que, tras la perfección de la donación, el donante pierde la propiedad de la cosa donada, y la adquiere el donatario, en la donación obligacional, el donante sólo se obliga a transmitir en un momento después gratuitamente la cosa donada; no opera en este último tipo de donación, la máxima donar es transmitir, que sí opera, en cambio, en la real (33). Con la donación obligacional se posibilita que el donante pueda obligarse a entregar al donatario una cosa que aún no está en su patrimonio (34).

IV. LA REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES

La donación, una vez cumplidos los requisitos constitutivos exigidos legalmente, tiene carácter irrevocable, de forma que, no puede el donante dejarla sin efecto por su única voluntad. El fundamento de la irrevocabilidad reside en el carácter gratuito de la donación, en el ánimo liberal del donante que, de forma unilateral toma la decisión de despojarse de una parte de su patrimonio,

(30) DURÁN RIVACOBA, R., *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, 2.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 31.

(31) ALBALADEJO GARCÍA, M., en ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 38; del mismo autor, «Comentario al artículo 681 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. VIII, vol. 2.^o, Edersa, Madrid, 1986, pág. 11; del mismo autor, «Comentario al artículo 618 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1573; ZURILLA CARIÑANA, M. A., «Comentario al artículo 618 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 798; LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II Derecho de obligaciones», *op. cit.*, págs. 86-87; PARRA LUCAN, M. Á., «La donación», *op. cit.*, págs. 520-521.

(32) COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2164.

(33) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil, T. II Derecho de obligaciones», *op. cit.*, pág. 406, matiza que: «en todo caso, el donante contrae una obligación: la de cumplir lo que ha donado; es clara en la obligacional y en la liberatoria; pero en la real también: el donante no transmite, sino que se obliga a transmitir (título), produciéndose la transmisión de la propiedad u otro derecho real con la entrega (modo); sin perjuicio de que se produzca dicha entrega simultáneamente al contrato de donación». En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil, T. II Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, págs. 578-579, quien, asimismo, señala que, la donación se llama *real*, si versa sobre transmisión o constitución de un derecho real; *obligacional*, si sobre transmisión o constitución de un derecho de crédito; y *liberatoria*, si sobre la extinción, en beneficio del donatario, de un derecho cualquiera que lo gravase.

(34) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.^a, de 11 de junio de 2007 (*JUR* 2007/301501).

porque él quiere y desea, sin compensación alguna a cambio a favor del donatario que adquiere tales bienes. Constituye, por tanto, la base esencial de la donación la atribución gratuita y unilateral de bienes del donante, sin esperar un desplazamiento económico equivalente por parte del donatario. Lo que crea una expectativa de enriquecimiento en éste que debe ser respetada en principio.

No obstante, el Código Civil autoriza en determinados supuestos de interpretación estricta y no susceptible de aplicación analógica, su revocación, en virtud de causas legalmente determinadas cuando se producen ciertos acontecimientos, que hacen suponer al legislador que de haberlos conocido el donante no hubiera hecho la liberalidad. Estas causas aparecen contenidas en los artículos 644 a 646 y constituyen un *numerus clausus*. Precisan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que estas causas por las cuales es legítimo el cambio de voluntad: «son hechos sucesivos a la perfección del negocio y a su misma eficacia. De ahí que no jueguen como condiciones resolutorias, pues el donatario nunca tiene, por el mero hecho de la donación, un dominio sometido a tal condición, ni su concurrencia origina automáticamente la ineficacia del negocio, sino la facultad de privarle de efectos» (35).

Si bien, como manifiesta COSTAS RODAL es posible, además de estas causas legales de revocación que: «en el contrato de donación se pueda establecer el derecho del donante a pedir la revocación, si acaecen circunstancias concretas (revocabilidad convencional)». Como muestra de la validez de este tipo de pactos, señala la autora: «está el reconocimiento de donaciones especiales de los artículos 639 y 641 del Código Civil» (36).

En este contexto, con carácter general, como señala SÁNCHEZ-CALERO, la revocación de un negocio «consiste en una declaración de voluntad de una de las partes por medio de la cual manifiesta, posteriormente a la perfección del mismo, su decisión de dejarlo sin efectos de forma total o parcial» (37).

Supone una excepción al principio de irrevocabilidad de los contratos contenido con carácter general en el artículo 1.256 del Código Civil, derivada de las peculiaridades de la donación como acto a título gratuito (38).

La función principal de la revocación es, por tanto, «la de extinguir la propiedad: se cancela una enajenación, lo que supone que estamos ante un modo de extinguir la propiedad adquirida derivativamente, siendo indispensable que la transmisión sea voluntaria» (39). Así la revocación se produce en palabras de DE FUENMAYOR: «en virtud de un cambio de voluntad del enajenante: se requiere una primera voluntad positiva de transmitir su dominio, y la efectiva transmisión, y una segunda voluntad negativa, contraria a la anterior,

(35) DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 314.

(36) COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2183.

(37) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La revocación de donaciones*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 21.

(38) SANZ VIOLA A. M.^a, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2003», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003, pág. 1684. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN (Propiedad) de 28 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5985) en su *Fundamento de Derecho* 3.º señala que: «La irrevocabilidad de la donación sigue siendo un principio general en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1.256 del Código Civil, el cual, aun estando en sede de *contratis*, rige también para las donaciones entre vivos por remisión contenida en el artículo 621 del Código».

(39) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La revocación de donaciones», *op. cit.*, pág. 21.

encaminada a dejarla sin efecto. Y ello encuentra su cauce en el ordenamiento jurídico mediante la atribución a aquél de una facultad, sin que obste a la naturaleza de la revocación que la ley exija la concurrencia de ciertos hechos; no son estos los motivos de la revocación, sino presupuestos de ella, no son causa, sino ocasión de revocación» (40).

Sobre tales bases, la revocación de las donaciones se regula en el Capítulo IV, «De la revocación y reducción de las donaciones»; del Título II, «De la donación»; del Libro III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», del Código Civil, en los citados artículos 644 a 653.

Se establece en tales preceptos tres causas que facultan al donante para revocar una donación y, que por su carácter excepcional, son de interpretación restrictiva: 1. Por superveniencia o supervivencia de hijos (art. 644). 2. Por ingratitud del donatario (art. 648), y 3. Por incumplimiento de cargas (art. 647) (41).

La concurrencia de cualquiera de ellas no provoca de manera automática la revocación de la donación, sino que corresponde al donante solicitarla. Se deja a la voluntad del donante. De manera que, para que aquella tenga lugar, resulta necesario que el donante ejercite la correspondiente acción ante los Tribunales. Una vez haya prosperado la acción, tiene lugar la revocación, con el efecto restitutorio de la cosa donada, o su valor, sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, bien a título oneroso o a título gratuito.

Ahora bien, tales causas de revocación, conviene advertir, se aplican a las donaciones *inter vivos*, pues, las donaciones *mortis causa*, esto es, las que producen sus efectos por muerte del donante, participan según dispone el artículo 620 del Código Civil: «*de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria*».

(40) DE FUENMAYOR CHAMPIN, A., *La revocación de la propiedad*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1941, págs. 82-83.

(41) El artículo 531-15, núm. 1 del Libro V del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, aprobado por Ley 5/2006, de 10 de mayo: «*Los donantes, una vez han conocido la aceptación de la donación por los donatarios, sólo pueden revocar la donación por alguna de las siguientes causas: a) La superveniencia de hijos de los donantes, incluso si éstos tenían hijos con anterioridad. b) La supervivencia de los hijos de los donantes que estos creían muertos. c) El incumplimiento de las cargas impuestas por los donantes a los donatarios. d) La ingratitud de los donatarios. Son causas de los actos penalmente condenables que el donatario o donataria haga contra la persona o bienes del donante o la donante, de los hijos, del cónyuge o la cónyuge o del otro miembro de la unión estable de pareja, así como, en general, los que representan una conducta con relación a las mismas personas no aceptada socialmente. e) La pobreza de los donantes, sin perjuicio del derecho de alimentos que corresponda legalmente. Se entiende pobreza la falta de medios económicos de los donantes para su congrua sustentación*».

Por su parte, la Ley 162 del Fuero Nuevo de Navarra, bajo la rúbrica «Causas de revocación», dispone que: «*no obstante lo establecido en la ley anterior, las donaciones inter vivos podrán ser revocadas por causas expresamente establecidas por el donante o por el incumplimiento de cargas impuestas al donatario. Si éste no las hubiera cumplido a la muerte del donante se entenderán remitidas si fueran a favor del donante, y las que sean a favor de terceras personas se considerarán como legados. También podrán ser revocadas las donaciones por las causas establecidas en el artículo 648 del Código Civil*».

El artículo 953 del *Code Civil* establece la posibilidad de revocar las donaciones por inejecución de condiciones, por ingratitud del donatario y por superveniencia de hijos. Y el artículo 800 del *Codice Civile* establece como causas de revocación la ingratitud del donatario y la superveniencia de hijos.

En consecuencia, la revocación de este tipo de donaciones se ha de someter al régimen general de la revocación del testamento (arts. 737 a 743 del Código Civil), cuya regla fundamental es la libre revocabilidad del mismo en cualquier momento (42).

Finalmente, se ha de diferenciar entre la revocación y resolución de las donaciones. Así dispone al respecto la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado, de 16 de abril de 2002 (43) que: «no es fácil, en la mayoría de los casos, establecer una clara diferencia entre el modo y la condición resolutoria en la donación. Las Resoluciones de 29 de abril y 16 de octubre de 1991 venían a reconocer una diferencia por razón de sus efectos: la resolución opera de forma automática, caso de producirse el evento resolutorio, de suerte que ya no cabe una prórroga del plazo para su cumplimiento, en tanto que el incumplimiento del modo atribuye una facultad al donante, la de revocar la donación conforme al citado artículo 647, que en tanto no se ejerza mantiene la subsistencia de aquélla y que, del mismo modo que es facultativo su ejercicio, voluntaria es la renuncia a la misma o la concesión de un nuevo plazo o modalidad para su cumplimiento. Esa diferencia, en cuanto al modo de actuar, viene determinada en gran medida por la naturaleza del elemento o circunstancias en que puede consistir el evento condicionante o el modo, pues si en la condición puede ser completamente ajeno al comportamiento o actividad del donatario, y de no ser así, y dentro del margen que permitiría su admisión como condición por no resultar incompatible con lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil, debe tener cierto grado de objetividad que permita apreciar el hecho de su producción o la imposibilidad de que la misma tenga lugar, en el modo no sólo dependen necesariamente de la voluntad o comportamiento del donatario, sino que admite un mayor grado de subjetivismo en su apreciación, lo que significa que el donatario no puede sostener su cumplimiento frente a la pretensión revocatoria del donante».

Por tanto, hay resolución de la donación cuando ésta resulta ineficaz por el advenimiento de un hecho futuro e incierto (condición resolutoria), mientras que hay revocación, cuando tiene lugar el incumplimiento de una obligación (carga) impuesta al donatario (44).

(42) Sobre las donaciones *mortis causa*, vid., VALLET DE GOYTISOLO, J., «La donación *mortis causa* en el Código Civil español», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. V, 1950, págs. 633 a 829; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Donación *mortis causa*, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1.473 del Código Civil: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1996», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 81, 1997, págs. 486 a 510; MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a M., «Consideraciones sobre la donación *mortis causa* en el Derecho Civil español», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, vol. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 2971 a 2992; DE VERDA BEAMONTE, J. R., «Donación *inter vivos*, donación *mortis causa* y donación *inter vivos* con entrega *post mortem*. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 26 de octubre de 2002», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 13, 2004, págs. 131 a 151; RAMOS MAESTRE, A., «Distinción entre donación *inter vivos* y donación *mortis causa*. Requisitos necesarios para la validez de la donación *mortis causa*. Comentario a la STS de 28 de julio de 2003», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, 2005, págs. 17 a 25.

(43) RJ 2002/8098.

(44) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La revocación de donaciones», *op. cit.*, págs. 30-31; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, *Derecho de Obligaciones*, Reus, Madrid, 1988, pág. 247, señala que «la resolución de donaciones

4.1. SUPERVENIENCIA O SUPERVIVENCIA DE HIJOS

Según el artículo 644 del Código Civil, toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos o descendientes, será revocable por el hecho de tener lugar en cualquiera de los supuestos siguientes: 1. Que el donante tenga hijos después de la donación, aunque sean póstumos. 2. Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto.

El alcance de la *ratio* del precepto alcanza a los hijos y descendientes, pese a que el legislador cuando enumera los dos supuestos sólo hace referencia a los hijos (45). Éstos pueden ser matrimoniales, no matrimoniales, o incluso adoptivos (art. 108.II) (46). En el caso de filiación adoptiva, la adopción de un hijo con posterioridad a la donación hará ésta revocable (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 1997). Por el contrario, la donación será irrevocable, si la adopción tiene lugar con anterioridad a la misma. Igualmente, en el supuesto de determinación de la filiación de un hijo no matrimonial, si ésta tiene lugar antes de la donación, ésta será irrevocable; si la determinación tiene lugar después, la donación podrá ser revocada (47).

Los hijos o descendientes que hacen la donación irrevocable son los que, conociendo el donante su existencia, nacieron antes de la donación y estaban vivos cuando éste se hizo. Por el contrario, es causa de revocación los que nazcan después de la donación, sigan vivos al tiempo de revocarla, y respecto de los que se ignoraba que se tenían al tiempo de la donación (48). En relación con el concebido y no nacido, en el sentir mayoritario de la doctrina entiende que la existencia conocida al tiempo de la donación, no hace ésta irrevocable, más no por virtud del artículo 29 del Código Civil (pues la irrevocabilidad no es un efecto favorable), sino por faltar la esencia básica de la norma, como es ignorar su existencia al tiempo de la donación (49). En todo caso, que pueda operar la revocación, es preciso que se produzca el nacimiento.

proviene del cumplimiento de condiciones resolutorias y no constituye una teoría especial, sino una aplicación de doctrinas comunes a toda clase de contratos. la revocación, en cambio, constituye una de las especialidades más características de la donación».

(45) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 644 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. VIII, vol. 2.^a (arts. 618 a 656 del Código Civil), Edersa, Madrid, 1986, págs. 318-319; ZURILLA CARIÑANA, M. A., «Comentario al artículo 644 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 825.

(46) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 1997 (RJ 1997/682).

(47) DÍAZ-ALABART, S., «La revocación de las donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos o descendientes», en *Actualidad Civil*, 1986-1, pág. 519; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2183; ZURILLA CARIÑANA, M. A., «Comentario al artículo 644 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 825.

(48) ATAZ LÓPEZ, J., *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil (arts. 644 a 653)*, T. I, dirigidos por Miguel PASOUAU LIAÑO, coordinador: Klaus JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN, Comares, Granada, 2000, pág. 1297; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La revocación de donaciones», *op. cit.*, pág. 58.

(49) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 644 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 316; de la misma autora, «La revocación de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos u otros descendientes», *op. cit.*, pág. 523; ZURILLA CARIÑANA, M. A., «Comentario al artículo 644 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 825; LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 99; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2183; MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a,

Ahora bien, si el donante tenía un hijo antes de hacer la donación, pero al tiempo de ésta no estaba la filiación determinada, desconociendo el progenitor el hecho de su paternidad, y, después, se determina aquella, la donación será revocable (50). No obstante, si el donante sabe que tiene el hijo, pese a no estar determinada la filiación al tiempo de realizarse la donación, no parece posible la revocación, pues, conocía la existencia del hijo (51). Y si está determinada la filiación y se impugna y surte efecto tal impugnación después de la donación, será ésta igualmente revocable. DÍAZ ALABART responde afirmativamente: «a pesar de que es cierto que, desde un punto de vista puramente individual del donante, si cuando donó aparecía como suyo el primer hijo, no cabe negar que donó con toda la decisión de desprenderse de bienes de quien lo hace aun sabiendo tener hijos. Pero, de todos modos, la revocabilidad se apoya en el interés del hijo sobrevenido o sobreviviente» (52). Por otra parte, si revocada la donación, prospera la acción de impugnación, esta misma autora señala que: «según se trate, bien de filiación del hijo que tenía al donar, o bien de la del sobrevenido o superviviente, habrá que resolver el caso a tenor de que no hubiese existido el primero al donar, o de que no hubiese habido realmente hijo superviniente o sobreviviente. En ambos casos, es como si se hubiese creído tener un hijo que no se tenía realmente» (53).

La revocación por supervivencia de hijos podrá tener lugar cuando resulte vivo el hijo que el donante creía muerto al tiempo de la donación. Basta la creencia errónea de la muerte del hijo, pero para que surta efecto, será necesario que ésta se acredite mediante los medios de prueba admitidos en derecho (54). La declaración de fallecimiento y la declaración de ausencia posibilitan la acreditación de tal circunstancia, aunque no resulten absolutamente decisivas en aplicación del artículo 195 del Código Civil, pues, nada quita que «el donatario pueda probar que el donante, al hacer la donación, conocía la existencia del hijo, pese a haber sido éste declarado fallecido, y que el hijo comunicaba normalmente con el padre (piénsese en una confabulación consciente de padre e hijo para eludir éste la acción de la justicia)» (55).

«Comentario al artículo 644 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español, T. V (arts. 644 a 653)*, Reus, Madrid, 1972, pág. 244, «el hijo concebido pero no nacido al hacerse la donación, revoca ésta al nacer (...): 1.º Porque la ley lo que exige es que nazca después, estuviere o no concebido; 2.º Porque la presunción del artículo 29 no alcanza en este caso, en el cual, de reputarse el hijo nacido, sufriría el perjuicio y no beneficio; 3.º Porque en realidad no es seguro el nacimiento del hijo en condiciones legales, ni los padres sienten el mismo afecto hacia el ser que puede existir que hacia el ser que ya existe».

(50) DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 648; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., «La donación», en *Instituciones de Derecho Privado*, T. III, vol. 2.º, AA.VV., coordinador: Juan FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, Civitas, Madrid, 2005, pág. 881; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La revocación de donaciones», *op. cit.*, pág. 64.

(51) GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., «La donación», *op. cit.*, pág. 881.

(52) DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 659.

(53) DÍAZ-ALABART S., *Últ. lug. cit.*

(54) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 644 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 309; de la misma autora, «La revocación de donaciones por supervivencia o supervivencia de hijos u otros descendientes», *op. cit.*, pág. 519.

(55) MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 644 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 277.

Aunque, como hemos manifestado, en el texto sólo se haga referencia a hijos, es posible la revocación de una donación, cuando el donante, sin hijos vivos, conoce que su descendiente (nieto) al que reputaba muerto, está vivo (56).

El fundamento de este derecho a revocar se encuentra, por tanto, en la presunción de que la donación no hubiera tenido lugar, de haber conocido el donante que tenía un hijo o que vivía el que reputaba muerto. De esta forma, se beneficia no sólo al donante con la restitución de la cosa donada a su patrimonio, sino también a los hijos o descendientes en la medida que con el aumento del patrimonio del donante, aumenta, asimismo, sus expectativas hereditarias con relación al mismo (57). En este sentido, afirma DÍAZ ALABART que: «en realidad la posibilidad de revocar donaciones del artículo 644 protege a los dos, al donante y a sus hijos o descendientes. Al donante, porque efectivamente, al revocar la donación es a su patrimonio a donde reverterían los bienes, y además lo hacen incondicionalmente, y puede disponer de ellos, como quiera, incluso para realizar con ellos una nueva donación, y también protege a los hijos y descendientes del donante, porque, al no resultar disminuido el patrimonio de su progenitor, no sólo es ya que sus expectativas hereditarias no mermen, sino que también puede afectar el recobrar esos bienes que fueron donados, al nivel de vida que puede ofrecer el donante a sus hijos o descendientes. Creo, concluyendo, que se podría decir que este precepto protege el interés de la familia del donante» (58).

La revocación de la donación por esta causa no opera de forma automática, esto es, no se extingue por la mera concurrencia de aquélla, sino que es preciso que el donante ejercite la acción de revocación que la ley le otorga (59). Está legitimado para el ejercicio de la misma el propio donante, y a su fallecimiento se transmite a sus hijos o descendientes, siempre lógicamente que en el momento de la muerte de aquél no haya transcurrido el plazo

(56) DÍAZ-ALABART, S., «La revocación de las donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos o descendientes», *op. cit.*, pág. 527; de la misma autora, «Comentario al artículo 644 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 319.

(57) ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 642; DÍAZ-ALABART, S., «La revocación de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos u otros descendientes», *op. cit.*, pág. 517; de la misma autora, «Comentario al artículo 644 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 306-307; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a, «Derecho Civil Español, Común y Foral, T. IV, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 250; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 644 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 274.

(58) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 644 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 306-307. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 1997 (RJ 1997/682), igualmente, establece como fundamento de esta revocación en el interés de la familia del donante.

En esta línea, JOSSE RAND, L., *Derecho Civil*, T. III, vol. III, traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1951, pág. 228, sostiene que «la revocación por superveniencia de hijos es a la vez interpretativa de la voluntad del disponente y protectora de los derechos de los hijos: *interpretativa*, porque es verosímil suponer que la donación no hubiera tenido lugar si su autor hubiera previsto la superveniencia ulterior de un hijo; *protectora* de los derechos de los hijos, porque tiene carácter imperativo; no podrían conjugarse por una cláusula contraria inserta en el acto; es, en este sentido, *de orden público*».

(59) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 1972 (RJ 1972/1416); de 22 de junio de 1989 (RJ 1989/4772); y de 6 de febrero de 1997 (RJ 1997/682).

fijado para su ejercicio (60). Solamente podrán ejercitarlo los hijos o descendientes a su muerte (herederos legitimarios), no cualquier otro heredero, pues, es a ellos a quienes pretende favorecer el legislador con la facultad de revocación, pensando precisamente en la salvaguarda de sus legítimas (art. 646.2.º).

En todo caso, la doctrina ha considerado que cada nacimiento (o reaparición) da lugar a una nueva acción de revocación. De forma que, el donante tendrá tantas acciones como nacimientos y reapariciones tengan lugar (61).

Por otro lado, si el hijo o descendiente, tras su nacimiento o reaparición, fallece, no podrá ejercitarse esta acción, pues ha desaparecido el fundamento de la misma, como es la existencia del hijo o descendiente (62).

El plazo para su ejercicio es de cinco años, contados desde que se tuvo noticia del nacimiento del último hijo, o de la existencia del que creía muerto (art. 646.1.º). Se trata de un plazo privilegiado, cuya duración es superior a la acción de rescisión y anulabilidad (cuatro años). Aunque el precepto lo califica de prescripción, la doctrina mayoritaria entiende que el plazo es de caducidad, por analogía con la acción rescisoria y porque se trata de alterar una situación jurídica y de eliminar un estado de incertidumbre jurídica (63); como tal plazo de caducidad, no admite interrupción y puede apreciarse de oficio.

El cómputo del plazo de ejercicio de la acción en el caso de superveniencia de hijos se contará desde que se tuvo noticias del nacimiento del último hijo. Si la filiación es matrimonial no plantea problemas, pues se puede conocer en

(60) En este sentido, MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 284.

(61) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por C. PAZ-ARES, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, L. DÍEZ-PICAZO y P. SALVADOR CODERCH, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1637; de la misma autora, «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 357. En contra, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La revocación de donaciones», *op. cit.*, pág. 74.

A favor de la existencia de una acción única que surge desde el nacimiento o la aparición del primer hijo y dura hasta cinco años después de la aparición o nacimiento del último, MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 644 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 193, sostiene que «tanto si el fundamento de esta causa de revocación se encuentra en la protección de la familia del donante como si se halla en la protección de hijos y descendientes como herederos forzosos, la idea más razonable sobre lo querido por el Código es que la acción permanezca latente mientras puedan nacer hijos del donante o reaparecer los que éste creía muertos, ya que cuantos más hijos nazcan o sobrevivan después de su muerte mayores serán los perjuicios causados por la donación al resultar menor la cuota de cada uno».

(62) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1638; de la misma autora, «La donación», *op. cit.*, pág. 705; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2185.

(63) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 361; de la misma autora, «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1637; de la misma autora, «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 357; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 315; LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II Derecho de obligaciones», *op. cit.*, pág. 100; DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 388; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 427; ZURILLA CARIÑANA, M. A., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 827; MALUQUER DE MOTES BERNET, C., «Donación y revocación», *op. cit.*, pág. 2968. En contra, MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 282, que entiende que es de prescripción.

qué momento tuvo lugar el nacimiento e iniciar el cómputo a partir de dicha fecha. Sin embargo, respecto de la filiación no matrimonial, que no está determinada en el momento de nacimiento, considera DÍAZ-ALABART que la solución más razonable es que el cómputo del plazo no empiece a contar hasta que la filiación se determine legalmente (64). Si estamos ante un caso de supervivencia de hijos, el inicio del cómputo tendrá lugar desde que se tuvo noticia de la existencia del hijo que se creía muerto (65).

Se trata de una acción transmisible en cuanto se puede transmitir a los herederos del donante el ejercicio de la acción (66); e irrenunciable, en cuanto se impide su renuncia anticipada; no la posterior al conocimiento de los supuestos descritos, ya que el donante es libre de accionar o no; y por supuesto, de volver a donar, si así quiere y desea (67). Precisa SÁNCHEZ-CALERO que si el donante no ejercita la acción en el plazo de cinco años, ello no supone una renuncia tácita, pues, para que ésta exista es preciso que se derive de actos concluyentes determinantes de la voluntad de renunciar; y el hecho de no accionar no implica una voluntad clara de renuncia a la acción (68).

A los efectos de tal revocación se refiere el artículo 645 del Código Civil. Aunque este precepto sólo hace aludir a los relativos a la revocación por supervivencia de hijos; de modo unánime se considera que también se aplica a los supuestos de supervivencia (69).

Al igual que establecen los artículos 649 y 650 para la revocación por ingratitud, se impone al donatario la restitución de los bienes donados o su valor, si no pueden restituirse por haberse enajenado. Valor que será el que

(64) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 362; de la misma autora, «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1638.

(65) El *Codice Civile*, igualmente, establece el plazo de caducidad de cinco años para el ejercicio de la acción. En cuanto al momento a partir del cual debe computarse ese plazo, difiere de nuestra regulación, ya que será desde el día del nacimiento del último hijo o descendiente legítimo, o de la noticia de la existencia del hijo o descendiente o del reconocimiento del hijo natural (art. 804, párrafo 1.º).

(66) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1638; de la misma autora, «La donación», *op. cit.*, pág. 708; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., «La donación», *op. cit.*, pág. 887. Señala CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª, «Derecho Civil Español, Común y Foral, T. IV, Derecho de obligaciones», *op. cit.*, pág. 251, que es transmisible, en caso de muerte del donante, a los hijos y sus descendientes; no se transmitirá, por consiguiente, a otros herederos del donante.

Los nietos no podrán interponer la acción de revocación viviendo sus padres, hijos del donante, pues, será a estos últimos a los que corresponda la acción. Sin embargo, sí podrá interponerla los nietos descendientes de un hijo premuerto del donante, en cuyo caso concurriría en la titularidad de la acción con los demás hijos del donante (tíos), si existieran.

(67) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 367-368; de la misma autora, «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1638; ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 711; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 617; ZURILLA CARIÑANA, M. A., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 827; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 315; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2185. En contra, MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 283.

(68) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La revocación de donaciones», *op. cit.*, pág. 81.

(69) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 326; de la misma autora, «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1635.

corresponda al que tenían los bienes al tiempo de hacerse la donación, actualizado con arreglo a la depreciación del valor del dinero. De manera que el donatario deberá entregar el equivalente en moneda actual del valor de entonces (70). La posible plusvalía queda en beneficio del donatario, y una minusvalía, en cambio, le perjudica. Se trata de una deuda de valor. El artículo 645 hace referencia al supuesto de venta, término que incluye tanto las enajenaciones a título oneroso como a título gratuito (71).

Al ser una acción personal, sólo dar lugar a una obligación del donatario de restituir, siendo eficaces los actos de enajenación o gravamen que hubiera realizado el donatario. No tiene efectos retroactivos. De forma que, serán inatacables las enajenaciones a título oneroso «realizadas en el lapso temporal comprendido entre la donación y el evento determinante de la revocación, así como las efectuadas entre el momento en que aconteció el evento y la demanda de revocación (la mera producción de la causa de la revocación no originará ésta, si el donante no interpone la demanda oportuna). Las enajenaciones posteriores a la interposición de la demanda serán rescindibles, al referirse a cosas litigiosas» (72). Ahora bien, si se ha anotado la demanda en el Registro de la Propiedad, no perjudicarán al donante las enajenaciones o hipotecas posteriores, pues, a partir de ella, lógicamente, ya no puede alegarse desconocimiento de la causa de revocación; evitando con ello, asimismo, que los actos posteriores a la demanda queden amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; de forma que, sólo serán inatacables las anteriores a la anotación de la demanda (aplicando analógicamente el art. 649 en sede de revocación por causa de ingratitud) (73).

Sin embargo, como acertadamente dispone DÍAZ-ALABART en el caso de que no hubiese anotación de la demanda, también el conocimiento de la misma debería tener los mismos efectos que si se hubiese anotado, lo que determina-

(70) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 348; de la misma autora, «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1636; ZURILLA CARIÑANA, M. A., «Comentario al artículo 646 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 826; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 280. Vid., también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 1989.

(71) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 327; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 279; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 315; ZURILLA CARIÑANA, M. A., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 825.

(72) ZURILLA CARIÑANA, M. A., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 825-826.

(73) GARCÍA GARCÍA, J., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. T. II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 526, manifiesta que: «la acción revocatoria es, por definición, de efectos obligacionales, se trata de una acción personal de características especiales, pues en su futuro desenvolvimiento puede dar lugar a la restitución de los bienes donados, si ello fuera posible. Esto significa que, aunque el efecto restitutorio sea obligacional y no real, se produce una situación especial de ius ad rem, lo que permite la anotación de demanda de revocación obligacional tenga acceso al Registro. En tal caso, por medio de la anotación, ese efecto natural de carácter personal se puede convertir en un efecto real, respecto de terceros». Concluye el autor que: «la anotación de demanda de revocación constituye, en estos casos, el único mecanismo posible para dotar de efectos erga omnes a una acción que, en principio, es de naturaleza obligacional, pero que tiende en definitiva a la recuperación de los bienes inmuebles donados».

ría la atacabilidad de la enajenación realizada una vez que el adquirente conoció o pudo conocer que el donante había demandado la revocación (74). En todo caso, corresponde al donante la prueba de que el adquirente conocía la existencia de la demanda de revocación; si no es posible tal prueba, conforme a los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, la revocación no perjudicará a los terceros adquirentes de buena fe, a título oneroso que no conocían o podían conocer la demanda de revocación; correspondiendo al donante la restitución del valor de lo donado.

Si las enajenaciones son a título gratuito, al carecer de la firmeza de las onerosas, y considerar al adquirente a título gratuito, como un adquirente más débil que el oneroso, la doctrina mayoritaria entiende que el donante podrá revocar tales donaciones; y, en consecuencia, recuperar el bien de aquel a quien el donatario hubiese transmitido a título gratuito (75).

Si los bienes donados están hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantiza, con derechos a reclamarla del donatario (art. 645.2). Para que esta liberación tenga lugar, habrá de consentirlo naturalmente el acreedor hipotecario. Si éste no quiere, deberá el donante soportar tal gravamen hasta su extinción; y, llegado el momento de pago del crédito hipotecario, ante la negativa del deudor (donatario) de llevarlo a cabo, corresponde al donante, si no quiere perder el bien por una ejecución hipotecaria, pagar la deuda y reclamarlo después al donatario (76).

Aunque el artículo 645 sólo hace referencia a la hipoteca, es posible hacerlo también extensivo a otros gravámenes redimibles. De no ser éstos redimibles, debe el donatario devolver la cosa más el valor del gravamen. Y si no es posible entregar aquélla, el valor de la cosa donada y el del gravamen (77).

La restitución del objeto donado se extiende también a los frutos, desde que recibió aquél hasta la interposición de la demanda (art. 651.1), como consecuencia de la no retroactividad, correspondiendo al donante, en conse-

(74) DIAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 336; de la misma autora, «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1635-1636. Para ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 826, el criterio que sostiene la profesora DIAZ-ALABART tiene la ventaja de que soluciona también los supuestos en que lo donado es un bien mueble o un inmueble no inscrito, en cuanto que determinaría que puedan revocarse también las enajenaciones de estos bienes desde que el adquirente conociese o hubiese podido conocer que la donación fue revocada.

(75) DIAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 331; de la misma autora, «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1635; ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 826; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 279.

(76) DIAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 340; ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 826; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 315.

(77) ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 826; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2185; DIAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 645 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1636; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 315, señalan, al respecto, que el espíritu del precepto es que la disminución del valor sea pagada por el donatario. Por tanto, este efecto también se dará cuando el donante tenga que soportar otras cargas (por ejemplo, un usufructo, una servidumbre).

cuencia, únicamente los frutos que se produzcan a partir de ese momento. Subsidiariamente, deben aplicarse las normas de liquidación de estado posesorio respecto de un poseedor de buena fe, que ve interrumpida su posesión por la demanda (arts. 450 a 452 del Código Civil). En cuanto a las mejoras y los gastos hechos por el donatario en los bienes donados, serán de aplicación los artículos 453 y 454.

A partir de la interposición de la demanda, DÍAZ-ALABART entiende que se interrumpe la posesión, y con ello el cese de la buena fe del donatario, considerándole desde ese momento, como un poseedor de mala fe, de manera que sólo se le abonarán los gastos necesarios, pero sin derecho de retención (arts. 453.1.º y 455, primer inciso), los de lujo y puro recreo no se le abonarán, pero podrá llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro y el poseedor legítimo (el donante) no prefiera quedarse con ellos, abandonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión (art. 455, último inciso) (78).

4.2. INGRATITUD DEL DONATARIO

La realización de determinadas conductas contenidas en el artículo 648 supone para el legislador una ingratitud del donatario que faculta al donante para revocar la donación. Son conductas tasadas, de especial gravedad y de carácter objetivo (79), y de interpretación restrictiva (80).

La finalidad de esta revocación descansa, en opinión de ATAZ LÓPEZ: «en un deber de agradecimiento que se impone al donatario, cuyo incumplimiento, manifestado en los actos concretos que recoge el artículo 648, determinaría la posibilidad de revocar, no a modo de resolución por incumplimiento de una obligación recíproca o sinalagmática, sino a modo de sanción civil cuya imposición queda en manos de la voluntad del donante» (81). Por su parte, para DE LOS MOZOS señala que no estamos propiamente ante una sanción de carácter punitivo, sino ante un instrumento para conferir relevancia jurídica al arrepren-

(78) DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, págs. 685-686.

Sin embargo, CAPILLA RONCERO, F., «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1984», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 4, enero-marzo de 1984, pág. 1354, en la línea del sector que defiende que la interrupción legal de la posesión no es un medio de desvirtuar la presunción de buena fe, sostiene que «la presunción de buena fe solamente puede ser desvirtuada acreditando que el poseedor carece de ella o la ha perdido».

(79) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1995 (*RJ* 1995/4907), y de 13 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3410). Y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.ª, de 9 de abril de 2002 (*JUR* 2002/164576), y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 2 de febrero de 2005.

(80) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 1.ª, de 19 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001/316183); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 3 de octubre de 2001 (*JUR* 2002/5122), no todo acto que implique ingratitud, es suficiente para que prospere la acción de revocación de la donación, sino solamente los contenidos en alguno de los tres supuestos del artículo 648 del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.ª, de 9 de abril de 2002 (*JUR* 2002/164576); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 13 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/229157); y de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.ª, de 21 de septiembre de 2009 (*JUR* 2010/5311).

(81) ATAZ LÓPEZ, J., «Jurisprudencia civil comentada», *op. cit.*, pág. 1306.

timiento que la ingratitud provoca en el donante, y que la conciencia jurídica considera del todo justificado. A lo que precisa que, si se tratase de una norma sancionadora sería, como tal, imperfecta, ya que la sanción no la establece directamente la norma, sino que confiere esta posibilidad al donante (82).

Para la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1969, «la finalidad de la revocación por ingratitud se dirige a dotar al donante de un medio coactivo y psicológico para obligar al donatario al cumplimiento de sus deberes morales que el *ius gratitudinis* le impone, y que presenta las características de una verdadera unción penal de tipo económico, cuyos efectos pudieran verse frustrados cuando su titular se viera impedido para utilizarla por causas ajenas a su voluntad» (83).

1.º *El donatario cometiere un delito contra la persona, el honor o los bienes del donante.* El término comisión, que emplea el citado precepto, hay que entenderlo como equivalente a cualquier forma de participación criminal, siendo indiferente que el delito se haya consumado o no. De forma que, será también causa de revocación el delito intentado o frustrado, o simplemente haya quedado en grado de tentativa. Igualmente, será indiferente si la participación del donatario lo ha sido en concepto de autor material, o como inductor o cooperator, cómplice o encubridor (84). En cuanto la expresión *delito*, frente a quienes sostienen que quedan excluidos los hechos constitutivos de la falta (85); no faltan otros autores que consideran que en tal expresión se ha de incluir, no sólo los delitos, sino también las faltas (86); si bien, la mayoría de la doctrina opta por entender que cuando el legislador hace referencia al delito parte de un sentido vulgar, alejado de los conceptos penales; de forma que, cualquier acto o comportamiento ilícito doloso de cierta trascendencia y entidad ejecutada de propósito contra la persona, honor y bienes del donante como conducta socialmente condenable forma parte de la *ratio* del precepto (87). En este contexto, la

(82) DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 363.

(83) (RJ 1969/5837).

(84) En el mismo sentido, DIEZ-PICAZO, L., «Las causas de revocación de las donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante», en *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 220; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, S., «La revocación de donaciones», *op. cit.*, pág. 119.

(85) MANRESA Y NAVARRO, J. M.º, «Comentario al artículo 648 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, T. V, Reus, Madrid, 1972, pág. 259; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 295-296. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1995 (RJ 1995/2775).

(86) DIEZ-PICAZO, L., «Las causas de revocación de donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante», en *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 220.

(87) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1644; de la misma autora, «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 427; para DE LOS MOZOS, J. L., «La revocación de donaciones por ingratitud del donatario», en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III, Almería, 2000, págs. 1288-1289, hay que entender también con el significado técnico-jurídico propio del Código Penal, pero, además, de si espíritu se deduce, y de la propia inadecuación de sus términos a las rúbricas del Código Penal que comprende, por igual, otros supuestos análogos que respondan a la idea de ingratitud. Este es indudablemente el sentido del precepto; por un lado, se refiere a hechos delictivos; y, por otro, a actos igualmente condenables, no sólo por la conciencia social, sino también por los propios sentimientos del donante guarda una íntima relación con el propio *animus donandi*;

comisión del hecho ha de ser dolosa, no imprudente, pues, esta última no es reveladora de ingratitud (88). No es preciso que el delito sea declarado y castigado por la jurisdicción criminal (89).

LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones», *op. cit.*, pág. 101, señala que no es indispensable que el delito sea declarado y castigado por la jurisdicción criminal; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 430; ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 830. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 1983 (RJ 1983/5338); de 13 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9615); de 27 de febrero de 1995 (RJ 1995/2775); de 10 de junio de 1995 (RJ 1995/4907); y de la misma Sala, sección 1.^a, de 5 de diciembre de 2006 (RJ 2007/231) entendiéndose por delito la «conducta socialmente reprochable pero con base en acciones que puedan ser delictivas aunque no formalmente declaradas tales». Igualmente, señala que no se exige que se trate de uno de los delitos catalogados en el Código Penal contra las personas, la honestidad o la propiedad, sino que se refiere a todos aquellos por los cuales resulte ofendido el donante que revele ingratitud. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de 7 de marzo de 1997 (AC 1997/577); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, 21 de febrero 2000 (JUR 2000/134788), el término delito no se menciona en un sentido estricto y técnico jurídico. Ha de entenderse la existencia de una conducta socialmente reprochable cuando se basa en acciones que pueden ser manifestadas delictivas aunque no hayan sido declaradas formalmente tales; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11.^a, de 12 de julio de 2002 (AC 2002/2376); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, de 30 de julio de 2002 (JUR 2002/247737); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de 21 de enero de 2003 (JUR 2003/39890); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 2 de febrero de 2005 (JUR 2005/77042); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.^a, de 30 de marzo de 2005 (JUR 2005/132660), falta de atención y malos tratos físicos y psíquicos causados por la hija a su madre de avanzada edad; y, de la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.^a, de 12 de diciembre de 2005 (JUR 2006/27845).

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 1983 (RJ 1983/5338), dispone en su *Fundamento de Derecho* 3.º: «que no sólo cuando haya delito declarado, y frente al sujeto pasivo del mismo, actúa esta causa de revocación de donaciones por ingratitud, sino también aunque otro de los donantes no sea a la sazón sujeto pasivo y para el que la acción delictiva sobre el otro repercute solamente por conducta socialmente reprochable o condenable, que es suficiente para la revocación sin necesidad de que formalmente haya sido declarado delito».

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de 7 de marzo de 1997 (AC 1997/577), existe una falta de acreditación por el donante de conducta socialmente reprochable realizada por el donatario reveladora de ingratitud.

(88) DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 316; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 296. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 2.^a, de 15 de enero de 1998 (AC 1998/97), lesiones causadas al donante constitutivas de una falta de lesiones: acto ilícito doloso; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11.^a, de 1 de marzo de 2002 (JUR 2002/136966), lesiones causadas por el donatario al donante, constitutivas de una falta de lesiones: acto ilícito doloso; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11.^a, de 12 de julio de 2002 (AC 2002/2376), condena penal por falta de lesiones; y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.^a, de 4 de marzo de 2003 (JUR 2003/162484), falta de prueba del delito de apropiación indebida por la retirada de 800.000 ptas. de una cuenta común.

(89) Vid., DIEZ-PICAZO, L., «Las causas de revocación de donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante», *op. cit.*, pág. 220; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La revocación de donaciones», *op. cit.*, pág. 124; y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 1983 (RJ 1983/5338).

El delito tiene que afectar a la persona, honra o bienes del donante, por lo que ha de tener necesaria conexión con los mismos, no siendo preciso que se trate de uno de los delitos catalogados en el Código Penal contra las personas, la honra o la propiedad, sino que engloba a todos aquellos por los cuales resulte ofendido el donante que revelen ingratitud (90); de ahí que, en los delitos contra la persona del donante no sólo se va a incluir el homicidio o asesinato o las lesiones, sino también contra los bienes de la personalidad como la libertad y seguridad de las personas protegidos por el artículo 18 de la Constitución Española (condena por un delito de coacciones —sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 1983 y de 19 de noviembre de 1987—) (91). Asimismo, ha de ir referido sólo a la persona del donante, no al cónyuge o hijos de éste (92); no obstante, algún autor ha considerado que se puede extender la aplicación del supuesto a dichas personas en cuanto por las relaciones de afectividad y parentesco que le une, indirectamente afecta al donante y supone ingratitud hacia el mismo (93).

La amnistía y el indulto carecen de efectos civiles; no borran la realidad de la ingratitud, por lo que no privan de acción al donante (94).

No son causa de revocación por ingratitud las actuaciones que provoquen desagrado o la falta de agradecimiento u olvido de los beneficios recibidos, ni tampoco los enfrentamientos dialécticos por cuestiones particulares, sin trascendencia social, por ejemplo, entre hermanos, cuando la donante era su madre (95).

2.º *Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe, a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.* La imputación no puede consistir en una mera denuncia, pues existe un deber general de denunciar la comisión de un delito cuya omisión da lugar a sanción penal (arts. 259 y 264 de la Ley de Enjuicia-

(90) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 1983 (*RJ* 1983/5338) afirma que, «el texto legal no usa las expresiones “delito contra la persona, la honra, o los bienes del donante” con precisión técnica alguna, puesto que, de no entenderlo así se llegaría al absurdo de que, toda la gama de delitos que el Código Penal comprende, sólo determinan ingratitud a efectos de revocación de donaciones, los delitos contra la vida e integridad corporal, los que lo sean contra la honra y los atentados contra la propiedad»; de 19 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987/8408); de 27 de febrero de 1995 (*RJ* 1995/2775); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 2 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/77042); y de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 19 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/158354).

(91) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 24 de abril de 2009 (*JUR* 2009/283774) condena penal por maltrato e injurias.

(92) ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 792; DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 433.

(93) DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 369.

(94) Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 316. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 1983 (*RJ* 1983/5338).

(95) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993/9615), la ingratitud en sentido propio entraña «desagradecimiento, olvido o desprecio de los bienes recibidos»; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.ª, de 5 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/150135); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.ª, de 30 de enero de 2004 (*AC* 2004/541).

miento Criminal), sino equivalente a interposición de querrela criminal por parte del donatario contra su donante, ya que sólo en virtud de dicha querrela aquél se convierte en parte en el proceso penal; o, simplemente, se persona en la causa, ejercitando la acción penal. Por tanto, la imputación es persecución, es ejercitar una acción penal mediante querrela criminal (96). Es indiferente que se pruebe que el donante ha cometido verdaderamente el delito, pues tal prueba no hace desaparecer la causa de revocación. El Código Civil se refiere sólo a la imputación de delitos que dan lugar a un procedimiento de oficio o acusación pública, no a delitos privados.

Excepcionalmente, el artículo 648 alude a tres casos en los que la interposición de querrela criminal por parte del donatario no es causa de ingratitud: que el delito se haya cometido contra el propio donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1989) (97). La mención al cónyuge se ha criticado por la doctrina, pues, en la actualidad tiene capacidad por sí mismo para interponer querrela criminal, no así los hijos menores de edad no emancipados o incapacitados, a los que su falta de capacidad les impide actuar por sí mismos, y exige, en consecuencia, que aquél les deba representar como tal representante legítimo que es (98). Si los hijos son mayores de edad, son ellos los que pueden querrellarse o personarse en la causa, y si lo hace el padre —donante—, incurre en ingratitud.

3.º *Si el donatario niega indebidamente alimentos al donante.* Los alimentos a los que se refiere el artículo 648 no son únicamente los debidos por la obligación legal de alimentos entre parientes que establece en los artículos 142 a 153 (99), sino que se impone al donatario en el artículo 648 un específico deber de procurar alimentos al donante por el mero hecho de la donación (100).

(96) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 446; de la misma autora, «La imputación por el donatario al donante de delito perseguible de oficio, como causa de ingratitud que permite revocar la donación», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 1984, págs. 1064-1065; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 430; ZURILLA CARIÑANA, M.ª A., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 830; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 316; DIEZ-PICAZO, L., «Las causas de revocación de donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante», *op. cit.*, pág. 222; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 297. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 17 de julio de 2003 (*JUR* 2003/219690); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, de 24 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/13263), y de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 6 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/129049).

(97) *RJ* 1989/6908.

(98) ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 805; DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 444; ZURILLA CARIÑANA, M.ª A., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 831.

(99) La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 27 de octubre de 2009 (*JUR* 2010/78854), señala que esta obligación alimenticia no debe encuadrarse plenamente con la tradicional entre parientes, por lo que su límite no será, por un lado, las necesidades del alimentista y, por otro, las posibilidades del alimentante.

(100) ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 815; DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 446-453; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 299; ZURILLA CARIÑANA, M.ª A., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 831;

Vendría a ser uno de los casos en que por Ley se tiene derecho a alimentos, previsto en el artículo 153 del Código Civil. De todas formas, como precisa COSTAS RODAL, el origen de ese deber de prestar alimentos se puede encontrar en la Ley (alimentos entre parientes), en el pacto (contrato de alimentos) o en el propio contrato de donación (101). Sea cual sea su origen, la negativa indebida a prestar alimentos al donante por el donatario es causa de revocación de la donación por incumplir su deber (102).

La cuantía de los alimentos debe tener como límite máximo el monto de la donación.

De ser varios los donatarios, se opta por aplicar analógicamente la solución contenida en el artículo 145 del Código Civil en sede de alimentos entre parientes, y considerar que se repartirá entre ellos el pago de alimentos en proporción al valor de la donación recibida por cada uno (103).

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 316; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 431, manifiesta que «incurre en este tipo de ingratitud aquel donatario que por ser cónyuge o pariente del donante tiene el deber legal de alimentos y se los niega. Y, además, el donatario que sin estar en tal caso le niega alimentos que necesite el donante; es decir, que una donación genera una obligación de alimentos en el donatario, si el donante los necesita pero con la única sanción de serle revocada la donación si no los presta»; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 614, dispone que «la negación de alimentos podrá entenderse en dos sentidos: 1.º En el que, si el donante los necesita, el donatario se los debe por haber recibido la donación, por lo que negándoselos indebidamente, incurre en causa de revocación. 2.º En el que se incurra en causa de revocación cuando el donatario que, aparte de serlo, deba alimentos al donante, por ser pariente suyo, se los niegue indebidamente». Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 101, señala que: «no se refiere esta causa de revocación a los alimentos debidos entre parientes en virtud de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, pero tampoco cabe entender que por aplicación del artículo 648.3.º exista una verdadera obligación de todo donatario de suministrar alimentos: nunca se los podrá exigir judicialmente al donante. Proporcionarlos es, entonces, una carga que incumbe a cualquier favorecido con donación no usual ni nupcial, no haciéndolo así se abre al donante la posibilidad de revocar».

Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5809); y la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.ª, de 16 de junio de 2000 (*AC* 2000/2484), negativa a prestar alimentos al donante, que exige ayuda para las necesidades más básicas debido a su avanzada edad; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 25 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/49688), actitud reprochable del hijo no cubriendo las necesidades básicas de la madre, e instando su incapacidad no existiendo motivos para ello.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.ª, de 8 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/52572), no procede la revocación por ingratitud ante la inexistencia de negativa al donatario a proporcionar otro alojamiento al donante.

(101) COSTAS RODAL L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2187.

(102) En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 1994 (*RJ* 1994/1614), se considera improcedente la revocación, pues, la donataria no deja de asistir a la donante cumpliendo con ello las obligaciones que imponía la donación otorgada a su favor; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.ª, de 27 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/237092), se desestima la revocación por resultar un abandono voluntarios del donante de la vivienda donada.

(103) ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 817; DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 454; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2188.

Ahora bien, si el donatario concurre con personas obligadas legalmente a prestar alimentos, éstos deberán prestarlos en primer lugar, pues, la obligación alimenticia del donatario es subsidiaria a la obligación legal de alimentos entre parientes (104). Por tanto, el donante deberá primero solicitar los alimentos a los parientes obligados por ley; y sólo en el caso de que no existan tales parientes o no estén en condiciones para prestarlos por carecer de medios para ello, nace la obligación a cargo del donatario, y su negativa justifica la revocación de la donación. Señalan DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que «parece que hay que considerar a la obligación del donatario como una especie de recursos propios del donante, que tiene su fuente en un empobrecimiento anterior de su patrimonio hecho voluntariamente, por lo que deberá ser objeto de la obligación alimenticia legal, lo que el falte para cubrir sus necesidades» (105).

En todo caso, si las necesidades alimenticias son imputables al donante por su propia conducta, por analogía con lo previsto en los artículos 143 y 152 del Código Civil, aunque el donatario le niegue alimentos, no podrá revocar aquél la donación por ingratitud, ya que se trataría de alimentos indebidos (106).

Señala CASTÁN TOBEÑAS que: «el fundamento de esta revocación es para algunos la voluntad presunta del donante; y, para otros una especie de pena impuesta por la ley a los donatarios que infringen el deber moral del reconocimiento por el beneficio recibido» (107).

No opera esta causa de revocación, al igual que la anterior, de forma automática, sino que es necesario entablar demanda contra el donatario. Tendrá legitimación activa solamente el donante, pero se puede transmitir a los herederos, si no la pudo ejercitar (art. 653.1 *a contrario*). El artículo 653 en su apartado primero parte de la intransmisibilidad de la acción de revocación por causa de ingratitud sólo en un supuesto que el donante, habiendo podido, no hubiese ejercitado la acción; pues, sería ilógico que se transmitiese a los herederos una acción que el propio donante no quiso ejercitar. La acción de revocación de la donación en este caso es personalísima (108).

Al tratarse de una acción inherente a la persona del donante, no podrá ser ejercitada en vía subrogatoria por los acreedores, con base en el artículo 1.111 del Código Civil. Tampoco por los representantes legales, en el caso de incapacidad del donante, a no ser que antes de la sentencia de incapacidad hubiese manifestado su intención de revocar.

Legitimado pasivo es exclusivamente el donatario. Su fallecimiento impide la interposición de la demanda contra sus herederos. No obstante, cabe una

(104) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1645; de la misma autora, «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 455-456; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2188; ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 831, quien añade también como justificación de esta subsidiariedad de la obligación del donatario, la mayor fuerza que tiene el vínculo legal sobre el nacido de la donación.

(105) DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 317.

(106) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 456; ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «Comentario al artículo 648 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 831.

(107) CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a, «Derecho Civil Español, Común y Foral, T. IV, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 252.

(108) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario a los artículos 652 y 653 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 473.

excepción que a la muerte del donatario se hallase ya interpuesta la demanda, en cuyo caso el proceso continúa con su heredero (art. 652.2). Sin embargo para DÍAZ-ALABART esta intransmisibilidad que consagra el artículo 652, apartado segundo, se debe interpretar restrictivamente y tiene carácter excepcional; de manera que, siempre que el donante accione en plazo, con independencia del momento de inicio del procedimiento, no hay razón para que no pueda recobrar del heredero del donatario, lo que no pudo recobrar de éste, mientras vivía (109).

La acción ha de ejercitarse en el plazo de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y la posibilidad de su ejercicio (art. 652) (110). El plazo es de caducidad, como en el supuesto de revocación por superveniencia o supervivencia de hijos (111).

La acción es irrenunciable anticipadamente. No se prohíbe la renuncia posterior al conocimiento del hecho determinante de la revocación.

Como ocurre con el supuesto anterior (supervivencia o superveniencia de hijos o descendientes), la revocación no tiene efectos retroactivos, sino que tienen carácter personal o *ex nunc*, quedando subsistentes las enajenaciones e hipotecas que sean anteriores a la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad, no así las posteriores. De forma que serán inatacables las enajenaciones y demás gravámenes anteriores a la anotación que subsistirán y surtirán plenos efectos; mientras que serán atacables, y por tanto, quedarán sin efecto —«nulas», dice el art. 649 del Código Civil—, las posteriores a la anotación. Sólo será oponible la revocación, por tanto, frente a los adquirentes posteriores a la anotación en el Registro, o como manifestaba la profesora DÍAZ-ALABART, los que conocían o pudieron conocer la demanda de revocación, aunque ésta no se hubiese anotado (112).

Cuando no sea posible dejar sin efecto las revocaciones o gravámenes constituidos por el donatario, y, por tanto, el donante no pueda recuperar los bienes

(109) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 653 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 476; ZURILLA CARINANA, M.^a A., «Comentario al artículo 653 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 834.

(110) Como precisa SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La revocación de donaciones», *op. cit.*, pág. 153, en relación con el conocimiento del hecho no es suficiente una simple sospecha o una vaga noticia del hecho que legitima la revocación, sino que se requiere pleno conocimiento del donante de que el donatario ha cometido uno de los actos que permite la revocación; en cuanto a la posibilidad de ejercitar la acción, en relación con la causa primera del artículo 648, el plazo no comienza a correr hasta que haya terminado el procedimiento penal, es decir, a partir de la sentencia penal condenatoria. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2003, y de 25 de noviembre de 2004, que exige la concurrencia de los dos elementos: conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^a, de 23 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/140276); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8.^a, de 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005/164180); y de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.^a, de 22 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/262720).

(111) LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones», *op. cit.*, pág. 101; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones», *op. cit.*, pág. 431; DÍAZ-ALABART, S., «Comentario a los artículos 652 y 653 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 471; de la misma autora, «Comentario al artículo 652 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1648. En contra, MARIN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 652 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 309, que lo considera como plazo de prescripción.

(112) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 649 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1646.

donados, el artículo 650 faculta a éste para exigir al donatario el valor de los bienes donados al tiempo de la donación (su valor real) —enajenados a terceros protegidos (art. 34 de la Ley Hipotecaria)—, o en su caso, el valor a que ascienda el gravamen impuesto, inexistente al tiempo de la donación (113).

Nada se indica en el artículo 650 sobre las mejoras y los aumentos de valor de la cosa donada, obtenidos a expensas del donatario, ni de los deterioros producidos por culpa suya. Los primeros, como señala ZURILLA CARIÑANA deberán ser indemnizados conforme las reglas de la posesión de la buena fe; no así los segundos, pues la eventual revocación no parece razón suficiente para que sean indemnizados (114).

En cuanto a los frutos del objeto donado, el donatario deberá restituir los frutos correspondientes desde la interposición de la demanda (art. 651.1). Como precisa COSTAL RODAL, el concepto de «frutos» ha de interpretarse en sentido estricto, como equivalente a frutos percibidos, no los dejados de percibir (115).

4.3. INCUMPLIMIENTO DE CARGAS

El artículo 647 otorga al donante la facultad de revocar la donación «cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso». Aunque el Código emplea el término condiciones, no estamos en presencia de un suceso futuro o incierto, esto es, de una condición suspensiva o resolutoria, pues entonces no haría falta conceder al donante ninguna facultad, o no se da por adquirido el dominio (suspensiva) o se resuelve *ipso iure* (resolutoria), sino que nos estamos refiriendo a las donaciones con carga, en las que se impone al donatario el cumplimiento de una obligación o carga (obligaciones o gravámenes modales). Así lo entiende unánimemente la doctrina y la jurisprudencia (116). El fundamento de esta causa de revocación des-

(113) ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «Comentario al artículo 650 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 832; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2189.

(114) ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «Comentario al artículo 650 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 832.

(115) COSTAS RODAL L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2189.

(116) Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 317; Lacruz Berdejo, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones», *op. cit.*, pág. 100; Castán Tobeñas, J. M.^a, «Derecho Civil Español, Común y Foral, T. IV, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 248; Parra Lucán, M. A., «La donación», *op. cit.*, pág. 531; O'Callaghan Muñoz, X., «Compendio de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 428; Zurilla Cariñana, M.^a A., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 828; Costas Rodal, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2189; Marín Castán, F., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 285; Fernández Arroyo, M., «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Civitas, Madrid, 2003, pág. 1811. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 1973 (RJ 1973/3800); de 17 de octubre de 1985 (RJ 1985/4900); de 25 de junio de 1990 (RJ 1990/4893), incumplimiento de la obligación impuesta de alimentar al donante; de 11 de febrero de 1995 (RJ 1995/1050), incumplimiento de la obligación de asistencia y cuidado de los donantes; de 28 de julio de 1997 (RJ 1997/5809); y de la misma Sala, sección 1.^a, de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7386), imposición al donatario del cuidado del donante; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, de 18 de marzo de 1996 (AC 1996/

cansa en que el donante no hubiera hecho la donación de saber que, el donatario iba a incumplir con la carga impuesta; y en la necesidad de recomponer el equilibrio patrimonial con el objeto de evitar el enriquecimiento injusto operado, tras el incumplimiento, a favor del donatario incumplidor. De donde se colige que «la acción revocatoria constituye una nítida expresión del principio de interdicción del enriquecimiento torticero» (117). El incumplimiento ha de ser imputable al donatario (118).

559); de la Audiencia Provincial de Ávila, de 23 de febrero de 1998 (AC 1998/3834); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 17 de junio de 2002 (JUR 2002/259775); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.ª, de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006/153729); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 27 de mayo de 2008 (JUR 2008/303090); y de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3.ª, de 10 de junio de 2009 (AC 2009/1638), incumplimiento de la obligación de cuidado y atención personal al donante.

(117) FERNÁNDEZ ARROYO, M., «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 1815-1816; DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 337; DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M.ª, «La revocación de la donación modal», *op. cit.*, págs. 77-78 y 104.

(118) En la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 13 de mayo de 1993 (AC 1993/953), señala que no puede hablarse de incumplimiento del modo cuando dicho incumplimiento no es imputable al donatario, sino que es por vía de las disposiciones imperativas, cuya obligatoriedad no ha sido cuestionada en el proceso; y que, en el presente caso vendrían determinadas por la normativa sobre concentraciones escolares a las que se refiere expresamente el Ayuntamiento en su informe; igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.ª, de 15 de diciembre de 1995 (AC 1995/2295), se considera improcedente la revocación por incumplimiento de cargas, al existir un cumplimiento de las obligaciones materiales de sustento a favor de la donante a cambio de la cesión de la mitad indivisa del inmueble. La carga impuesta a la donataria de tener a sus padres donantes «en su casa y compañía» implicaba la obligación de aquella de mantener unas relaciones cordiales. Si esto último no resultara posible, por las razones que fueren, es claro también que la donataria no puede ser obligada a mantener una paz familiar contraria a la realidad de las cosas, de modo que en tal supuesto el derecho de habitación y alimenticio de la donante queda restringido al ámbito estrictamente material, desprovisto del afecto personal normalmente anejo a la convivencia entre parientes en línea recta. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 27 de febrero de 2001 (JUR 2001/149256); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.ª, de 6 de noviembre de 2003 (JUR 2004/4637), se declara improcedente la revocación por incumplimiento de cargas por variación del destino de la finca cedida al Ayuntamiento por razones de interés público; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 3.ª, de 11 de marzo de 2005 (JUR 2005/100546), que considera que el incumplimiento de la carga o condición impuesta no es imputable al donatario, sino a la vigencia de disposiciones imperativas; de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, de 8 de febrero de 2006 (JUR 2006/68772), improcedencia de la revocación de las donaciones por incumplimiento de cargas, pues, el incumplimiento es no culposo, ante la imposibilidad de construir el templo en la finca donada por su sujeción al ordenamiento urbanístico; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 17 de octubre de 2006 (JUR 2007/24186) no se ha acreditado como exige el artículo 647.1.º del Código Civil el incumplimiento de las cargas impuestas a la donataria, como era el cuidado de la hija de los donantes, y de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 19 de marzo de 2008 (JUR 2008/323440). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 23 de febrero de 1998 (AC 1998/3834) se refiere al incumplimiento de las cargas: obligación de asistencia y cuidado del donante; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª,

Cuando la carga consiste en la obligación del donatario de alimentar, la prestación alimenticia modal puede englobar asimismo, la obligación de alimentos legales, hasta el punto de poder identificarse con ésta (art. 149 del Código Civil) (119).

En cuanto a la naturaleza de esta acción, se entiende por una parte de la doctrina, que la acción revocatoria del artículo 647 es semejante a la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil, de forma que el incumplimiento de la carga origina un juego similar al de la facultad resolutoria (120); para otros, cuando se trata de una verdadera donación, en la que es esencial el *animus donandi*; su revocabilidad no mantiene relación con el principio general del artículo 1.124 del Código Civil, sino que «se trata de una situación de injusto enriquecimiento por parte del donatario, que se produciría caso de no concederla el ordenamiento jurídico» (121); finalmente, hay quien manifiesta que, «la revocación ha de entenderse como fiduciaria respecto de la necesidad de velar por el destino afectado primigeniamente, a salvo que la concurrencia de circunstancias habiliten al donante para dar por caducado aquél, y disponer nuevamente de tales bienes como libres» (122).

Como en los demás supuestos, la acción no es automática, no se produce *ipso iure*, sino que requiere el ejercicio de la acción judicial por el donante de la acción de revocación (123). Por tanto, el donante, ante el incumplimiento

de 9 de abril de 2003 (*JUR* 2003/142951), también existe un incumplimiento de la carga por la donataria de prestar asistencia y cuidados a la actora; la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.ª, de 20 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/153729), acreditación de que los donatarios no cumplieron con lo pactado con los donantes en lo atinente a la obligación de asistencia y prestación de alimentos civiles en su más amplia acepción; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 11 de enero de 2008 (*JUR* 2008/88043), incumplimiento de la carga de exposición permanente de las obras de la donante, siendo poco representativo las esporádicas exposiciones de una parte minoritaria de la obra que en modo alguno encajan en la expresión consignada en el documento suscrito entre las partes de exposición permanente, sin que puedan ampararse en la necesidad de enmarcar los grabados pues conocían sus estado cuando se adquirieron, asumiendo expresamente el Ayuntamiento la obligación de prepararlos para ser expuestos.

(119) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5809).

(120) ALBALADEJO GARCÍA, M., «La revocación de las donaciones por incumplimiento de cargas», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1984, pág. 974; FERNÁNDEZ ARROYO, M., «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 1818; LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 100, aunque parte de considerarla rescisoria. Vid., también, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988, de 26 de mayo de 1988, y de 31 de enero de 1995, al declarar que el incumplimiento del modo provoca un juego semejante al del artículo 1.124 del Código Civil, si bien con notable diferencia de lo que los efectos no se producen *ipso iure*, facultándose por el contrario al donante para pedirlos judicialmente.

(121) DE LOS MOZOS J. L., «Revocación de donaciones por incumplimiento de cargas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril de 1999, núm. 651, año LXXV, pág. 600.

(122) DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M.ª, «La revocación de la donación modal», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVI, fascículo I, enero-marzo de 1983, pág. 106.

(123) Precisa ALBALADEJO GARCÍA, M., «La revocación de donaciones por incumplimiento de cargas», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1984, pág. 975, que

de su voluntad, queda autorizado a revocar (124). El donatario debe incumplir voluntariamente, y aquél puede optar no sólo por pedir la revocación, sino también puede exigir el cumplimiento de la carga impuesta, sin que ello constituya condición previa del ejercicio de la acción (125). La acción de revocación no se condiciona legalmente a que el donante exija previamente el cumplimiento de la carga al donatario.

La legitimación activa corresponde al donante. No se ocupa el artículo 647 de si es posible la transmisibilidad de la acción a los herederos del donante, al fallecimiento de éste. La doctrina mayoritaria se inclina por su transmisibilidad para el caso de que el donante no hubiera podido ejercer la acción; si bien, por excepción basada en el artículo 653.I entienden que no se transmite a los herederos si el donante no quiso revocar, lo que tiene lugar cuando pudiendo haberlo hecho, aquél fallece sin haber ejercido la correspondiente acción ante los Tribunales. De forma que resulta rechazable el posible sentido de la jurisprudencia de que para que pueda revocar el heredero, ha de probar que el donante no pudo hacerlo, y, además que quiso revocar (126). Basta que se pruebe una sola de las dos cosas para desmontar la presunción del citado artículo 653.I, de que el donante no quiso revocar, caso en que la acción no se transmite al heredero (127). De todas formas, como señala COSTAS RODAL: «el donante no puede

«sólo cuando al donar se haya establecido el incumplimiento de la obligación, como condición resolutoria de la donación, se producirá automáticamente la resolución, a tenor de las reglas de producción de los efectos del cumplimiento de la condición resolutoria». Vid., asimismo, MARIN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 286.

(124) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1990 (*RJ* 1990/4893).

(125) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1989 (*RJ* 1989/6908).

(126) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 1998 (*RJ* 1998/2983); de la misma Sala, sección 1.ª, de 20 de julio de 2007 (*RJ* 2007/4696) transmisibilidad de la acción revocatoria a los herederos del donante cuando consta que quería revocar o que no pudo hacerlo en vida; de 30 de abril de 2008 (*RJ* 2008/2822); y de 3 de julio de 2009 (*RJ* 2009/5491), señala que es transmisible si el donante no pudo ejercitarla; y es intransmisible en el supuesto de que el donante, habiendo podido ejercitarla, no la hubiera ejercitado.

(127) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 397, «siendo presunción del Código que si el donante pudiendo no ejercitó la acción, es porque quiso no revocar tal presunción que impide la transmisión de la acción, puede destruirse con una de las dos pruebas —puesto que la presunción se basa en dos hechos que han de concurrir conjuntamente para que se presuma, luego, desvirtuado aunque sea uno solo, la presunción pierde su base, y entonces cesa el impedimento para la transmisión de la acción—: una prueba, la de que sí se quiso revocar, porque demostrándolo, se destruye directamente la presunción de que se quiso no revocar; otra prueba, la de que no pudo revocar el donante, prueba que destruye indirectamente la presunción de que quiso no revocar, porque basándose ésta en que «pudiendo revocar no revocó», pierde su base si se demuestra que no pudo revocar»; del mismo autor, «Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 618; del mismo autor, «La revocación de donaciones por incumplimiento de cargas», *op. cit.*, pág. 978, en palabras más breves: la acción revocatoria es, en principio, transmisible, y sólo la decisión de no revocar tomada por el donante, o su propósito o proyecto de no hacerlo, excluyen de interponer la acción al heredero»; DE LOS MOZOS, J. L., «Revocación de las donaciones por incumplimiento de cargas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 651, marzo-abril de 1999, año LXXV, pág. 609, quien cree que, «la acción es, por

ejercitar la acción cuando, por ejemplo, se estipula que la carga deba cumplirse muerto el donante, o es después de muerto el donante cuando el donatario incumple la carga, o cuando por una imposibilidad de hecho o de Derecho no pudo interponer judicialmente la acción revocatoria» (128).

Ahora bien, si la carga no ha de cumplirse en vida del donante, consideran DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS que «los herederos deben ser titulares de la acción de revocación, pues, de lo contrario, se dejaría al arbitrio del donatario el cumplimiento» (129).

En cualquier caso, aunque no se transmita a los herederos la acción de revocación, ésta representa una de las posibilidades de acción del donante (o sus herederos) frente a la conducta del donatario; pues, siempre aquél tendrá la acción para exigir coactivamente el cumplimiento de la carga al donatario (130).

La legitimación pasiva corresponde al donatario, y, a la muerte de éste, a sus herederos dentro del plazo de ejercicio de la acción (131). El heredero recibirá con el bien la obligación de cumplir la carga, salvo que sea personalísima (132).

Tampoco se ocupa el citado precepto de la posibilidad de renuncia anticipada de la acción. La falta de mención legal expresa constituye argumento a favor de la admisibilidad de tal renuncia (aplicando la norma general del art. 6.2 del Código Civil), que deberá hacerse de forma clara al objeto de que no resulten dudas de la misma, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (133). En todo caso, se puede renunciar, una vez producido el incum-

lo general, transmisible a los herederos, y que sólo no debe prosperar en el caso de que se pruebe que el donante pudo y no quiso ejercitarla, no presumiéndose nunca esta falta de voluntad»; DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M.^a, «La revocación de la donación modal», *op. cit.*, págs. 91-92, entiende que se transmiten a quienes figuran como «herederos forzosos», entre los que ahora figura indudablemente el cónyuge viudo, de acuerdo con el artículo 807.3 del Código Civil; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 429; FERNÁNDEZ ARROYO, M., «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *op. cit.*, pág. 1821; ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 829; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2190. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1975; de 11 de diciembre de 1987; de 11 de marzo de 1988, y de la misma Sala, sección 1.^a, de 20 de julio de 2007.

(128) COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2190.

(129) DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 318.

(130) ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 751; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 319. Vid., también la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 1901.

(131) Asimismo, dispone el artículo 531-15.4 del Código Civil de Cataluña que: «*la acción revocatoria puede intentarse contra los herederos de los donatarios y pueden ejercerla los herederos de los donantes, salvo que, en este último supuesto, la causa de revocación sea la pobreza de los donantes*».

(132) ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 768; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2190; DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M.^a, «La revocación de donación modal», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVI, fascículo I, enero-marzo de 1983, pág. 95.

(133) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1639, del mismo autor, «La revocación de las donaciones por incumplimiento de cargas», *op. cit.*, pág. 978, cree que será tanto la hecha al donar, como después, pero aún antes de que hubiese llegado el momento de cumplir la carga. Vid., asimismo, la senten-

plimiento del modo, igualmente, sobre la base de la regla general contenida en el citado artículo 6.2.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el Código no señala ninguno. De ahí que no constituya cuestión pacífica en la doctrina. Algunos autores consideran aplicable el plazo de cuatro años por analogía con las acciones rescisorias y resolutorias, al dejar sin efecto una situación jurídica ya creada, al que nos adherimos (134); otros, como ALBALADEJO, considera más adecuado el plazo de un año, además de por su mayor brevedad, por entender aplicable el artículo 652.II del Código Civil, no ya por analogía, sino porque su espíritu le alcanza (135); otros de quince años, ante el vacío legal existente (art. 1.964 del Código Civil).

cia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1992. MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 287, matiza que, aunque la respuesta habría de ser afirmativa, «la realidad es que en tal caso no habría propiamente una obligación con carga, gravamen o condición, sino un puro y simple deseo del donante no vinculante para el donatario. De aquí que el Código no haya creído necesario, ocuparse de esta cuestión».

(134) DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 318; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a, «Derecho Civil Español, Común y Foral, T. IV, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 248; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Compendio de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 428; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La revocación de donaciones», *op. cit.*, pág. 201; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2190; DE LOS MOZOS, J. L., «Revocación de las donaciones por incumplimiento de cargas», *op. cit.*, pág. 604; DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M.^a, «La revocación de donación modal», *op. cit.*, págs. 100-101, argumenta a favor de este plazo al considerar la donación modal como un supuesto especial de contrato oneroso, y el artículo 647.1 una suerte de especificación del artículo 1.290; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 287. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1961 (*RJ* 1962/263); de 23 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004/7386); y de 20 de julio de 2007 (*RJ* 2007/4696); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, de 18 de marzo de 1996 (*AC* 1996/559); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.^a, de 6 de abril de 2002 (*AC* 2002/1510); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.^a, de 5 de junio de 2003 (*AC* 2003/928); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 4.^a, de 31 de julio de 2003 (*JUR* 2003/225658); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.^a, de 25 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/117675); de la Audiencia Provincial de Las Islas Baleares, sección 3.^a, de 12 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006/251992); y de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3.^a, de 10 de junio de 2009 (*AC* 2009/1638), siendo el *dies a quo* para el cómputo del plazo no el de la escritura pública, es decir, del contrato de donación, sino el conocimiento del hecho como dice el artículo 652 del Código Civil.

(135) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 407-408; del mismo autor, «Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 619; ZURILLA CARIÑANA, M.^a A., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 829. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9422); y de 11 de marzo de 1988 (*RJ* 1988/1960); la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.^a, de 20 de noviembre de 1997 (*AC* 1997/2321), la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.^a, de 31 de diciembre de 1998 (*AC* 1998/2375); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.^a, de 9 de marzo de 2000 (*JUR* 2000/280528); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.^a, de 14 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/30175); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.^a, de 25 de marzo de 2004 (*JUR* 2006/82667); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.^a, de 20 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/148330).

El artículo 531-15.3 del Código Civil de Cataluña establece con carácter general para todas las causas de revocación, salvo las especialidades fijadas para la revocación por

Dudoso resulta, asimismo, si estamos ante un plazo de caducidad o de prescripción. Algunos entienden que el plazo es de caducidad por analogía con las acciones rescisorias (art. 1.299), que se contará desde que el donante tuvo conocimiento del incumplimiento determinante de la revocación y de la posibilidad de ejercitar la acción (136); para otros, el plazo es de prescripción (137). Por analogía con las otras causas de revocación y con las acciones rescisorias debemos inclinarnos por su consideración como un plazo de caducidad que, como hemos indicado, se ha de ejercer desde el momento en que el donante tuvo conocimiento del hecho y de la posibilidad de ejercicio de la acción (art. 652 *in fine*).

Estamos ante una acción que tiene eficacia real, produce efectos retroactivos. El principio general es que los bienes donados vuelven al donante, quedando sin efecto las enajenaciones que el donatario hubiera hecho y las hipotecas que sobre ellos se hubieren impuesto. Los efectos de la revocación son, por tanto, de carácter retroactivo, pues, revocada la donación, se han de restituir los bienes donados al donante, siendo nulas (quedan sin efecto) las enajenaciones o hipotecas realizadas por el donatario, con una excepción, «las limitaciones establecidas en cuanto a terceros por la Ley Hipotecaria». Esto es, la revocación no perjudicará a los terceros adquirentes de buena fe de la cosa o titulares de gravámenes sobre la misma que, con arreglo a la legislación

ingratitude, que la acción caduca al año, contado desde el momento en que se produce el hecho que la motiva, esto es, desde el momento de incumplimiento de la carga. Dispone, al respecto, el citado artículo: «La acción revocatoria caduca al año contado desde el momento en que se produce el hecho que lo motiva, o si procede, desde el momento en que los donantes conocen el hecho ingrato. Es nula la renuncia anticipada a la revocación. Cuando la causa revocatoria constituye una infracción penal, el año empieza a contarse desde la firmeza de la sentencia que lo declare».

(136) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 409-410, argumenta que: «1.º A tenor de las propias diversas funciones que corresponden, respectivamente, a la prescripción y a la caducidad, nuestro caso es claramente ésta; 2.º La opinión común de la doctrina española que considera de cuatro años el plazo de la acción por analogía del artículo 1.299, está proclamando implícitamente que la duración de aquélla es un plazo de caducidad como el artículo 1.299; 3.º Que no puede ser sino de caducidad, y no de prescripción, un plazo en el que necesariamente deba quedar interpuesta judicialmente la acción revocatoria, sin que valga para mantenerla viva o interrumpir o cortar el paso del tiempo, ninguna otra actuación, reconocimiento, reclamación o declaración aun fehaciente y dirigida al donatario de querer revocar y pedirle la devolución del bien donado. Todo eso, que o se deduce del Código o lo ha proclamado o lo implica la jurisprudencia recaída en el tema, excluye innegablemente que el plazo pueda conceptuarse como de prescripción»; del mismo autor, «Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 619; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 318; ZURILLA CARIÑANA, M.ª A., «Comentario al artículo 647 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 829; COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2190. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 1988 (*RJ* 1988/1960); y de 20 de julio de 2007 (*RJ* 2007/4696); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.ª, de 20 de noviembre de 1997 (*AC* 1997/2321); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, de 9 de marzo de 2000 (*JUR* 2000/280528).

(137) DE LOS MOZOS, J. L., «Revocación de las donaciones por incumplimiento de cargas», *op. cit.*, pág. 608. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 1988 (*RJ* 1988/4340); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, de 6 de abril de 2002 (*AC* 2002/1510); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.ª, de 25 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/117675).

hipotecaria hayan de ser respetados en sus derechos (arts. 34 y 37), para el caso de bienes inmuebles. Por supuesto, tratándose de estos bienes, si la carga figura inscrita a favor del donatario en el Registro de la Propiedad, no juega el principio de fe pública registral, pues el adquirente o el acreedor hipotecario no la pueden ignorar, por lo que la acción revocatoria sí prosperará frente a dicho tercero (art. 37.1 de la LH).

No existe inconveniente en la doctrina para aplicar también el principio general de no afección al tercero de buena fe al supuesto de donación de bienes muebles, pese a que literalmente interpretado el precepto sólo se refiere a los bienes inmuebles. El alcance de dicha protección vendrá determinada por lo previsto en el artículo 464 del Código Civil (138).

El donatario ha de restituir la cosa al donante en el estado que se hallaba en el momento de la donación, libre de cualquier carga o gravamen. Se trata de recuperar el *status quo* existente con anterioridad a la celebración de la donación modal perfectamente válida y eficaz. Pero que sucede cuando no es posible tal restitución, por existir terceros como los que acabamos de indicar; y se han de soportar, asimismo, las cargas impuestas por el donatario; parece que ante el silencio del Código, hemos de aplicar por analogía lo previsto en los artículos 645 y 650, permitiendo que el donante se dirija al donatario para exigir su valor (139).

En cuanto a los frutos, el artículo 651.2 entiende que el donatario ha de devolver los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la carga. A diferencia de los otros supuestos de revocación, no hay que estar al momento en que se interpone la demanda de revocación. Si se fijó un momento para el cumplimiento de la carga, no se plantea problema alguno. Pero si no se estipuló un concreto momento para cumplir, DÍAZ-ALABART propone que el donatario devuelva todos los frutos que percibió desde el principio (140).

Se habla en el citado precepto sólo de frutos percibidos, sin mención alguna a los debidos de percibir. La doctrina no es uniforme sobre esta cuestión. Para Díez-Picazo y Gullón Ballesteros: «el Código Civil lo trata como un poseedor de buena fe al que se interrumpe legalmente la posesión (art. 451.1), no como un poseedor de mala fe, en cuanto no le obliga a devolver «frutos percibidos y los que el poseedor legítimo (aquí donante o herederos) hubieran podido percibir» (art. 455). Por tanto, para la liquidación de otras partidas (gastos necesarios, mejoras, deterioros o destrucción de la cosa) se aplicarán las normas generales de los artículos 451 a 457, en lo que atañe a los poseedores de buena fe» (141). Albaladejo, por su parte, entiende que no tiene derecho a los frutos debidos percibir, por ser el artículo 651 una norma especial dictada para el caso especial de revocación (142). Igualmente, Lacruz Berdejo se inclina por la aplicación estricta del artículo 651.2.º como regla especial

(138) ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ-ALABART, S., «La donación», *op. cit.*, pág. 770.

(139) Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 318; Costas Rodal, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2191.

(140) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 651 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1648; de la misma autora, «Comentario al artículo 651 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 467.

(141) PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. II, El contrato en general», *op. cit.*, pág. 318.

(142) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 620.

para este concreto supuesto (143). Por el contrario, para DÍAZ-ALABART entiende aplicable el artículo 455 del Código, como poseedor de mala fe, y deberá restituir el donatario también los frutos debidos percibir (144).

RESUMEN

DONACIÓN. REVOCACIÓN
SUPERVENIENCIA O
SUPERVIVENCIA DE HIJOS

La donación representa un acto de liberalidad, en el que sin estar obligado a ello, una persona proporciona a otra alguna ventaja o beneficio gratuito, sin esperar nada a cambio, pues hay ausencia total de correspectivo por la parte beneficiada, lo que conlleva un empobrecimiento patrimonial del donante y un consiguiente enriquecimiento del donatario, al ver incrementado su patrimonio sin menoscabo del mismo. Se perfecciona el contrato de donación con la aceptación de donatario, dando lugar a la correspondiente irrevocabilidad de la donación, salvo en determinados supuestos que el propio Código Civil fija de forma objetiva y con carácter taxativo, que de haber sido conocidos por el donante, hubiesen determinado la no conclusión del

ABSTRACT

GIFT. REVOCATION
SUPERVENING OR SURVIVING
CHILDREN

A gift is an act of liberality whereby a person under no obligation to do so furnishes someone else with some advantage or benefit free of charge, without expecting anything in exchange, for there is a total absence of compensation by the beneficiary party. The act entails an impoverishment of the assets of the donor and accordingly an enrichment of the donee, whose assets are increased without any balancing detriment. The contract of gift is concluded with the acceptance of the gift by the donee, giving rise to the corresponding irrevocability of the gift, save in certain events that the Civil Code itself objectively and precisely specifies, which events, had they been known by the donor, would have caused the act of liberality not to have been perfor-

(143) LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones», *op. cit.*, pág. 102.

(144) DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 651 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 467-468. En el mismo sentido, ZURILLA CARINANA, M.^o A., «Comentario al artículo 651 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 833; MARÍN CASTÁN, F., «Comentario al artículo 651 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 307; DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia», *op. cit.*, págs. 350-351, considera que sólo habrá de devolver los frutos debidos percibir cuando su comportamiento revele una mala fe especial. Para COSTAS RODAL, L., «Contrato de donación», *op. cit.*, pág. 2189, a esta solución se la puede objetar que el artículo 651 es una norma especial en materia de liquidación de estados posesorios por revocación de donaciones, y por ello ha de prevalecer sobre la general.

Por su parte, FERNÁNDEZ ARROYO, M., «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *op. cit.*, pág. 1819, aunque considera que el donatario ha de ser tratado como un poseedor de mala fe, al que, no obstante, entiende que, se le ha dispensado, en materia de frutos un trato menos riguroso que la poseedor ordinario, por cuanto no viene obligado a la devolución de los frutos debidos percibir. Por ello, en la liquidación de las restantes partidas, considera la autora que le serán aplicables las disposiciones previstas en los artículos 453 y siguientes del Código Civil para los poseedores de mala fe.

acto de liberalidad. Se pretende analizar en este estudio la revocación de las donaciones en las concretas causas que fija el citado cuerpo normativo. Si bien, en el mismo se trata, en primer lugar, y sin ánimo de exhaustividad del concepto, caracteres y naturaleza de la donación para, a continuación, detenernos en lo que constituye la parte principal de nuestro análisis, que se sustancia en un estudio de lo que se entiende por revocación de la donación y en las causas legales en que la misma se concreta, esto es, por superveniencia o supervivencia de hijos, por ingratitud y por incumplimiento de cargas, determinando su régimen jurídico, los presupuestos para su ejercicio y sus efectos. Para ello, llevaremos a cabo no sólo un tratamiento doctrinal de la materia, sino también jurisprudencial, haciendo especial referencia a la jurisprudencia más reciente.

med. This study attempts to analyse the revocation of gifts on the particular grounds set by the Civil Code. First there is a non-exhaustive look at the concept, features and nature of gifts. This is followed by the main body of the analysis, which is based on a study of what is meant by «revocation of gifts», the legal grounds on which a gift may be revoked (i.e., supervening or surviving children, ingratitude or failure to do as charged), the legal regime for revocation, the events in which it can be exercised and its effects. For that purpose, the article discusses the subject in the light of not only doctrine, but also case law, with special reference to the most recent case law.

2. MERCANTIL

LA CAUSA EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE ACCIONES.
A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO,
DE 21 DE DICIEMBRE DE 2009

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
*Académico Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CAUSA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES Y EL «PROPÓSITO PRÁCTICO» DE ESTE CONTRATO.—III. EL OBJETO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES. OBJETO REAL Y OBJETO IDEAL.—IV. EPÍLOGO.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/299) aborda el problema de la causa en una compraventa de la totalidad de las acciones de una sociedad anónima, enjuiciando la cuestión desde la clásica acepción de la doctrina subjetiva de la causa, causa concreta y motivos incorporados a la causa.

Según la propia sentencia, sus hechos pueden resumirse del siguiente modo:

«La cuestión central del proceso, tanto en la instancia como en la presente casación, gira alrededor de los negocios jurídicos celebrados en fecha 7 de noviembre de 2001, esencialmente el primero en escritura pública y el segundo en documento privado, ambos de compraventa y accesoriamente, otros sobre balance, responsabilidades, administradores sociales y revocación de poderes y unipersonalidad de la sociedad. Concretando los esenciales, son sujetos del contrato de compraventa una serie de personas, los vendedores codemandados en la instancia y recurrentes en casación y la compradora en la sociedad GRENTIDEM, S. L., demandante en la instancia y parte recurrida en casación. El objeto, tal como se dice y se repite insistentemente, son las acciones, todas ellas, de que son titulares aquellos vendedores, de la sociedad SASOTOVI, S. A. La causa, como función objetiva de la obligación, tal como se desprende del artículo 1.274 del Código Civil (LEG 1889, 27) es el cambio de cosa por precio, o más precisamente, el intercambio de obligaciones recíprocas, relativas a unas acciones. Esta sociedad era propietaria y explotaba el hotel Bel-Air, sito en Castelldefells (Barcelona) de cierta antigüedad y notorio estado de deterioro, además de otros bienes y derechos. En el documento privado de la misma fecha, 7 de noviembre de 2001, se hace referencia a la transmisión de la totalidad de acciones que componen el capital social de SASOTOVI, S. A. de aquellos titulares a esta sociedad demandante, GRENTIDEM, S. L.; se destaca que la sociedad SASOTOVI es la propietaria del referido hotel, se hacen una serie de previsiones sobre éste, acerca de que está libre de cargas y al corriente de impuestos, y se afirma por el

motivo —móvil— que ha llevado a esta sociedad compradora a adquirir la totalidad de acciones de SASOTOVI, S. A. es la titularidad de la indicada finca (el hotel) por parte de ésta; por ello se hacen unas previsiones detalladas sobre ella, sin que ninguna de ellas se refiera al estado físico. Es decir, el hotel sigue siendo propiedad de SASOTOVI, S. A., cuyas acciones las compró GRENTIDEM, S. L.

El hotel resultó con graves deficiencias estructurales y con la afectación por aluminosis de la estructura del edificio. Ante ello, esta última sociedad formuló demanda contra aquellos titulares de las acciones que se las vendieron, interesando que se declarara que el contrato de compraventa no fue de las acciones, sino que tuvo por objeto la adquisición del hotel Bel-Air (no hace referencia a los demás bienes y derechos de que era titular la sociedad, como mobiliario y enseres, licencia de apertura y explotación del hotel, fondo de comercio, etc.) y no de las acciones y, en consecuencia, se declarara que los vendedores habían incumplido el contrato, o subsidiariamente, actio quanti minoris, o subsidiariamente, ocultación en el balance del pasivo consistente en la necesidad de reparaciones».

Mientras que la argumentación de la propia sentencia para la desestimación de las pretensiones del comprador fue la siguiente:

«Poner en duda el objeto de la compraventa implica un salto en el vacío, que no tiene base legal alguna. La compra de las acciones todas de una sociedad que significa hacerse titular de la misma, significa que todos sus bienes, derechos y obligaciones quedan bajo control y uso y disfrute del adquirente, pero el propietario de éstas no es el adquirente, sino la sociedad adquirida. Por ello, no puede afirmarse que el objeto de la compraventa lo fue un hotel, ya que quedarían fuera del contrato los demás elementos patrimoniales que formaban el patrimonio de la sociedad adquirida.

Cuando la sentencia recurrida hace referencia al móvil, yerra, ya que éste es intrascendente para el derecho, a no ser que se incluya como condición o que se llegue a integrar en la causa como móvil causalizado. Pero no es éste el caso. La sociedad demandante quiso explotar un hotel y, de entre las varias opciones jurídicas para ello (compraventa, arrendamiento, usufructo, etc.) eligió una, que fue la adquisición de la sociedad que era propietaria del mismo. No pretenda ahora convertir su negocio jurídico de compra de las acciones de una sociedad, en el negocio jurídico de compra de un inmueble que era, entre otras cosas, propiedad de la sociedad. Y ello es lo que ha hecho la sentencia recurrida: ha valorado el móvil, lo ha elevado a la categoría de causa y ha entendido que la compraventa no era de acciones, sino de un hotel, sin aclarar lo que pasaba con los demás elementos que no eran hotel. Y, salvo los casos excepcionales en que el móvil se integra en la función objetiva del negocio jurídico, caso del móvil causalizado, el móvil subjetivo es intrascendente para el derecho; así lo dijo expresamente y ahora se reitera, la sentencia de 1 de abril de 1998 (RJ 1998/1912) en estos términos:

“El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición: sentencias de 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8956), 4 de enero de 1991 (RJ 1991/106), 8 de abril de 1993 SIC (RJ 1993/2952), 11 de abril de 1994 (RJ 1994/2787). Sin embargo, puede darse el caso de que el móvil se incorpore a la causa —es el móvil causalizado— y tenga trascendencia como tal elemento del negocio jurídico”.

En este caso, simplemente se celebró un contrato de compraventa de todas las acciones de una sociedad y simplemente se indicó que se compraba para la finalidad de explotar un hotel, pero no se compró éste, sino la sociedad propietaria del hotel».

Por su importancia, resulta conveniente igualmente transcribir los argumentos de la sentencia recurrida en esta casación, a saber, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005/171869), que abordó el problema causal del siguiente tenor:

«La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido cuando concurren ciertos requisitos, la trascendencia jurídica del móvil subjetivo perseguido en el contrato, así en la sentencia de 21 de noviembre de 1988, afirmando en la de 30 de septiembre de 1988: “la causa del contrato tiene en la normativa del Código Civil un carácter objetivo, como se desprende de la forma en la que el artículo 1.274 describe su contenido, con lo que parece referirse al fin que se persigue con el contrato por su especial naturaleza, pero los móviles o motivos subjetivos de las partes pueden tener repercusión jurídica siempre que sean reconocidos por ambos contratantes que los eleven a condición determinante del pacto concertado, reconocimiento que ha de constar debidamente documentado”, lo que aprecia la Sala sucede en el presente supuesto. Los contratos suscritos por las partes el 7 de noviembre de 2001, constituían un todo, que se integraba por la escritura en virtud de la cual, los demandados vendían a la actora las acciones de SASOTOVI y el contrato de la misma fecha, en el que manifestaban que el total precio de la compraventa de acciones se había convenido en base a la finca, edificio-hotel, y que era la titularidad de la finca por parte de SASOTOVI el motivo por el cual la actora había adquirido el total capital de SASOTOVI. Que la compraventa concluida entre las partes, el 7 de noviembre de 2001, incluía tanto la escritura de compraventa de acciones como el documento que obra a los folios 35 y siguientes, resulta de los propios términos de éste, en el que las partes hacen constar que el mismo constituye un pacto adicional a la escritura pública de compraventa de acciones, esto es, debe entenderse según los términos literales utilizados por las partes, “pacto adicional a la escritura de compraventa de acciones” que se suma a lo pactado en ésta, que se integra en la misma formando un todo, y los términos del documento que obra a los folios 35 y siguientes también son claros en cuanto expresan el motivo por el que se compra la sociedad, la titularidad por ésta de la finca, y del valor por el que se compra la sociedad, que se establece en base a la finca, por lo que en aplicación de la señalada doctrina jurisprudencial y de lo dispuesto en el artículo 1.281 del Código Civil debe de entenderse que el motivo de la realización del contrato al incluirse en el mismo, también pasó a formar parte de la causa contractual, y el edificio hotel, del objeto del contrato, por lo que la petición formulada en primer lugar y con carácter principal en el suplico de la demanda, debe ser acogida; en consecuencia procede declarar que el contrato formalizado mediante la doble suscripción de escritura pública de compraventa de acciones de la mercantil SASOTOVI, S. A. y de documento privado firmado en paralelo, folios 35 y siguientes, documento tres de la demanda, tuvo por objeto la adquisición por parte de GRENTIDEM, S. L. del hotel Bel Air sito en Castelldefels».

En función de lo anterior, y conforme al «propósito» del presente trabajo, resulta que, en nuestra opinión, existen dos cuestiones trascendentales que han de valorarse con el objeto de poder efectuar una ponderación del fallo de

la sentencia de casación, a saber: (i) el análisis de la causa subjetiva efectuado y el tratamiento de la causa de la compraventa de acciones no llevado a cabo; y (ii) el objeto del contrato de compraventa de acciones, sin que entremos a valorar otras cuestiones de la sentencia, que evidentemente también deberían ser tenidas en cuenta para el enjuiciamiento global del fallo casacional, como son aquellas incidencias que afectaron al primordial activo social, es decir, la aluminosis y su consideración como vicio oculto, supuesto de *aliud pro alio*, o incluso fuerza mayor, para lo que remitimos a la jurisprudencia también del Tribunal Supremo que en numerosas ocasiones ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre situaciones similares (1), ya que la propia sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009, no ofrece datos suficientes para el tratamiento de esta cuestión.

Es decir, no constituye el «ánimo» de nuestro trabajo extraer u ofrecer una valoración completa y crítica del fallo casacional, sino centrarnos en la problemática suscitada por esta sentencia del Tribunal Supremo en torno a la causa y objeto del contrato de compraventa de acciones.

II. LA CAUSA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES Y EL «PROPÓSITO PRÁCTICO» DE ESTE CONTRATO

En realidad lo que primero llama la atención del caso y de la forma en que ha sido analizado el mismo por el Tribunal Supremo, es la cuestión relativa a la causa subjetiva del negocio de compraventa de acciones. No logramos explicarnos con qué argumentos se deshecha el razonamiento de la sentencia de apelación, que a nuestro juicio, sí que valoró correctamente el pacto privado adicional al contrato de compraventa de acciones en virtud del cual las partes reconocían que la adquisición de la sociedad se llevaba a cabo por el adquirente para convertirse en titular del hotel, se entiende, para la práctica de las actividades hoteleras inherentes a dicha titularidad, de lo contrario, no se explicará la preocupación de la adquirente por las deficiencias estructurales de dicho hotel, aunque otra cuestión será el tema relativo al objeto del contrato.

Este supuesto recuerda bastante a otro caso clásico analizado por el Tribunal Supremo en el que se debatía también los motivos de la adquisición de un negocio de industria consistente en la explotación de unos manantiales.

Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1982 (*RJ* 1982/179), resumida por VERDA BEAMONTE (2) del siguiente modo:

«La STS de 4 de enero de 1982 (*RJ* 1982/179) consideró excusable el error, consistente en la ignorancia, por parte de la entidad compradora de una empresa dedicada a la explotación de un manantial de aguas minero-medicinales, de que las aguas en cuestión no eran aptas para el consumo humano. Se trataba de un error inducido por la parte vendedora, que había suministrado a la compradora un certificado, expedido por la Jefatura Provincial de Sanidad, en la que se había calificado el manantial de “potable bacteriológi-

(1) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/7076); sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2007 (*RJ* 2007/1378), y sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2007 (*RJ* 2007/1379).

(2) JOSÉ RAMÓN VERDA Y BEAMONTE, *La reticencia en la formación del contrato*, Aranzadi Civil, III. Parte Estudio, 1998.

camente”. Sin embargo, posteriores análisis realizados por el mismo organismo oficial, con tomas de muestras hechas a los cuatro días del otorgamiento del contrato de compraventa, acreditaron que el manantial había de ser conceptualizado como “no potable bacteriológicamente”. La compradora (una entidad de carácter religioso, carente de preparación específica en el ámbito de explotación de la empresa vendida) pretendió la anulación del contrato, por error y por dolo de la vendedora. En primera instancia se anuló el contrato por causa de error, pero se descartó la concurrencia de dolo. Por el contrario, la Audiencia revocó la sentencia del Juez *a quo*, considerando que el error era inexcusable, porque quien lo invocaba “pudo obtener todos los análisis precisos para determinar la calidad de las aguas, lo que no hizo en el plazo que tuvo para ello” (cinco meses, durante los cuales se le concedió la posibilidad de familiarizarse con el manejo de la explotación). La entidad compradora interpuso recurso de casación en el que volvió a invocar la concurrencia de un error esencial, “inducido por la propietaria vendedora, sea o no con intención dolosa”. Por lo tanto, el recurrente prescinde del dolo, a los efectos de obtener la anulación del contrato. Articula el recurso por vía de error, haciendo especial hincapié en la circunstancia de ser aquél un error provocado por el destinatario. El Tribunal Supremo estimó el recurso considerando que el error invocado era excusable. No sin antes precisar que la excusabilidad, “debe ser apreciada en el presente conflicto, atendidas sus particularidades, que han de ser ponderadas desde el ángulo de la *bona fides* y del principio de confianza, a los que habrá de darse la relevancia que merecen en el tráfico jurídico”. Lo que parece centrar la cuestión en la determinación de si el error fue, o no, inducido por el destinatario, es decir, si la conducta de aquél originó en el declarante una confianza tal, que, movido por ella, se decidió a celebrar el contrato».

Si bien, la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1982, resolvió el problema desde el error en la contratación, ordenando la devolución de la cosa vendida, con sus frutos y de la suma satisfecha como parte del precio, con sus intereses, absolviendo en relación con la petición de daños y perjuicios, no es menos cierto que el fallo de la sentencia se efectúa sobre determinados aspectos básicos previstos por las partes en el contrato de referencia, entre los que destaca el relativo a la motivación de las partes que propició la adquisición del negocio industrial de explotación del manantial, ya que, según los hechos recogidos en la propia sentencia, se destaca que en 9 de abril de 1977 se otorga un contrato de compraventa de dicha unidad industrial con «la declarada finalidad de explotar el manantial Villa Carmen y comerciar o comercializar sus aguas minero-medicinales con dicha marca “Fonte Blanca” y otras que a su vez puedan promocionar».

En realidad dicha finalidad fue evaluada entonces por el Tribunal Supremo en clave de análisis del error en la sustancia, como supuesto invalidante del contrato. De esta forma, el profesor DE CASTRO (3) cuando comentó la referida sentencia expresó que: «El artículo 1.266 admite la consideración de los motivos, pero limitada a los que hayan sido “causa principal del contrato” como dice el considerando aquí glosado, “con la más autorizada doctrina”,

(3) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *De nuevo sobre el error en el consentimiento*. Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro. Tomo II. Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 1355.

aquellas cualidades que han determinado la declaración de voluntad como “causa concreta”, las que revelan lo que “constituye la finalidad del negocio”. Es decir, no los motivos propios del oferente o del aceptante, sino la motivación del contrato».

Posteriormente, DE CASTRO (4) continúa analizando el motivo para celebrar el contrato y expone que: «La doctrina, la jurisprudencia y los autores cambiarán paulatinamente su punto de vista sobre el error en los contratos. Antes, influida por los textos romanos, razona del siguiente modo: el que yerra no consiente, y siendo el contrato el acuerdo de dos consentimientos, al faltar uno de éstos, estando viciado por error, no puede nacer el contrato. De este modo, en apariencia lógica, se abre la posibilidad prácticamente ilimitada de impugnar la validez de los contratos. Las necesidades del tráfico, que requieren el poder confiar en lo contratado, junto con la idea de fuerza creciente de la responsabilidad de aquel que, con su declaración, crea una apariencia en la que la otra parte ha de confiar, determina que se vaya abandonando la anterior concepción subjetivista del error. Nueva visión del problema que se manifiesta aquí y allá en la creciente exigencia de los requisitos negativos de la inexcusabilidad y de la reconocibilidad del error; ambas incompatibles con el primitivo concepto del error.

(...) El examen de la sentencia que aquí se comenta, hace pensar que ella ampara dicho criterio. Nos dice que, “con la más autorizada doctrina”, se entiende por error la “intelección defectuosa o equivocado conocimiento de las cualidades que han determinado la declaración de voluntad como causa concreta”, atendiendo a lo que constituye la “finalidad del negocio”, conforme a las expresiones de los otorgantes y sin desechar los criterios objetivos, “puesto que generalmente la común opinión del tráfico económico-jurídico sobre lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato coincidirá con lo deseado por las partes para emitir su declaración. El error ha de incidir, pues, “sobre la razón misma del negocio”».

Como antecedente jurisprudencial de lo anterior, DE CASTRO observa la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 1978, donde «se trataba de la venta de una casa, en la que el comprador intenta ejecutar obras de acondicionamiento para la utilización comercial de locales, pero se le niega licencia al efecto, por haber sido declarada en estado de ruina y haberse ordenado su demolición antes de la venta. El comprador impugna la validez del contrato, por ser motivo de su compra el instalar un establecimiento mercantil en el edificio adquirido e ignorar la declaración de ruina. El Tribunal Supremo entiende que el motivo alegado por el comprador no estaba incorporado a la causa y casa la sentencia de la Audiencia (que había revocado la del Juzgado). Estudia al efecto, los indicios positivos y negativos ofrecidos. Ni en la escritura de compraventa, ni en las conversaciones preliminares se manifestó el motivo alegado. En cambio, se trataba de la compra de un edificio de notoria vetustez, calificado especialmente en la escritura de venta de «viejo», siendo de nulo valor la edificación y realidad de su ruina, desde el punto de vista arquitectónico; a lo que se añadía lo módico del precio pactado y la tardanza en comenzar las obras de reforma. De todo lo cual se induce no haberse probado por el impugnante que, interpretado objetivamente lo pactado, se trataba de la compra de un edificio con la condición de apto para ser restaurado o ser reparable para instalar en él un establecimiento comercial».

(4) Vid., *op. cit.*, págs. 1366-1370.

De todo lo anterior, DE CASTRO llega a la siguiente conclusión: «La prueba de que el error se produce teniendo en cuenta un motivo incorporado a la causa o condicionante, puede resultar de la interpretación o hechos de los contratantes, o bien de lo implícitamente querido, conforme a la interpretación objetiva. Ejemplo elocuente de lo primero nos lo ofrece la comentada sentencia de 4 de enero de 1982. El objeto de la compraventa era un manantial de aguas minero-medicinales y se había declarado expresamente que “Ekumene” se proponía la comercialización de las aguas; el propósito del comprador aparecía claramente de los dichos y hechos de las partes, de modo que resultaba ser un motivo explícito y condicionante, incorporado a la causa de la compraventa. A diferencia de este caso, en otros semejantes no se procede a la impugnación por error, por ser más sencillo para el comprador pedir la resolución del contrato por su incumplimiento».

Compartiendo las opiniones anteriores del profesor DE CASTRO, lo cual hacemos, nuestra conclusión es que la frustración de la causa concreta o de los motivos incorporados a la causa puede dar lugar bien a error o dolo, según las circunstancias del caso, bien a un incumplimiento contractual anudado a un vicio de la causa del contrato.

Para valorar la acción de incumplimiento contractual en un caso como el que nos ocupa, resulta conveniente mostrar (como ya hemos tenido ocasión de realizar en otro trabajo nuestro anterior) (5), qué ha de entenderse por negocio jurídico, propósito práctico del mismo y causa concreta del negocio jurídico.

Para ello y como ya hiciera MORALES (6), resulta básico tener presente la definición de negocio jurídico que ofreciera don Federico DE CASTRO (7) al

(5) FRANCISCO REDONDO TRIGO, «El incumplimiento de las declaraciones y garantías en las adquisiciones de empresas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, págs. 1573-1576.

(6) MORALES MORENO, «El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», en *Anuario de Derecho Civil (1983)*, págs. 1529 a 1546, y *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Editorial Thomson-Civitas, 1.ª ed., 2006, págs. 324 y sigs.

(7) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, 1985, pág. 34. En las páginas 27, 28 y 29, DE CASTRO justifica el fin del negocio jurídico como la persecución de un resultado en contraposición con las tesis de SAVIGNY en cuanto a la consideración del negocio que persigue un fin jurídico. El ejemplo que cita DE CASTRO es sumamente revelador. Para SAVIGNY, la compra de una casa es un negocio jurídico, ya que el comprador sabiendo lo que hace da lugar a una relación jurídica que le origina derechos y obligaciones, sin que importe cuál sea el fin extrajurídico para el que se adquiere (habitarla, arrendarla, revenderla. Sin embargo, DE CASTRO propone al efecto (vid. *El negocio jurídico*, págs. 29, 30 y 31) lo siguiente: «Atender al propósito práctico del negocio no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad sino, por el contrario, tenerla en cuenta en su doble aspecto de libertad y responsabilidad (...) También se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares, atendiendo al fin práctico del negocio; lo que se puede observar en el mismo ejemplo de Savigny de la compra de la casa. Según su criterio, quedaría extramuros del Derecho el propósito práctico del comprador de habitarla o arrendarla, aunque de ello se tratara con el vendedor. En cambio, conforme al fin práctico propuesto (como hacen en sus decisiones los tribunales), se entenderá integrado en el propósito negocial el de habitar o arrendar la casa, y consecuentemente quedará viciado el negocio cuando se ocultó el mandato de su derribo (por ejemplo, por servidumbre hacia un aeródromo, por ser zona militar) o la prohibición de arrendar (por ejemplo, respecto de ciertas construcciones protegidas (...)). La práctica de nuestros Tribunales, por su lado, da la impresión de que consideran siempre necesario atender al fin

decir que se considera como negocio jurídico: «la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos».

Esto es, y en cuanto ahora nos ocupa, la idea de consecución de un resultado en cuanto a los fines o propósitos perseguidos por las partes es el fin del negocio jurídico. Para DE CASTRO, pues, la contravención del propósito práctico incluido en la relación negocial mediante la ocultación por el vendedor de elementos que pudieran impedir la consecución del mismo supone que el negocio jurídico esté viciado (vid., *op. cit.*, pág. 29), vicio del mismo, que en nuestra opinión y en relación con el caso que nos ocupa puede ser adicionalmente entendido como un negocio viciado en su causa (8), lo que nos lleva a la llamada «causa concreta» del contrato.

Como correctamente, observó MORALES (9), la cuestión del propósito práctico del negocio jurídico entraña como dificultad la realización de un deslinde entre lo que DE CASTRO (10) denominó «simples motivos» de los «motivos incorporados a la causa». En este sentido, DE CASTRO (11) ofreció como concepto de causa el siguiente: «la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales». Vista la causa desde el ángulo subjetivo (supuesto de hecho) será: «lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera (no se ha querido excluir) el amparo jurídico». Desde el ángulo objetivo o de la norma jurídica, la causa servirá como: «el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada», conforme al que se determinará la validez o invalidez del negocio y el tipo de eficacia que le corresponda».

Partiendo de lo anterior, DE CASTRO (12), en relación con la delimitación de la «causa concreta», afirma lo siguiente: «De lo dicho puede advertirse la utilidad de la llamada “causa concreta”. La cuestión de los “motivos” queda con ella reducida a la delimitación de la causa en su aspecto subjetivo, o sea, a la de separar del supuesto de hecho todo aquello que sea jurídicamente indiferente para caracterizar el negocio. No importarán deseos o pretensiones individuales, ocultas o expresadas, ni las demás características del objeto y componentes de su contenido. Se tratará de poner en claro cuál fuera el resultado y repercusión social del negocio, en cuanto venga a darle un especial sentido respecto a su calificación o clasificación causal. Resultado o propósito que, en un contrato, habrá de ser materia de consentimiento de las partes, o deberse dar por consentido (responsabilidad). Es lo que, con terminología muy expresiva, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido destacando como “los motivos incorporados a la causa”. Conforme a ello, se denominarán motivos o simples motivos todo lo

práctico buscado con el negocio, valorando a tal efecto la conducta de las partes. Lo que corresponde a la concepción “espiritualista” y causalista del sistema jurídico español».

(8) DE CASTRO (*El negocio jurídico*, pág. 229) expone como se ha entendido que un contrato es inválido lo mismo por carecer de causa que por no cumplirse la condición tácitamente pactada (sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1956, que analiza un supuesto donde se compró un solar para construir viviendas o dependiendo de que en él se autorizase la construcción; lo que negó el Ayuntamiento).

(9) MORALES MORENO, *La modernización...*, pág. 332.

(10) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, págs. 228 y 229.

(11) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, págs. 191 y 192.

(12) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, págs. 228 y 229.

que no afecte a la consideración jurídica o caracterización del negocio mismo, es decir, a la del resultado práctico o social para el que aparece utilizado».

En nuestra opinión, en las adquisiciones de empresas instrumentadas mediante compraventas, cuyo objeto son las acciones o participaciones sociales, el propósito negocial de ambas partes es la satisfactoria toma de control sobre la empresa, o toma de participación en la misma, entendida la empresa, como el conjunto de elementos materiales o inmateriales organizadamente relacionadas cuyo objeto persigue la consecución del fin social.

No obstante lo anterior, la cuestión no deja de ser controvertida debido a la inexistencia de una acción autónoma para la impugnación del negocio por vicio de la causa, aunque no por ello no puede ser remediado dicho vicio causal, desde nuestro punto de vista mediante la resolución contractual (13) o la acción de responsabilidad contractual por haberse frustrado la finalidad económica del contrato.

Pese a ello, y al respecto, DIEZ-PICAZO (14) expone de forma interesante lo siguiente: «La consideración de la causa del contrato como causa concreta ha sido abundantemente recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente a la hora de definir los incumplimientos esenciales en materia de resolución de contratos, como ocurre, por ejemplo, en la sentencia de 24 de enero de 1986, cuando se habla de la eventualidad resolutoria de la conducta de una de las partes que pueda reputarse contraria a la "finalidad perseguida por el contrato", o cuando se ha hablado, en el mismo sentido, de frustración del fin del contrato, como hizo, por ejemplo, la STS de 8 de julio de 1983.

Es manifiesto que todas estas sentencias en que se habla de la finalidad económica del contrato o de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato, se encuentran en la misma línea de lo que se ha denominado causa concreta del contrato, estando ésta formada por aquellos intentos empíricos o prácticos que las partes, o una de ellas con el conocimiento y aquiescencia de la otra, tratan de alcanzar por medio del contrato. Se pueden considerar equivalentes las expresiones que a veces utiliza la jurisprudencia al hablar de la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato, de quiebra de la finalidad del contrato o de falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes, no sólo en materia de resolución por incumplimiento, sino también, y de modo muy notorio, cuando se trata de poner en marcha la llamada doctrina de la cláusula rebus sic stantibus, donde los tópicos mencionados aparecen de forma muy reiterada».

Pues bien, si tal y como dice la sentencia de casación ahora analizada, «...La sociedad demandante quiso explotar un hotel...», lo cual fue manifestado por las partes en virtud de un «pacto adicional a la escritura de compraventa de acciones», según la sentencia de apelación, ¿por qué no se ha valorado correctamente la existencia de un verdadero motivo incorporado a la causa del contrato? De los datos expuestos, sencillamente no se podría haber colegido lo contrario. Esa era además la «sustancia» del contrato (en clave de error

(13) Evidentemente, siempre que este ánimo resolutorio sea el interés del comprador (lo que será difícil en los contratos de adquisiciones de empresas) y se cumplan los requisitos para entender que nos encontramos ante un incumplimiento resolutorio. En este sentido, vid. Luis DIEZ-PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson-Civitas, 2005.

(14) Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I*. Editorial Thomson-Civitas, 6.^a ed., 2008, págs. 276 y 277.

contractual, como de hecho afirmó la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1982, al valorar la intención contractual de las partes de explotar el manantial de aguas minerales). Ello no implicaría, efectivamente, el cambio del objeto del contrato aducido por la adquirente, aunque dicho recurso no debiera haber supuesto la desestimación de un auténtico propósito negocial o finalidad del contrato expresada por las partes en el documento privado.

Es decir, en nuestra opinión (y sin poder valorar más la cuestión relativa al problema aluminoso del hotel, ante la falta de datos de la propia sentencia. Ya hemos expuesto antes que en determinadas ocasiones el Tribunal Supremo ha considerado como supuesto de fuerza mayor casos de inmuebles construidos con cemento aluminoso, cuando aún no existía prohibición normativa para su utilización), sí que existía una causa concreta en el presente caso manifestada por los motivos expresados por las partes, es decir, la explotación del hotel, lo cual pudiera haber conllevado efectivamente la frustración del contrato de compraventa de acciones estipulado.

Pero a pesar de lo anterior, ¿el hecho de que no se hubieren valorado correctamente los motivos expresados por las partes y haber considerado que no se habían elevado a categoría de causa subjetiva, lo que inexplicablemente sucede en este caso, implica que no pudiera haberse hablado, en su caso, de frustración contractual?

Si antes hemos creído conveniente exponer como el sentir general del adquirente en el tráfico jurídico y económico en una adquisición de una empresa, vía compraventa de acciones o participaciones sociales, es la explotación de la actividad social, ¿cómo puede argumentarse esto atendiendo al propio contrato de compraventa cuyo objeto son las acciones o participaciones sociales y no el hotel?

Una primera aproximación al problema anterior pudiera venir dada por el régimen de circulación de las acciones y participaciones sociales.

PERDICES HUETOS (15) entiende que existen dos fórmulas para arbitrar dicha circulación: la de cesión de contrato y transmisión del derecho tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales, cuando expone al respecto que: «Los cambios de socios pueden verificarse bien a través de la novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (art. 1.203 y sigs. CC), o bien por medio de transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1.112 y 1.526 y sigs. CC). La primera supone la extinción y posterior recreación en la persona del socio entrante de la participación del socio saliente; la segunda, por el contrario, implica lógicamente la permanencia y tráfico de la participación socio transmitente al adquirente, que sucede al primero. Estos mecanismos se han venido compartimentando en el orden societario: el primero, la cesión de contrato, se reserva para las sociedades de personas, y el segundo, la transmisión, para las de capital. En efecto, en las sociedades de personas, como correlato de sostener la exclusiva naturaleza de relación jurídica de la participación, se entiende que los cambios de socios se verificarían a través de una modificación o cesión de contrato. El consentimiento del resto de socios (art. 1.696 CC, art. 143 C. de C.) sería negocial y novatorio del contrato fundacional. Por el contrario, en las sociedades de capital, la indudable naturaleza del derecho subjetivo de la participación social en las mismas han hecho de la transmisión,

(15) Antonio B. PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, 1997, págs. 34 y 35.

como en el resto de derechos subjetivos, el único recurso considerado por práctica y doctrina. Ciertamente, la diversidad de consecuencias entre una y otra vía es de escaso relieve, y de hecho, se desconocen en la práctica; sin embargo, tomar conciencia de su diversidad presenta una gran relevancia dogmática. A continuación se verá la necesidad de rechazar esa compartimentación, dado que, por un lado, en las sociedades de personas, la naturaleza de derecho patrimonial de sus participaciones permite una auténtica transmisión en sentido técnico, y que, por otro lado, en ocasiones, también es necesario el mecanismo de la recontractación para el relevo de socios en las sociedades de capital, caso de los estadios donde la condición de socio es intransmisible (arts. 62 LSA y 28 LSRL).

Es decir, en principio, los cambios de socios pueden articularse vía novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (art. 1.203 y sigs. CC), o bien a través de la transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1.112 y 1.526 y sigs. CC).

Ello nos debería llevar a analizar, a los efectos de una posible frustración del contrato de compraventa de acciones o participaciones sociales, cuál es la causa de la misma, bien, en sede de novación contractual, o bien en sede de cesión de créditos (vid. en cuanto al régimen de la cesión de créditos, la remisión que realiza el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando aún no se hayan emitido y entregado los títulos, por otra parte, el supuesto más generalizado en la práctica).

El referido propósito investigador causalista, según el propio principio causalista de nuestro sistema de obligaciones y contratos, supone que tengamos que atenernos a lo que la doctrina civilista ha denominado negocios de causa plural o variable.

Nuevamente DE CASTRO (16) nos enseña dicha categoría del siguiente modo: «La doctrina alemana ha destacado como particularidad de la disposición abstracta (negocio, declaración modificativa) su aptitud para ser instrumento tanto para una como para otra causa. Observación exacta, si se la completa diciendo que ello ocurre así por su indiferencia a la causa, hasta respecto de su misma existencia. Mas de ella no cabe sacar la consecuencia de que sea negocio abstracto todo negocio que pueda utilizarse con variadas causas. Hay negocios que, para tipificarlos legalmente, no se ha tenido en cuenta la naturaleza de su causa, sino, ante todo, su estructura (juego de las principales prestaciones). Así ha ocurrido con algunos negocios concebidos originariamente como gratuitos (mandato, mutuo, depósito, fianza) al permitirse que puedan ser onerosos, sin por ello cambiar su nombre ni su tipo (criterio de comodidad). Entonces para determinar su validez, habrá que tener en cuenta, además de la existencia de la causa típica, el carácter de dicha causa. Posibilidad de una diversidad de causas (onerosa, gratuita, quizá remuneratoria y por una obligación moral) que no significa abstracción, sino una doble consideración de la causa, de la que dependerá la existencia y la especial eficacia de los contratos. (...)

Pluralidad de relaciones conexas, con su propia causa y relativamente dependientes entre sí, que se observa también en la cesión (comp. arts. 1.528, 618, 870), en el contrato a favor de tercero y en la novación».

En relación con la causa de la cesión de créditos, por otra parte el supuesto transmisivo por excelencia de acciones y participaciones sociales, DIEZ PI-

(16) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, págs. 291 y 292.

CAZO —en consonancia con DE CASTRO y PANTALEÓN PRIETO— (17) trata el particular del siguiente tenor: «La pluralidad de posibles causas de la cesión ha permitido sostener que no es un tipo particular de negocio jurídico, sino que se limita a ser un acuerdo genérico dirigido a producir la transmisión *inter vivos* del derecho de crédito, de manera que puede quedar contenida en determinados contratos típicos o atípicos. Sin embargo, esta fragmentación de la cesión de créditos, no resulta conveniente ni desde el punto de vista didáctico, ni desde el metodológico, que aconsejan una construcción de carácter unitario, aunque sea razonable señalar, como hace F. PANTALEÓN (ADC, 41, 4, 1998, pág. 1038), que la única manera posible de configurar la cesión de créditos como un tipo contractual unitario, en el seno de un ordenamiento causalista como el nuestro, es acudir a la categoría de los negocios o contratos que DE CASTRO denominaba con causas plurales, variables o fungibles. La causa del contrato que nos ocupa —dice el autor citado— es la función de transferencia del derecho de crédito, aunque, como ésta es insuficiente por sí sola, tiene que ser integrada por un elemento variable que es la concreta función o finalidad a la que en cada caso la transmisión del crédito responde».

Para la cesión del contrato, el otro medio transmisivo de acciones y participaciones sociales antes admitido, DIEZ PICAZO (18) entiende que: «Para designar la misma idea se ha hablado también de “negocios de causa variable” (...). El negocio de cesión de contrato no debe considerarse como un negocio abstracto. Puede existir en él una abstracción meramente formal, en el sentido de que la causa no queda expresada y aparece en el exterior. Jugará entonces la presunción del artículo 1.277 y habrá que entenderse que la causa existe y es lícita. Tal causa sin embargo ejerce su influencia decisiva en la validez y en la eficacia del negocio.

CARRESI afirma que el contenido de esta causa variable del negocio de cesión es, en cada caso, la misma causa del contrato base o contrato cedido, razonando que, por tener como objeto el negocio de cesión una cualidad jurídica o una situación jurídica basada en relaciones preexistentes nacidas de un contrato anterior, el contenido normativo de este contrato básico o contrato cedido pasa a ser automáticamente el contenido del negocio de cesión. Esta idea ha sido, sin embargo, combatida entre nosotros por JORDANO BAREA, quien estima que de tal modo la cesión de contrato quedaría configurada no como una genuina transmisión de la posición contractual, sino como un contrato derivado o subcontrato.

A mi juicio es más exacto decir que la cesión de contrato es un negocio —no abstracto sino causal— que tiene una causa fungible o variable. Por ejemplo: venta si se cede por un precio; donación si se hace gratuitamente; *negotium mixtum con donazione*; pago si se hace en cumplimiento de una obligación anterior, etc.».

Con anterioridad, GARCÍA AMIGO (19) trató con detenimiento la cuestión relativa a la causa de la cesión del contrato, con idéntico resultado al expuesto. Con este fin, GARCÍA AMIGO (20) expone su opinión tras citar las posiciones contrarias

(17) Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*. Editorial Thomson-Civitas, 6.^a ed., 2008, págs. 971 y 972.

(18) Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*. Editorial Thomson-Civitas, 6.^a ed., 2008, pág. 1051.

(19) Manuel GARCÍA AMIGO, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, págs. 356-359.

(20) Vid., *op. cit.*, pág. 359.

de TELLES (21) y de CARRESI (22) del siguiente modo: «Resumiendo todo lo que antecede, entendemos que la cesión del contrato tiene su propia causa,

(21) GALVAO TELLES, «Cessao do Contrato», en *Revista de Direito da Universidade de Lisboa*, 1949, *apud. op. cit.*

GARCÍA AMIGO (vid., *op. cit.*, págs. 356 y 357) cita la posición de TELLES (y su crítica al respecto) con las siguientes palabras: «Entre los defensores de la primera opinión se encuentra G. Telles, quien ve en la cesión de contratos un doble negocio, un contrato de doble tipo: es simultáneamente una cesión de créditos y una asunción de deudas, ambas onerosas. La asunción de las deudas contenidas en la relación contractual que se cede constituye precisamente la contraprestación de la cesión de los créditos; y al contrario: una ventaja —los créditos— que se compensa económica y jurídicamente con un sacrificio —las deudas—. En definitiva, la misma causa del contrato base. Pero puede suceder —el examen de la realidad nos muestra que es lo que normalmente ocurre— que los créditos valgan más que las deudas, dentro de la relación contractual, bien sea porque algunas prestaciones ya se han cumplido o sencillamente porque, tratándose de relaciones duraderas en el tiempo, hayan variado sus valores respectivos. Lógicamente el titular favorecido al momento de la cesión exigirá precio por la transmisión de su titularidad, jugando en este caso una contraprestación complementaria al lado de la posición económicamente más débil. Según TELLES, si en este caso no se diera la contraprestación complementaria, se “insinúa un elemento de gratuidad, convirtiéndose en un negocio mixto *cum donazione*”. La explicación del autor portugués —ingeniosa, por lo demás— nos ofrece un fallo fundamental. En el fondo está dando una duplicidad de causas: la del contrato base más la complementaria, sea ésta gratuita u onerosa; pero la duplicidad de causas implica necesariamente la duplicidad de negocios, y ya hemos visto cómo la cesión de contratos es un negocio único y unitario. Por otra parte, el autor portugués está presuponiendo que todo contrato implica un equilibrio económico perfecto entre prestación y contraprestación; pero lo que en todo caso lo que el contrato implica es una paridad jurídica entre las prestaciones, en el sentido de que la ley las considera equivalentes. Mas desde el punto de vista económico pueden éstas ser desiguales, y normalmente lo son para cada parte contratante; disparidad que hace más apreciable al crédito que la deuda a la hora de contratar, y que es la razón última determinante que mueve a cada sujeto a verificar el cambio. Porque la ventaja es mayor que el sacrificio se contrata; en otro caso no se haría. Pero es que, además, tratándose de un contrato innominado —como es la cesión de contratos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos— la causa viene creada por la voluntad de las partes contratantes, o por la tipificación social de la figura —por la práctica diaria de los negocios— siquiera está limitada por la norma legal (art. 1.255 del CC). Y tanto lo que querido por las partes —“cede el contrato de arrendamiento”, dice el supuesto negocial recogido por el Tribunal Supremo, sentencia de 17 de marzo de 1951— como la causa configurada por la práctica negocial respectiva está bastante lejos de que TELLES dice. Claro es que las partes tendrán en cuenta —y mucho— la disparidad económica entre las prestaciones y las contraprestaciones contenidas en la relación contractual básica; pero será en un momento anterior a la declaración de voluntad, al instante de conclusión o perfección del negocio. Mas lo que inmediatamente quieren, la causa jurídica, la finalidad objetiva y permanente, la función económica social, en definitiva, que la cesión realiza, es la transmisión de la titularidad contractual; y, a cambio de esto, se pagará una contraprestación, o se hará con ella una donación. Pero en ambos casos la causa es única y distinta del contrato base: aquí se crea, en la cesión, se transmite».

(22) CARRESI, *Cessione del contratto*, Milano, 1950, *apud. op. cit.*

GARCÍA AMIGO (vid. *op. cit.*, págs. 358 y 359) aborda la opinión de CARRESI (y su crítica al respecto) con el siguiente hilo argumental: «Otro defensor de la identidad de la causa entre el contrato de cesión y la del cedido es Carresi. Para este autor la cesión del contrato no tiene una causa individualizada, típica y constante, pero asume algunas veces la causa del contrato base: y ello porque asume la misma función, que el contrato sinalagmático que constituye el punto de referencia objetivo (*op. cit.*, pág. 54).

independiente de la del contrato base cedido: la transmisión a un tercero de la relación contractual. Ahora bien, esta finalidad económica y jurídica, que actúa como causa para el cesionario, puede tener —y de hecho tiene— diversos tipos de contraprestación; e incluso no tenerlas, como en los casos en que los contratantes entiendan que las prestaciones recíprocas de la relación contractual básica son equivalentes, o cuando el cedente actúe por causa de liberalidad; o estar la contraprestación prohibida, como en los artículos 23 y sigs. de la LAU, pudiendo ocurrir que el cedente pague una cantidad por la cesión cuando sus obligaciones son superiores a sus créditos. Vista desde este lado la cesión de contratos, es un negocio con causa variable, pero no abstracto».

La anterior exposición de la causa de la cesión de créditos y de la cesión de contratos ofrecería sin duda un argumento eficaz al problema ahora debatido si pudiéramos admitir sin mayores problemas que la causa de dichas cesiones pudiera identificarse en último lugar con la causa del contrato de sociedad, que como conocemos, puede identificarse en su aspecto inicial con el desarrollo de la actividad social. De esta forma, el silogismo y su consecuencia estarían plenamente servidos. Esto es, la imposibilidad de llevar a cabo la explotación del activo social debiera suponer por ende la frustración del contrato de sociedad, afectado en su causa, respecto del cual se han transmitido (vía cesión de créditos o cesión contractual) las acciones o participaciones sociales al adquirente de las mismas, en virtud del correspondiente contrato de compraventa.

Sin embargo, a la anterior argumentación se puede oponer que dentro de nuestro sistema causalista y en función de las causas del mismo enumeradas en el artículo 1.274 del Código Civil, dicha posición pudiera ser insostenible en nuestro Derecho, puesto que si la cesión ha resultado onerosa, la causa (como función o finalidad) para el cesionario habría de consistir en el crédito o posición contractual a la que accederá como consecuencia de la cesión, siendo la causa para el cedente la contraprestación económica recibida por parte del cesionario.

En el caso de que las acciones nominativas de la sociedad anónima se transmitieran vía endoso (*ex art. 56 de la Ley de Sociedades Anónimas*) y sólo cuando el título valor (acción) se transmitiera cambiariamente (puesto que de hacerlo vía cesión ordinaria, *ex art. 14 de la Ley Cambiaria y del Cheque*, las mismas conclusiones extraídas anteriormente para la cesión de créditos serían aplicables a este supuesto), tampoco variarían las conclusiones anteriores.

Es decir, la circulación de las acciones nominativas de una sociedad anónima mediante endoso cambiario, supone la existencia de la incorporación de la acción a un título valor (de la clase de los títulos valores que no sólo incorporan un derecho de crédito, sino también otros de naturaleza no patrimonial) y la aplicación del régimen jurídico causalista de los mismos. De esta forma, en cuanto a la naturaleza jurídica del título valor, coincidimos con

Con este autor estamos respetuosamente en desacuerdo. Como antes hemos dicho, el contrato cedido crea obligaciones; el contrato de cesión las transmite: cosas realmente distintas. Y cuando más adelante pretende demostrar su afirmación declarando iguales la cesión del contrato de compraventa y la reventa «desde el punto de vista causal» (pág. 54), se pone de manifiesto lo equivocado de su postura, que es insostenible, al menos para el Derecho español. El contrato de cesión actúa sobre relaciones obligatorias, mientras que la reventa —como tal venta— actúa sobre un contrato real. Finalmente debemos aclarar que la cesión —como todo contrato— es siempre un negocio causal o no es negocio y ello tantee en el Derecho italiano (art. 1.235), como en Derecho español (art. 1.261)».

DÍEZ-PICAZO (23) cuando expresa su opinión al respecto, después de escrutar las diferentes teorías existentes sobre la cuestión, del siguiente modo: «A nuestro parecer, hay lo siguiente: el acto originario del título valor es, efectivamente, una declaración unilateral de voluntad, un negocio jurídico unilateral. Este negocio jurídico unilateral, en cuanto que no tiene normalmente carácter recepticio, por no dirigirse a personas determinadas, queda terminado desde el momento en que la declaración es completa: redacción y firma del título. La desposesión no es un elemento necesario para el nacimiento del título, ni para la perfección del negocio jurídico creador. Es simplemente una condición perfectamente extraña al negocio. La toma de posesión del título es, pues, un acto posterior, independiente y con sus propios efectos (por ejemplo, si el poseedor hurtó el título se podrá oponer la excepción de dolo, pero no a un tercero de buena fe, aunque traiga causa del ladrón). Hay pues, que inclinarse por la teoría de la promesa unilateral pura».

Configurándose pues el título valor (acción) como una promesa de deuda, ésta también goza de una causa propia, sin que la misma podamos calificarla como negocio abstracto, ya que el artículo 1.277 del Código Civil prevé que: «Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario». De esta forma, la causa de la promesa de deuda (título valor) en que consiste el endoso, necesariamente ha de ser la onerosa en función de la contraprestación que satisface el adquirente de la acción. Con carácter genérico, DÍEZ PICAZO (24) expresa sobre el particular lo siguiente: «Toda promesa y todo reconocimiento de deuda es siempre consecuencia de una causa previa que los justifica y explica. Aunque D, promitente, se obliga a entregar a A, promisario, la suma de mil pesetas, en un documento en que no se dice otra cosa (v.gr., pagaré), la promesa está precedida de una causa. D promete entregar la suma porque entiende que con ello cumple una obligación anterior —v.gr., restituye una suma prestada o paga el precio de una mercancía ya recibida—, en cuyo caso se habla de *causa solvendi*; o bien espera que el promisario en contraprestación realice en su favor alguna atribución —*causa credendi*—».

También si se tratara de acciones al portador de una sociedad anónima, las conclusiones serían las mismas (ya que sólo incidiría la irreivindicabilidad de las mismas que prevé el art. 545 del Código de Comercio), al igual que si el objeto de la adquisición fueran participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada (que no pueden quedar incorporadas a títulos valores, *ex art. 4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*), siendo su régimen de circulación el ordinario expuesto *ut supra*.

Visto lo anterior y con los fines pretendidos, otro recurso dogmático que pudiera pensarse en su utilización pasaría por el análisis de la acción o participación social desde la óptica de las relaciones jurídicas de cooperación y los derechos subjetivos.

A este respecto, la doctrina clásica como GIRÓN TENA (25) ha caracterizado la relación socio-sociedad en las sociedades de personas, no como un simple

(23) LUIS DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*. Editorial Thomson-Civitas, 6.^a ed., 2008, pág. 452.

(24) LUIS DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I*. Editorial Thomson-Civitas, 6.^a ed., 2008, págs. 278 y 279.

(25) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades. Tomo I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, pág. 283 y sigs.

derecho subjetivo, sino como una relación jurídica «de cooperación», según la terminología de Federico DE CASTRO, ya que las sociedades están configuradas como organizaciones destinadas a la consecución de un fin común, por lo que el contenido de dicha relación jurídica de cooperación no sólo viene conformado por un derecho subjetivo, sino por un conjunto de derechos, obligaciones, facultades y poderes de muy variada naturaleza, consistiendo la transmisión de la condición de socio en una verdadera transmisión de una relación jurídica, tanto en su lado activo, como en su lado pasivo, más que la transmisión de un singular derecho subjetivado y autónomo (26).

No obstante la anterior disquisición, es cierto que el socio o accionista goza de un derecho subjetivo mediato sobre los bienes sociales, o como DE CASTRO (27) lo definiera como un «derecho subjetivo subordinado», es decir, como un derecho cuya titularidad está determinada por una relación jurídica de cooperación, siendo que todo derecho subjetivo implica un poder de actuación digno de tutela jurídica y de respeto.

DE CASTRO (28) explica al respecto y de forma genérica que: «Como toda situación jurídica creada por el Derecho, la existencia misma del derecho subjetivo hace nacer, en su favor, un deber general de respeto; puede, además, originar un deber especial de respeto de una determinada persona, que queda en situación de obligada [definido por HENLE —según DE CASTRO— como la posición jurídica de aquél a quien se le prescribe una conducta], por ello, entre el deber general de respeto, impuesto a todos por la ley, y el deber calificado o deber obligacional. En todo caso, el incumplimiento de uno u otro deber puede dar lugar al nacimiento de una nueva obligación para el infractor, y que tendrá carácter delictual. De igual modo que el ordenamiento jurídico entrega una determinada libertad de ejercicio al titular, con la atribución del derecho subjetivo, le confiere la posibilidad de defenderlo y le confía ciertos medios para ello. Así, pone a su disposición: la legítima defensa, las diversas acciones y excepciones, tanto para exigir la ejecución forzosa, la destrucción de lo ilícitamente hecho, la indemnización de daños y perjuicios, ejercitar la compensación, la retención, pedir el embargo, medidas de seguridad, acudir a las autoridades judiciales, como para pedir la protección policíaca y contar con la sanción penal de los infractores».

De esta forma, admitida la configuración de la acción o participación social, en una de sus vertientes, como un derecho subjetivo subordinado del accionista o socio sobre los bienes sociales digno de tutela y protección y aunque, evidentemente, sea mucho más eficaz el establecimiento de una garantía sobre los mismos de tal forma que se lleva a cabo una atribución contractual de los riesgos al vendedor, su falta de consideración expresa en el documento contractual acerca de la utilidad de los bienes sociales, no debe implicar que la insatisfacción objetiva del adquirente en relación con dichos bienes sociales deba quedar desprotegida y falta de acción o remedio.

Al hilo de lo anterior, MORALES (29) explica lo siguiente: «En los negocios de tráfico, ciertas cualidades presupuestas en la cosa que se transmite, que

(26) En contra, PAZ-ARES, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1471.

(27) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, pág. 595.

(28) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, págs. 587 y 588.

(29) MORALES MORENO, *La modernización...*, pág. 335.

determinan la utilidad para la función que, según el negocio, se le puede asignar, no pueden ser tomadas como meros motivos individuales de dudosa relevancia jurídica, sino que, por el contrario, por su íntima conexión con la realización o frustración del propósito práctico negocial, quedan incorporadas al negocio y en él nos delimitan el interés negocial del adquirente. Este interés negocial podemos afirmar que queda insatisfecho, al margen de cuál sea la razón, el nivel y las consecuencias jurídicas de esa insatisfacción, cuando la cosa no reúne las cualidades presupuestas en ella.

Siempre que se transmite un objeto determinado se incorpora al negocio una representación cualitativa del mismo; hay un nivel cualitativo que el negocio presupone; no es indiferente en la organización de intereses del negocio que el objeto sea de un modo o de otro. Pero al mismo tiempo lo más frecuente es que las partes no hayan expresado nada o muy poco acerca de todas esas cualidades consideradas en el objeto. Se abre así un complejo problema de interpretación del negocio, para poder desvelar cuál es el interés negocial del adquirente, problema muy estrechamente vinculado al espinoso de la prueba» (30).

De esta forma y en nuestra opinión, debido a las características propias del negocio de compraventa de acciones o participaciones sociales en cuanto a su finalidad tendente a la incorporación como socio o accionista de la sociedad correspondiente con el propósito de llevar a cabo la explotación de la actividad social a través de los bienes sociales, puede mantenerse que —al menos— implícitamente las partes contractuales han tenido en cuenta en relación con la reglamentación de sus respectivos intereses, así como en la distribución y previsibilidad de los riesgos derivados del mismo, que una insatisfacción objetiva en el adquirente de la sociedad por manifiesta imposibilidad para llevar

(30) A este respecto y en relación con este problema, MORALES (vid., *op. cit.*, pág. 335, nota 26), vuelve a recurrir a DE CASTRO para decir que: «Con él se enfrenta CASTRO, a propósito de la apreciación del error, y sobre él nos dice: “Para llegar a la conclusión de que un negocio está viciado de error, es imprescindible una labor previa de interpretación de hechos y calificación jurídica, en general de gran delicadeza”. Posteriormente añade: “Importancia decisiva alcanzan los valores entendidos, sean resultantes de las relaciones concretas entre los interesados, sean derivados de criterios sociales y usos; junto a ellos habrá que entender a la especial naturaleza del negocio y, en todo caso, valorar la conducta de cada uno según el principio de buena fe (art. 1.258). En la vida ordinaria, no es corriente, ni la prisa ambiental lo permite, detenerse en informes y discusiones de detalle; se cuenta con lo que parece normal y ello pasará a ser contenido o base del negocio...”».

Con anterioridad, MORALES (vid., *op. cit.* pág. 328, nota 9) con acierto ya había observado lo siguiente: «Con frecuencia se observa cómo en el negocio referido a la transmisión de un objeto concreto (sobre cosa específica) no es preciso un pacto acerca de sus cualidades, basta con su identificación empleando los criterios formales de espacio y tiempo. Así lo destaca M. LEHMAN, en “Vertragsanbahnung”, *op. cit.*, pág. 176. Si con ello queremos significar que en ese caso el negocio no contempla un determinado nivel de cualidades en la cosa, que no existe un pacto (al menos implícito) acerca de la misma, estamos en una profunda equivocación. Porque una cosa es que determinadas cualidades del objeto no puedan ser consideradas contenido de la obligación derivada de un negocio (y que su ausencia no genere un deber de indemnización) y otra bien distinta que el negocio nos la tenga en cuenta. De no incorporarse al negocio no podríamos construir ni el saneamiento por vicios, ni la figura del error, desde la autonomía de la voluntad, partiendo de lo explícita o implícitamente pactado. Tendríamos que acudir a criterios objetivos [por ejemplo, cualidades esenciales del tráfico, cfr. 118 (2) BGB], que no actuarían como interpretativos, sino como sustitutivos o suplantadores de ella».

a cabo la explotación del objeto social de la misma, hubiera de suponer una frustración del negocio de compraventa o adquisición, en consonancia con los requisitos de gravedad y esencialidad que justificaren, en último extremo, una acción de incumplimiento del contrato de compraventa.

No obstante, somos conscientes que la adopción de la anterior justificación se nos antoja complicada en la práctica diaria de nuestros juzgados y tribunales, lo que implica que los adquirentes de empresas deban extremar la precaución en la confección de la correspondiente documentación contractual con el objeto de intentar evitar la realización de dichas interpretaciones ante una posible frustración del negocio de adquisición por los motivos apuntados.

También, no es menos cierto, que se puede oponer de contrario que las anteriores consideraciones están realizadas en clave de un análisis (quizá extremadamente) causalista del negocio jurídico y que el proceso armonizador del derecho contractual «parece» que abandona el elemento causal como requisito constitutivo del contrato (31), aunque igualmente entendemos que no resulta o debería resultar controvertido que los argumentos y contenidos de lo que se ha dado en llamar «Modernización del Derecho de Obligaciones» a resultas de dicho proceso de armonización del Derecho Privado europeo también pudieran ser útiles para la resolución del supuesto analizado, mediante un tratamiento del mismo a través del concepto de «falta de conformidad» y la unificación de los remedios objeto de dichas propuestas.

Así, el artículo 2:101 (32) de los Principios del Derecho Contractual europeo establece como requisitos para la formación del contrato los siguientes:

1. El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando:
 - a) Las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente y
 - b) alcanzan un acuerdo suficiente.
2. El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical.

En relación con el comentario de tal artículo 2:101, LANDO y BEALE (33) y respecto de la innecesariedad de otros requisitos han afirmado que: «Con in-

(31) Para mayor extensión al respecto, vid. José Antonio MARTÍN PÉREZ, «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizá aparente)», en *Estudios de Derecho de Obligaciones; homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. La Ley-Actualidad*, 2006, vol. 2, págs. 281-303.

(32) En términos similares, el artículo 4:101 del *Draft Common Frame of Reference* al prever lo siguiente:

- A contract is concluded, without any further requirements, if the parties:
- a) Intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and
 - b) Reach a sufficient agreement.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Sellier. European law publishers, München, 2009.

(33) Vid. *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual europeo»*. Edición: Ole LANDO y Hugh BEALE. Colegios Notariales de España, 2003. Edición española, pág. 186.

dependencia de que sea o no necesario el acuerdo entre las partes, no se exige ningún otro requisito. No hay requisitos de forma, v. comentario F. Tampoco es necesario que el destinatario de la promesa se comprometa a entregar algo o que, efectivamente, lleve a cabo una prestación a cambio de la promesa (consideration)», lo que se ha conocido como un intento de eliminar tanto la teoría de la causa del *Civil Law* como la de la *consideration* del Common Law. No obstante, somos de la opinión que, en lo que ahora nos atañe, que los problemas derivados de los motivos de la causa son tratados en dichos Principios del Derecho Contractual Europeo desde la concepción amplia del error que hacen los mismos (art. 4:103), y desde la amplitud del concepto del incumplimiento contractual (art. 8:103).

En nuestro ámbito nacional, tales corrientes europeizantes han llegado a cristalizar en un loable trabajo en el seno de la Comisión General de Codificación, como es el Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa (34), con la finalidad de modernizarlo, incorporando al mismo las nuevas corrientes del Derecho Uniforme y Comunitario, siendo los referentes de dicha reforma, la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías (1980) y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Siendo igualmente destacables a estos efectos, los «*Unidroit Principles of Internatio-*

(34) Esta propuesta de Anteproyecto de Ley fue publicada en el Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1998, pág. 2076 y sigs.

En lo que ahora nos interesa, la redacción de los artículos del Código Civil que modifica este Anteproyecto es la siguiente:

- Artículo 1.445. Por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no han sido contemplados en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas.
- Artículo 1.474. La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente a la pactada se equipara a la falta de conformidad.
- Artículo 1.475. A salvo de los pactos por las partes, hay, en particular, falta de conformidad:
 - 1.º Si la cosa no se ajusta a la descripción del vendedor.
 - 2.º Si no posee las cualidades de la muestra o del modelo presentados por el vendedor al comprador.
 - 3.º Si no es apta para el uso especial requerido por el comprador al celebrarse el contrato siempre que el vendedor haya admitido que la cosa es apta para dicho uso.
 - 4.º Si no es apta para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o no presenta la calidad y proporciona las prestaciones habituales que, conforme a la naturaleza del bien, el comprador pueda fundamentalmente esperar.
- Artículo 1.481. El vendedor responderá ante el comprador de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo de éste.
- Artículo 1.482. En caso de falta de conformidad, el comprador podrá, por su sola declaración dirigida al vendedor, exigirle el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato. En cualquiera de estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere.

nal Commercial Contracts», los «*Principles of European Contract Law*» (35) y el «*Draft Common Frame of Reference (2009)*» (36).

Por otro lado, es notable la atención que en fechas recientes han dedicado los autores españoles a la armonización del Derecho Privado europeo, sin duda, por el convencimiento acerca de la trascendencia del mismo (37).

Ahora bien, esta incidencia se ha venido observando ya en las múltiples sentencias de nuestros tribunales que vienen citando entre sus argumentos y razonamientos las soluciones de este Derecho Contractual europeo. De esta forma, como indica GONZÁLEZ PACANOWSKA (38) en algunos casos se hace referencia a los mismos como un elemento comparativo entre distintos sistemas, como en la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2006 (*RJ* 2006/6080) en relación con el principio de la buena fe previsto en el artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos y en la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de julio de 2007 (*RJ* 2007/5731), donde se compara el artículo 1.287 del Código Civil con normas de la Convención de Viena de 1980 y de los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

En otros casos, se les otorga un gran valor interpretativo para la solución de supuestos no regulados legalmente o bien sobre los que la «Doctrina discute y la Jurisprudencia vacila»; así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006/8631), sobre la concesión de un plazo adicional para el cumplimiento y resolución cuando el plazo hubiera transcurrido en función del artículo 8:106 [3] de los Principios del Derecho Europeo de Contratos; la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2007 (*RJ* 2007/4702); la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, de 13 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007/335298), en la que se acude al artículo 4:102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos sobre el régimen jurídico de la imposibilidad inicial; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 6 de octubre de 2003 (*RJ* 2003/8687), en la que se cita el artículo 9:102 [3]

(35) Vid. *Principios de Derecho Contractual Europeo...*

(36) Vid., *op. cit.*, «Principles...».

(37) Con carácter general, vid. *Derecho Privado Europeo. Estado actual y perspectivas de futuro*. Jornadas de la Universidad Autónoma de Madrid, 14 y 17 de noviembre de 2007. AA.VV. Editorial Thomson-Aranzadi, 2008.

Sobre estudios particulares al respecto, vid. *Derecho Contractual Europeo*, Editorial Bosch, 2009, así como los trabajos publicados en Indret (www.indret.com), como por ejemplo: María Paz GARCÍA RUBIO y Marta OTERO CRESPO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho Contractual europeo* (Indret 2/2010); Josep Maria BECH, *Reparar y sustituir cosas en la compraventa. Evolución y últimas tendencias* (Indret 1/2010); Serrat Xavier BASOZABAL ARRUE, *Claves para entender la compensación en Europa* (Indret 4/2009); Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *La prescripción en los PECL y en el DFCR* (Indret 3/2009); Javier J. INFANTE RUIZ y Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, *Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo* (Indret 3/2009); Ana SOLER PRESAS, *La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DFCR* (Indret 2/2009); Rocío DIÉGUEZ OLIVA, *El derecho de desistimiento en el marco común de referencia* (Indret 2/2009); Josep SOLÉ I FELIÚ, *El daño moral por infracción contractual. Principios, modelo y Derecho español* (Indret 1/2009); Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, *Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DFCR y a los PECL* (Indret 4/2008); Paloma DE BARRÓN ARNICHES, *Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el marco común de referencia* (Indret 3/2008).

(38) Vid. *Derecho Contractual Europeo*, págs. 174-177. Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Los principios Lando*.

Para un estudio jurisprudencial en este sentido, vid. C. VENDRELL CERVANTES, *PECL in Spain, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2008.

de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, en relación con el ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica en tiempo razonable, cuya doctrina se reitera en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 22 de marzo de 2007 (AC 2007/1811).

Otro grupo de casos son, como afirma GONZÁLEZ PACANOWSKA (vid., *op. cit.*), aquellos en que los instrumentos armonizadores son citados a mayor abundamiento. Así, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005/8576), donde el requisito del incumplimiento para la aplicación del mecanismo resolutorio previsto en el artículo 1.124 del Código Civil se explica en relación con lo dispuesto en el artículo 8:103 (c) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, entendiéndose que no es necesaria la «tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento», sino que bastará que se «malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte», al igual que ocurre en la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2006 (RJ 2006/1921) y en la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/3091), la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de diciembre de 2008 (JUR 2009/8393), y la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2008 (Id. Cendoj: 280791100012008101164), doctrina que igualmente se reproduce en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de noviembre de 2007 (JUR 2008/84397), la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de abril de 2008 (JUR 2008/189148), la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 17 de abril de 2008 (JUR 2008/332125), la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 22 de abril de 2008 (JUR 2008/187683) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de julio de 2008 (JUR 2008/292158). De igual forma, en relación con la solidaridad mercantil y la compensación judicial, pueden observarse la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de julio de 2006 (RJ 2006/4977) y la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/321).

Por ello, fallos judiciales como el aquí tratado surcan caminos en sentido contrario a los propuestos no sólo en los «Unidroit Principles of International Commercial Contracts», los «Principles of European Contract Law» (39), y el «Draft Common Frame of Reference (2009)», sino en nuestro Derecho Patrio, como son la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías (1980) (40) (art. 35 y sigs.) y el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ha integrado el régimen de las ventas de consumo.

Así, dicho Anteproyecto configura a la «falta de conformidad» como el nuevo supuesto generador de incumplimiento del vendedor en el contrato de compraventa y, como tal, faculta al comprador para ejercitar los remedios propios para el incumplimiento que pasan por una generalización de los mismos, tal y como hacen los «Principles of European Contract Law» en el artículo 1:301 [4], los cuales en relación con el término «incumplimiento» expresan «*que denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos*».

(39) Vid. Luis Díez-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

(40) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord.: Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Madrid, 1998.

Siendo que el artículo 8:103 (41) de los «Principles of European Contract Law» califica de esencial el incumplimiento:

- a) *Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato.*
- b) *Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado.*
- c) *O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte».*

En cuanto a la interpretación realizada del artículo 8:103 (a) por parte de LANDO y BEALE (42), sobre el concepto de la observancia estricta de las obligaciones, volvemos a encontrar de nuevo la referencia a cómo determinados términos implícitos del contrato pueden suponer un incumplimiento contractual, tal y como ya adelantáramos anteriormente en cuanto a la idea del propósito práctico del negocio jurídico en DE CASTRO.

De esta forma, LANDO y BEALE comentan que: «Conforme al artículo 8:103 (a), lo relevante no es la gravedad efectiva del incumplimiento, sino el acuerdo de las partes que establece que el respeto estricto del contrato es esencial y que el hecho de desviarse del mismo de cualquier modo afecta a las bases del contrato hasta el punto de permitir que la otra parte se vea liberada de las obligaciones derivadas de dicho contrato. Este acuerdo puede derivar tanto de estipulaciones expresas como de los términos implícitos en el contrato. En este sentido, el contrato puede disponer que en todos los casos de incumplimiento de una parte, la otra podrá poner fin al contrato. El efecto de una disposición de este tipo es que cualquier defecto en el cumplimiento podrá considerarse esencial. Incluso aunque no exista una disposición expresa en este sentido, la ley puede exigir de manera implícita que las obligaciones deban cumplirse de una manera estricta. Por ejemplo, en muchos ordenamientos jurídicos existe la norma de que, en las compraventas mercantiles, el momento de entrega de las compraventas mercantiles es esencial. También cabe deducir el deber de observancia estricta [de la obligación] de la manera en que se haya expresado el contrato, de su naturaleza o de las circunstancias que lo rodeen, así como de la costumbre o de los usos o del desarrollo habitual del negocio entre las partes» (43).

(41) El artículo III 3:502 (2) del *Draft Common Frame of Reference*, prevé que:

A non-performance of a contractual obligations is fundamental if:

- a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole of relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or
- b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot relied on.

(42) Vid., *op. cit.*, pág. 534.

(43) A este respecto el artículo 6:102 de los Principios del Derecho Contractual Europeo denominan como cláusulas implícitas, que son las que derivan de: a) la intención de las partes; b) la naturaleza y objeto del contrato; c) la buena fe.

El artículo II 9:101 (2) del *Draft Common Frame of Reference* prevé que: «Where it is necessary to provide for a matter which the parties have not foreseen or provided for, a court may imply an additional term, having regard in particular to:

Por lo tanto, el incumplimiento contractual en el proceso de armonización del Derecho Privado europeo puede venir dado por la vulneración de los conocidos como «términos implícitos del contrato», siendo los factores a tener en cuenta para la apreciación de las mismas, según LANDO y BEALE (44), «la intención que quepa suponer en las partes; el tribunal deberá considerar lo que las partes habrían acordado de manera razonable si hubieran actuado de buena fe en caso de haber discutido la cuestión entre ellos (...) El segundo indicador, la naturaleza y el objeto del contrato, permite que el tribunal considere cuál es la mejor manera de llevar a cabo el contrato. Los términos que suelen integrar contratos similares o los dispuestos en convenios internacionales relativos a contratos análogos pueden ofrecer una buena guía para ello. El último indicador, la buena fe y la lealtad en las transacciones, exige que el tribunal atienda de manera objetiva a lo que requeriría la buena fe. Si el contrato supusiera mucho riesgo para una de las partes sin una cláusula implícita que proteja de algún modo a esa parte, deberá considerar que existe la cláusula implícita adecuada».

En suma, entendemos que existen argumentos suficientes para poder fundamentar una resolución contractual en casos como el analizado por la sentencia del Tribunal Supremo, que hemos tenido la ocasión de tratar, aunque no somos ajenos a la dificultad que en la práctica entrañarían la adopción de argumentos como los aquí expuestos.

Como nos hemos referido *ut supra*, el propósito comercial consistente en la explotación de los bienes sociales por parte del adquirente de las acciones o participaciones sociales, generalmente, ha de entenderse implícito en el propio negocio jurídico adquisitivo, en función, no sólo del mismo sino de las circunstancias que le rodean, que suponen la entrada en un contrato social por parte del adquirente.

Además, en nuestro ordenamiento jurídico, el anterior control del cumplimiento del contrato, en clave de términos implícitos, ha de pasar desde la función integradora del contrato, que cumple el artículo 1.258 del Código Civil, unas veces olvidado y otras en exceso valorado en cuanto a su aplicación. Pese a todo, resulta conveniente adoptar en los correspondientes contratos de adquisición de acciones y participaciones sociales, pactos expresos en cuanto a dicha disponibilidad adecuada y satisfactoria de los bienes sociales, mediante la incorporación a los mismos de las correspondientes *representations and warranties* sobre tales activos sociales, con los fines expuestos, mucho más atendiendo al contenido de la sentencia del Tribunal Supremo aquí tratada, con la incorporación de las mismas como auténticos motivos subjetivos integrados en la causa de la adquisición.

a) The nature and purpose of the contract.

b) The circumstance in which the contract was concluded; and

c) The requirements of good faith and fair dealing.

(44) Vid., *op. cit.*, págs. 339 y 340. Uno de los ejemplos clarificadores que proponen LANDO y BEALE en este sentido es el siguiente: «Ejemplo 2: El propietario de un barco celebra un contrato para descargar sus mercancías en un muelle del Támesis, en donde si hay poca corriente, el barco encallará (en el lecho del río). El dueño del barco no conoce las condiciones del lecho del río, en donde existe una base de roca que daña el barco. El controlador del muelle tiene la obligación implícita de advertir al dueño del barco de la existencia de cualquier peligro de este tipo».

III. EL OBJETO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES. OBJETO REAL Y OBJETO IDEAL

El incorrecto planteamiento de la *quaestio litis* en cuanto al objeto del contrato de compraventa de acciones analizado por esta sentencia del Tribunal Supremo, consiste en haberse pretendido la declaración de que el objeto de la compraventa realmente no fueron las acciones de la sociedad, sino el hotel aluminoso.

De esta forma, ni siquiera en sede de error sobre el consentimiento puede hablarse de «otro objeto». Así, DE CASTRO (45), cuando analizaba las teorías de Savigny en relación con el *error in substantiam* afirmaba con razón lo siguiente: «La teoría de Savigny, a pesar lo ingenioso de su exposición, no puede ocultar su carácter artificioso. Hubo acuerdo en la compraventa de este objeto determinado, que fuera visto, tocado y entregado. El que resulte que el comprador pensaba adquirir un objeto de oro y sea en verdad de latón, que creyó que había sido forjado por Benevenuto Cellini y lo fuera por un artesano desconocido, no cambia el hecho de que el objeto sigue siendo el mismo, aquel respecto al que concurrieron la oferta y demanda. El error sobre la cualidad del objeto determinó la compra, pero no le ha convertido en otro; sea cual fuere su importancia y su condición de sustantivo».

Que lo anterior es así, también por la forma tradicional de entender el sistema de responsabilidad general por incumplimiento y especial para el saneamiento que estipula nuestro Código Civil, es cierto, aunque no compartimos que dichas inteligencias sean patrones inamovibles dentro de los nuevos tiempos que corren y se avecinan.

De nuevo MORALES nos explica con suma claridad esta cuestión cuando trata sobre la transformación del objeto en el ámbito de la contraposición entre las acciones de incumplimiento y saneamiento. MORALES (46) nos dice al respecto lo siguiente: «En la obligación genérica el objeto es siempre el correspondiente al género, es decir, el que debe ser. En la específica, en cambio, se pueden contraponer dos maneras distintas de entender el objeto. Según una, el objeto es el objeto real, tal como es, con independencia de que tenga o no las cualidades que conforme al contrato debiera tener. Según otra, el objeto de la obligación no es el objeto real, tal cual es, sino el objeto ideal previsto por las partes; es decir, el objeto real con todas las cualidades que conforme al contrato debe tener.

La regulación de la compraventa de los códigos continentales, por estar inspirada en la venta romana, refleja claramente el primer modo de entender el objeto. El objeto del contrato y de la propia obligación nacida del mismo es el objeto real y no el ideal. Por eso, la pérdida de la cosa vendida al tiempo de celebrarse el contrato deja a éste sin efecto (art. 1.460); por eso, también, entregar una cosa con defectos no constituye propiamente incumplimiento. No hay obligación de entregar una cosa sin defectos, cuando ésta los tiene, porque ello sería imposible y contradictorio; hay obligación en cambio, de responder ante el comprador por medio de las medidas de saneamiento. Por eso, en fin, el saneamiento no concede al comprador un derecho a la sustitución de la cosa o a su reparación.

(45) DE CASTRO, *El negocio jurídico...*, pág. 107.

(46) MORALES, *La modernización*, págs. 102 y 103.

Este modo de entender el objeto no es, sin embargo, una exigencia ineludible de la obligación específica, impuesta por la propia naturaleza de las cosas, sino algo susceptible de modificación. La exigencia de conformidad de la cosa contenida en la Directiva y anteriormente en la CSIG rompe abiertamente con esta tradición. Tras ella subyace un modo distinto de entender el objeto de la obligación del vendedor, aplicable tanto a la obligación genérica como a la específica: si el objeto de la obligación es entregar una cosa conforme al contrato, puede afirmarse que el objeto no es la cosa, tal cual es, sino tal como debe ser. Aceptarlo así permite considerar como un verdadero incumplimiento, la entrega de una cosa no conforme.

Esto es algo que viene admitiendo la jurisprudencia de nuestro TS. La doctrina jurisprudencial que, en caso de entrega de una cosa defectuosa, justifica la aplicación de las reglas generales de incumplimiento, en vez de las específicas del saneamiento, en el hecho de haber entregado el vendedor algo distinto (*aliud pro alio*), sólo puede explicarse, en el fondo, si consideramos que el objeto que ha de entregar el vendedor no es el real, sino el que debe ser; es decir, el que resulta conforme al contrato. El cambio que propone la Directiva es, por tanto, un cambio que ya se ha producido en nuestro ordenamiento.

Esta nueva idea de objeto de la obligación específica (el que debe ser) hace que pierda sentido la diferenciación entre el régimen de la obligación específica y el de la genérica en lo que se refiere a la falta de conformidad de la cosa».

En los parámetros tradicionales, sobre el objeto del contrato de compraventa de acciones (aunque con acierto en el fallo, a nuestro juicio) ya se movió la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000 (*RJ* 2000/6747) (47) (48).

En el caso de la sentencia de 30 de junio de 2000, el Estado, que resultó propietario de Industrias Tauro, S. A., por expropiación de Rumasa, celebró un contrato con la actora Samsonite Corporation, intervenido por Agente de Cambio y Bolsa y que lleva fecha de 5 de febrero de 1985, mediante el cual vendió a dicha entidad la totalidad de las acciones de la referida empresa expropiada, estableciéndose en el apartado 25 de la cláusula cuarta, que la sociedad transmitida «cuenta con todas las facultades, licencias, permisos y autorizaciones (de índole gubernativa y de otro tipo), necesarios para poseer y explotar su patrimonio y para desarrollar sus negocios y actividades, tal y como lo viene haciendo hasta ahora», sucediendo en la realidad que la sociedad carecía de licencia de apertura que el contrato declaraba existente, en virtud de la cláusula antes citada.

La parte actora en el pleito anterior solicitó las reparaciones patrimoniales por tal incumplimiento, consistente como hemos visto en la declaración de la existencia de licencia y la efectiva inexistencia de la misma, y sus efectos económicos en la finca al tener que asumir las obras exigidas para poder obtener la preceptiva licencia municipal.

El Estado combatió lo anterior alegando que no se había producido ninguna infracción de los términos del contrato de compraventa, sin que más

(47) Comentada por VERDA Y BEAMONTE, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, octubre-diciembre de 2000, págs. 1353-1358.

(48) Tratada por nosotros en: FRANCISCO REDONDO TRIGO, «El incumplimiento de las declaraciones y garantías en las adquisiciones de empresas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, págs. 1560-1589.

bien se trata de un defecto aparecido que ninguna de las partes podía conocer al tiempo de concertarse la venta del accionariado y tal defecto se ha de encuadrar en el artículo 1.484 del Código Civil, que el Tribunal de Instancia no aplicó y con ello la extinción de la acción por haber transcurrido el plazo de caducidad de seis meses de vigencia que fija el artículo 1.490 del Código Civil.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso del Estado argumentando lo siguiente: «*El saneamiento por vicios ocultos que el artículo 1.484 impone al vendedor, se proyectará directamente a la cosa específica enajenada, que adolece de defectos o imperfecciones desconocidas por el comprador. En el caso de autos se trata de licencia municipal ocultada, en cuanto se dice en el contrato que se contaba con todas las licencias, la que incluye la de apertura y, por tanto más que relacionarse la cosa, se está refiriendo a actividad o conducta precontractual del Estado vendedor; que resultó omisiva, al no haberse preocupado de constatar si se había concedido licencia, lo que resultaba fácil y posible con la simple consulta a las oficinas municipales (...) El incumplimiento opera en este caso por insatisfacción objetiva en la parte compradora, con trascendencia en la inhabilidad del objeto, en este caso jurídica. Se trata de vicio que existía en el momento de la contratación, y ello posibilita la sanción de los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil (sentencias de 12 de marzo de 1982, 14 de febrero de 1984, 6 de abril de 1989 y 17 de febrero de 1994)*».

En suma, si el error no muta el objeto del contrato, sólo desde la posición de la concepción del objeto ideal, pudiera llegarse a argumentar que éste en una compraventa de acciones no está compuesto —en clave de valoración de las características y cualidades de los mismos— solamente por los títulos valores sino también por los bienes sociales. De todas formas, de nuevo somos conscientes de lo aventurado que pudiera resultar la defensa de tales posiciones ante los tribunales, verdaderamente anclados en la concepción más dogmática y tradicional del modo de entender el objeto del contrato, la satisfacción del mismo, y la responsabilidad derivada por su incumplimiento, por lo que pese a no compartir el fallo del Tribunal Supremo, somos partidarios de que en este tipo de contrato de acciones, el propósito del adquirente se vea reforzado con la exposición clara y detallada del mismo en el respectivo contrato.

IV. EPÍLOGO

Ya hemos reiterado, que sin entrar a analizar el tema de la aluminosis y su posible calificación como caso de fuerza mayor, al no ser éste el objeto del presente trabajo, no podemos compartir el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2009, al obviarse en la misma tanto un correcto tratamiento de la causa subjetiva, del objeto ideal del negocio y de la acción de incumplimiento, si bien es cierto, que no sólo por sus razonamientos sino también por el planteamiento de la cuestión que fue realizado en la instancia y sobre lo que se tuvo que atener el Tribunal Supremo en su fallo, para ser congruente el mismo.

El caso analizado, bien hubiera podido haberse planteado desde la óptica del error en el consentimiento, tal y como ocurrió para un supuesto muy parecido en la también sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de enero de 1982 (o incluso de reticencia dolosa, en su caso, para lo cual debe analizarse el comportamiento de las partes desde las obligaciones de información precon-

tractual) aunque no es menos cierto, que el mismo debería también haber podido ser encauzado desde la doctrina del incumplimiento contractual por insatisfacción objetiva del comprador, entendida la misma en los términos expuestos.

Para el caso del error, han quedado analizados los requisitos del mismo que ha venido estableciendo y exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Requisitos que, en buena parte, se vienen observando (con una mejor técnica) en los textos del proceso armonizador del Derecho Privado europeo, así como en las propuestas modificativas de nuestro Código Civil.

Así, el artículo 4:103 (49) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos establece en cuanto al error esencial de hecho o de derecho, lo siguiente:

1. Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:
 - a)
 - i) el error se debe a una información de la otra parte,
 - ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o
 - iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y
 - b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.
2. No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando:
 - a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o
 - b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias.

Estamos pues ante un concepto de error que tiene en cuenta los motivos que impulsan a contratar a las partes, aunque sólo en la medida en que tales motivos sean conocidos o sean cognoscibles para la otra parte.

(49) El artículo II 7:201 del *Draft Common Frame of Reference*, establece que:

1. A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:
 - a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and
 - b) the other party:
 - i) caused the mistake;
 - ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake;
 - iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting imput errors; or
 - iv) made the same mistake.
2. However a party not avoid the contract for mistake if:
 - a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or
 - b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party.

Para poder entender esta concepción subjetiva de error, resulta clarificador el siguiente ejemplo que exponen LANDO y BEALE (50):

«Ejemplo 3: A le vende su casa a B sin decirle que hay graves problemas de humedad en el suelo de una de las habitaciones. A no lo menciona porque entiende que B se dará cuenta al ver las manchas de la pared y porque se supone que controlará el estado del suelo. B no se da cuenta del problema y compra la casa sin haber comprobado el estado del suelo. B podrá anular el contrato».

Análogo tratamiento recibe el error en el artículo 1.298 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (51) al referirse al error del siguiente modo:

1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes:
 - 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante.
 - 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció.
 - 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error.
2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.
3. Los contratos no serán anulables por error cuando éste sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error.
4. Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error, comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido.
5. La inexactitud en la expresión o transmisión de una declaración de voluntad será tratada conforme a las reglas de interpretación de los contratos y en los casos en que no puedan ser resueltos por ellas se aplicará lo dispuesto en este artículo.

Sin embargo, tal y como hemos apuntado, la caracterización del asunto analizado como de dolo negativo también hubiera sido posible, ya que como afirma MORALES (52) al tratar las relaciones entre el dolo y el error en los Principios del Derecho Europeo de Contratos, «...resulta más difícil distinguir entre el dolo y el error, cuando el error es conocido o cognoscible por el otro contratante, y, obligándole la buena fe a desvelar su existencia, se calla y permite que la otra parte permanezca en error [art. 4:103 a) ii)]. El supuesto de dolo negativo va a coincidir, a menudo, con el del error conocido por el otro contratante», por ello, si la parte enajenante hubiera conocido o debido

(50) Vid., *op. cit.*, pág. 329.

(51) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009.

(52) Vid. MORALES, *La modernización...*, pág. 316.

conocer el defecto de los bienes sociales y se calla faltando a la buena fe sobre la existencia de los mismos, podría tratarse de una actuación dolosa.

Así, el dolo es tratado en el artículo 4:107 (53) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, como uno de los supuestos de anulación del contrato, del siguiente modo:

1. Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.
2. La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.
3. Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:
 - a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
 - b) el coste de obtener dicha información;
 - c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
 - d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

Por su parte, el artículo 1.300 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, trata el dolo de la siguiente forma:

1. Hay dolo cuando uno de los contratantes induce al otro a prestar su consentimiento con palabras o maquinaciones insidiosas o mediante la ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haberle comunicado.
2. Para que haga anulable el contrato, el dolo deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes.

(53) El artículo II 7:205 del *Draft Common Frame of Reference*, dispone que:

- «1. A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, of fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required the party to disclose.
2. A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and is intended to induce the recipient to make a mistake. A non-disclosure is fraudulent if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake.
3. In determining whether good faith and fair dealing required a party to disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:
 - a) whether the party had special expertise;
 - b) the cost to the party of acquiring the relevant information.
 - c) Whether the other party could reasonably acquire the information by other means; and
 - d) the apparent importance of the information to the other party».

3. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

De lo anterior, resulta que en función de la naturaleza del supuesto en cuestión, pueden coexistir varios remedios para situaciones en que una de las partes haya incurrido en un error.

LANDO y BEALE (54) cuando realizan el comentario al artículo 4:103 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos acerca del error, exponen gráficamente el siguiente ejemplo, y sus consideraciones al respecto:

«Ejemplo 2: El cedente de un inmueble utilizado por él hasta entonces como vivienda, afirmó ante un posible adquirente que en ese local podía instalarse un restaurante, lo que constituía el objetivo principal del “comprador”. El cedente había olvidado en realidad que existía la prohibición de utilizar dicha propiedad para fines distintos a los de vivienda sin el consentimiento del dueño, y el dueño niega su consentimiento. El adquirente puede anular el contrato.

Dependiendo de los hechos del caso, la parte que haya sufrido el error puede verse protegida por otros artículos:

- i) Si la declaración puede considerarse una promesa contractual conforme al artículo. 6:101 (55) (declaraciones de las que nacen las obligaciones contractuales), se aplicarán los medios de protección para casos de incumplimiento.

En los casos en que la declaración no alcance carácter de promesa contractual:

(54) Vid., *op. cit.*, pág. 328.

(55) El artículo 6:101 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, en cuanto a las Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales, establece lo siguiente:

1. Una declaración hecha por alguna de las partes antes o durante la conclusión del contrato, se debe considerar fuente de obligación contractual si la otra parte, lógicamente y de acuerdo con las circunstancias, así la entendió, teniendo en cuenta:
 - a) La importancia aparente de la declaración para la otra parte.
 - b) Si la parte formuló la declaración en el marco de una operación de negocios.
 - c) Y la experiencia profesional de cada una de las partes.
2. Si una de las partes es un proveedor profesional e informa sobre la calidad o el uso de los servicios, mercancías u otros bienes, ya sea al introducirlos en el mercado, y sea al hacer publicidad de los mismos o de cualquier otro modo con carácter previo a la conclusión del contrato, lo que declare al respecto será considerado fuente de una obligación contractual, menos que se demuestre que la otra parte sabía o no podía desconocer que lo manifestado era incorrecto.
3. Informaciones como las mencionadas y otros compromisos formulados por un representante, por una persona que hace publicidad de los servicios, mercancías u otros bienes del proveedor profesional o por una persona que se ocupa de los primeros contactos para llevar a cabo el negocio, serán consideradas fuente de las obligaciones contractuales a cargo del proveedor profesional, a no ser que éste ignorara o no tuviera motivos para conocer la información o el compromiso adquirido».

Vid. II artículo 9:101 y II 9:102 del *Draft Common Frame of Reference* al respecto.

- ii) si la otra parte se comportó de forma dolosa, la parte que haya sufrido el error tendrá la protección correspondiente a los supuestos de dolo conforme al artículo. 4:107 (dolo), o
- iii) si la otra parte no actuó de forma dolosa, la parte que sufrió el error tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios conforme al artículo 4:106 (información incorrecta), siempre que el error derive de una información incorrecta y que la parte que suministró esa información no tuviera motivos razonables para considerarla cierta.»

Por ello, la declaración realizada por las partes en el documento privado en el seno del proceso de adquisición de las acciones de la sociedad en cuyo activo se encontraba el hotel aluminoso, y que incomprensiblemente es desdeñada por el Tribunal Supremo desde un desacertado entendimiento de la doctrina de los motivos incorporados a la causa, podría considerarse bien como un caso de error (como de hecho ya se hizo por el propio Tribunal Supremo para un caso análogo expuesto, o sea, la compra del negocio de manantiales), o bien, como afirmó en su día DE CASTRO, y como de hecho consideramos que se puede sustentar dentro de las conclusiones que podemos extraer del proceso armonizador del Derecho Privado europeo, de las pretendidas reformas de nuestro Código Civil y de la evolución jurisprudencial sobre la materia, bien como un caso de incumplimiento contractual en función al objeto ideal de la adquisición, así como por poderse considerar dicho pacto privado por su alcance como propia parte integrante del contrato de compra-venta de acciones, y por tanto generador de responsabilidades.

Ello no es óbice, volvemos a incidir al respecto, para que en la redacción de este tipo de cláusulas y contratos de adquisición de empresas debamos extremar la precaución en cuanto a la atribución de los riesgos contractuales por las partes en relación con las declaraciones de las mismas no sólo efectuadas en el propio contrato, sino en el proceso negociador.

RESUMEN

*DERECHO SOCIETARIO
Y CONTRACTUAL
COMPRAVENTAS DE ACCIONES.
CAUSA Y OBJETO DEL CONTRATO*

La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2009, trata la cuestión de la causa subjetiva o motivos incorporados a la causa del contrato en un contrato de compraventa de la totalidad de acciones de una sociedad anónima, cuyo activo principal era un hotel con aluminosis. En este trabajo se lleva a cabo una valoración de los argumentos de dicha sentencia en relación con la referida causa subjetiva y sobre el objeto del mencionado contrato.

ABSTRACT

*CORPORATE AND CONTRACT
LAW SHARE PURCHASES.
CAUSE AND OBJECT OF
THE CONTRACT*

The Supreme Court's ruling of 21 December 2009 deals with the issue of the subjective cause or motives incorporated in the cause of a contract to purchase all shares in a corporation whose primary asset was a hotel built with high-alumina cement concrete. This paper evaluates the arguments in the said ruling in connection with the aforesaid subjective cause and the object of the aforementioned contract.

3. URBANISMO

LA EQUIDISTRIBUCIÓN Y LA AFECCIÓN DE FINCAS A LA GESTIÓN URBANÍSTICA

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESOLUCIÓN DE 17 DE OCTUBRE DE 2009, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, EN EL RECURSO INTERPUESTO POR EL AYUNTAMIENTO DE PEDRO MUÑOZ (CIUDAD REAL), CONTRA LA NOTA DE CALIFICACIÓN DE LA REGISTRADORA DE LA PROPIEDAD DE ALCÁZAR DE SAN JUAN, NÚMERO 2, POR LA QUE SE DENIEGA LA INSCRIPCIÓN DE UNA ANOTACIÓN DE EMBARGO.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA NOTA MARGINAL DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. 3. LA AFECCIÓN REAL DE LAS FINCAS DE RESULTADO AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE URBANIZAR. 4. CONCLUSIÓN.

I. HECHOS

Primero.—Mediante expediente administrativo seguido por el Ayuntamiento de Pedro Muñoz (Ciudad Real), contra la entidad mercantil «P. L. E. de P. M., S. L.», se decretó el embargo sobre una finca a ella perteneciente.

Segundo.—Presentado mandamiento de embargo en el Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos: El día 4 de diciembre de 2008, se presentó —Asiento 497 del Diario 201—, mandamiento librado el día 27 de noviembre de 2008, dimanante de procedimiento administrativo de apremio seguido contra la entidad P. L. E. de P. M., S. L., por débitos al Ayuntamiento de Pedro Muñoz en el que se ordena tomar anotación preventiva de embargo sobre la finca registral 21.129 del término de Pedro Muñoz. Consta en el citado mandamiento que la diligencia de embargo “se notificará” al obligado al pago. La finca figura inscrita en este Registro a nombre de M. P. A., S. L. Fundamentos de derecho: Esta nota de calificación se extiende por la Registradora titular de esta Oficina competente por razón del territorio donde radica la finca, en el ámbito de sus facultades de calificación previstas en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 y siguientes de su Reglamento. En cuanto al fondo de la cuestión, se observan los siguientes defectos: 1. La finca figura inscrita a favor de persona distinta de aquella contra la que se dirige el procedimiento. Artículo 20 LH, 140 LH. Principio de tracto sucesivo. 2. Falta de notificación de la diligencia de embargo al deudor. Artículos 73.3, 85 y 86 del Reglamento General de Recaudación, de 29 de julio de 2005 y 99 M. 3. No contener el mandamiento certificación de la providencia de apremio. Artículos 85 y 86 RGR, de 29 de julio de 2005 y 99 RH. Siendo el defecto relacionado con el

número 1 INSUBSANABLE, se DENIEGA el despacho del documento calificado. Contra la presente (...). Alcázar de San Juan. 24 de diciembre de 2008. La Registradora».

Tercero.—Contra la anterior nota de calificación, el Ayuntamiento de Pedro Muñoz (Ciudad Real) interpone recurso en virtud de escrito de fecha 29 de enero de 2009, en base, entre otros, a los siguientes argumentos: que aunque las anotaciones de embargo han sido denegadas por falta de tracto sucesivo por resultar las mismas inscritas a nombre de personas distintas, debe tenerse en cuenta la afección real de las fincas al pago de los gastos de urbanización; de conformidad con el artículo 129.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha; el artículo 1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, una vez definidas las cuotas de urbanización, la Administración puede dar traslado al Registro del proyecto de urbanización, reparcelación o convenio, donde se hayan establecido las cuotas correspondientes de forma que queden afectadas las fincas a las cuotas. Que por lo tanto, es indiscutible la afección real de las parcelas y la subrogación que por ministerio de la ley se produce respecto del nuevo adquirente si la finca se transmite.

Cuarto.—La Registradora emitió informe el día 11 de febrero de 2009, mantuvo su calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 20 de la Ley Hipotecaria; artículo 129.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha; artículos 1 y 19 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, y la Resolución de esta Dirección General, de 24 de marzo de 2007.

Primero.—La Registradora señala tres defectos en la nota de calificación, sin que en el recurso se alegue nada con relación al segundo y tercero de ellos, que deben entenderse confirmados. Queda limitado el recurso al primero de los defectos y por tanto a determinar si es posible tomar anotación preventiva de embargo por incumplimiento del pago de gastos de urbanización, en procedimiento administrativo de apremio dirigido contra quien ya no es titular registral. El Ayuntamiento entiende que es posible, dada la afección real de las fincas al pago de esos gastos de urbanización, con independencia de quien sea propietario de la finca y por tanto aunque no se haya dirigido el procedimiento al actual titular registral.

Segundo.—Dispone el artículo 129 del Real Decreto Legislativo 1/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, al regular la ejecución de actuaciones urbanizadoras en régimen de obras públicas ordinarias, lo siguiente: «1. Para la ejecución de la ordenación detallada del suelo urbano en municipios que no cuenten con Plan de Ordenación Municipal y, con carácter general, cuando no esté prevista en el planeamiento de ordenación territorial y urbanística, ni sea precisa la delimitación de unidades de actuación urbanizadora, la actividad de ejecución de aquél se llevará a cabo mediante obras públi-

cas ordinarias, de acuerdo con la legislación que sea aplicable por razón de la Administración pública actuante. 2. El suelo preciso para las dotaciones se obtendrá en el supuesto previsto en el número anterior por: *a)* Cesión obligatoria y gratuita, en virtud, en su caso, de reparcelación. *b)* Cesión en virtud de convenio urbanístico. *c)* Expropiación. 3. El coste de las obras públicas que sean de urbanización conforme a esta Ley se sufragará por los propietarios mediante pago de las correspondientes cuotas de urbanización, cuya cuantía deberá ser fijada en la reparcelación o convenio urbanístico o, en su defecto, en el Proyecto de Urbanización. Las fincas o parcelas correspondientes quedarán afectas, con carácter real, al pago de las cuotas a que se refiere el párrafo anterior».

De este precepto se deduce claramente que el coste de las obras públicas que sean de urbanización se sufragan por los propietarios mediante pago de las correspondientes cuotas de urbanización, cuya cuantía tiene que ser fijada en la reparcelación o convenio urbanístico o, en su defecto, en el Proyecto de Urbanización; sólo en este momento las fincas o parcelas correspondientes quedan afectas, con carácter real, al pago de las cuotas.

Tercero.—En efecto desde el mismo momento en que conforme al planeamiento existe delimitada una unidad de actuación urbanística, nace la obligación de los propietarios a llevar a efecto las cesiones obligatorias y gratuitas impuestas por la legislación del suelo (cfr. art. 46 del Reglamento de Gestión Urbanística). No es necesario, por tanto, llegar a la aprobación del instrumento de equidistribución para que en el Registro pueda constar la afección de los terrenos al cumplimiento de esta obligación, siempre que se solicite la correspondiente certificación de titularidad y cargas y se haga constar por nota marginal (cfr. Resolución de 24 de marzo de 2007).

Por el contrario, para que las fincas queden afectas con carácter real al pago de los gastos de urbanización sí es necesario que se inscriban al instrumento de equidistribución. Así resulta del artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, que regula la afección de las fincas de resultado al cumplimiento de la obligación de urbanizar. Según este artículo: «quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección. Dicha afección se inscribirá en el Registro de acuerdo con las siguientes reglas: 1.^ª En la inscripción de cada finca de resultado sujeta a la afección se hará constar lo siguiente: *a)* Que la finca queda afecta al pago del saldo de la liquidación definitiva de la cuenta del proyecto. *b)* El importe que le corresponda en el saldo de la cuenta provisional de la reparcelación y la cuota que se le atribuya en el pago de la liquidación definitiva por los gastos de urbanización y los demás del proyecto, sin perjuicio de las compensaciones procedentes, por razón de las indemnizaciones que pudieren tener lugar. 2. En caso de incumplimiento de la obligación de pago resultante de la liquidación de la cuenta, si la Administración optase por su cobro por vía de apremio, el procedimiento correspondiente se dirigirá contra el titular o titulares del dominio y se notificará a los demás que

lo sean de otros derechos inscritos o anotados sujetos a la afección. Todo ello sin perjuicio de que en caso de pago por cualesquiera de estos últimos de la obligación urbanística, el que la satisfaga se subrogue en el crédito con facultades para repetir contra el propietario que incumpla, como resulta de la legislación civil, lo cual se hará constar por nota marginal».

Cuarto.—En el supuesto de hecho que nos ocupa, no se han inscrito aún los correspondientes instrumentos de equidistribución previstos en la legislación autonómica para determinar los gastos de urbanización en función de los cuales quedan afectas las fincas con carácter real.

Quinto.—Pero es que, además, el hecho de que existiera una afección real al pago de los gastos de urbanización —que ya hemos visto aquí no se produce— no exime de la necesidad de llamar al procedimiento al titular registral en el momento de la anotación, como consecuencia del principio de tracto sucesivo proclamado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que es una manifestación en sede registral del principio constitucional de tutela judicial efectiva.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 17 de octubre de 2009.

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO

Se plantea en el caso resuelto por la Dirección General la distinción entre la «afección» (como la denominaba el art. 169 del Reglamento de Gestión Urbanística, relativo al sistema de compensación) de las fincas incluidas en un expediente de equidistribución al cumplimiento de las obligaciones inherentes al mismo y la afección de las fincas de resultado al cumplimiento de la obligación legal de urbanizar.

Desde el punto de vista registral, el Real Decreto 1093/1997, por el que se dictan Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística contempla la primera de ellas en sus artículos 5 y 14 y siguientes, y la segunda, en los artículos 19 y 20.

En una primera aproximación al tema, la primera diferencia que salta a la vista es la relativa a la forma en que tales referencias acceden al Registro: la citada en primer lugar se hace constar en el folio de la finca de origen o finca aportada al expediente de equidistribución y mediante una nota marginal (llamada tradicionalmente «nota de afección»), en tanto que la segunda figura en el folio de la finca de resultado y en el propio cuerpo de la inscripción. Por tanto, aquélla se practica en el momento inicial del procedimiento repartidorio y la segunda, al final del mismo.

En el supuesto contemplado por la Resolución que comentamos, el Ayuntamiento parece confundir ambas figuras al aducir en su recurso contra la califi-

cación negativa del registrador que, practicada la nota marginal de iniciación del procedimiento, las fincas se encuentran afectas con carácter real al pago de las obras de urbanización. Frente a ello, la Dirección General aclara que esa afección real no se produce por la nota inicial, sino por la inscripción del proyecto de compensación, reparcelación o, en general, de equidistribución.

Por tanto, los efectos de la nota marginal sobre la finca de origen y los de la constancia sobre la de resultado de la afección real a los gastos de urbanización son radicalmente diferentes.

2. LA NOTA MARGINAL DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A ella se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, que establece lo siguiente:

«Artículo 5. Nota marginal de iniciación del procedimiento:

1. A requerimiento de la Administración o de la entidad urbanística actuante, así como de cualquiera otra persona o entidad que resulte autorizada por la legislación autonómica aplicable, el Registrador practicará la nota al margen de cada finca afectada expresando la iniciación del procedimiento y expedirá, haciéndolo constar en la nota, certificación de dominio y cargas. En la solicitud constarán las fincas, porciones o derechos de aprovechamiento, afectados a la unidad de ejecución. Cuando se trate de unidades sujetas al sistema de compensación, para la práctica de la nota marginal citada bastará que haya sido otorgada la escritura pública de constitución de la entidad.
2. La nota marginal tendrá una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora.
3. Cuando con posterioridad a la nota se practique cualquier asiento en el folio registral, se hará constar en la nota de despacho del título correspondiente el contenido de la misma.
4. La nota practicada producirá, en todo caso, los efectos previstos en los artículos 14 y siguientes».

Al iniciarse el expediente, es imprescindible obtener la información necesaria sobre la realidad física y jurídica de las fincas afectadas por él, ya que sólo así puede cumplirse la distribución equitativa de cargas y beneficios derivados del planeamiento exigida por la legislación urbanística, como manifestación del principio constitucional de igualdad. Por tanto, es evidente que la primera actuación que debe llevar a cabo la Administración o la entidad urbanística actuante (o el urbanizador o, en general, la persona o entidad autorizada) debe ser solicitar al Registro de la Propiedad la expedición de certificación de dominio y cargas de todas las fincas incluidas en la unidad de actuación. El registrador, al expedir la certificación hace constar esta circunstancia por medio de nota al margen de todas las fincas afectadas. Pero no es ese el único contenido de la nota marginal, sino que del mismo precepto transcrito resulta que en ésta también se hace constar «la iniciación del procedimiento». Así pues, la nota marginal tiene como primer efecto fundamental poner en conocimiento de eventuales terceros que la finca cuyo contenido registral consultan se encuentra afectada por el expediente que va a dar lugar,

en su momento, a la sustitución de esa finca de origen por una nueva finca, denominada de resultado, o incluso a la expropiación forzosa de la misma, por ejemplo, por no adhesión de su titular a la Junta de Compensación que, en su caso, se constituya.

Como se ve, el artículo 5 del Real Decreto de 1997 no habla de afección real alguna al regular la nota marginal de iniciación del procedimiento, a diferencia de lo que sucede con la inscripción de las fincas de resultado con los requisitos del artículo 19 del mismo Real Decreto, que después veremos.

El Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 parecía minimizar los efectos de la nota marginal en sus artículos 102 y 169, al expresar que la misma «solamente producirá el efecto de que los interesados que hagan constar su derecho en el Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente. No obstante, si se personaren en el mismo, seguirán con ellos las sucesivas actuaciones».

En el momento inicial del expediente, la nota marginal tan sólo da noticia de la existencia del procedimiento de gestión urbanística advirtiéndolo así de sus posibles consecuencias. Pero con ello no se agotan sus efectos: luego veremos los que despliega a la hora de redactar el proyecto (en cuanto a las notificaciones que hayan de hacerse y a los adjudicatarios de las fincas de resultado) y en el momento de su presentación en el Registro para su inscripción (art. 14 y sigs. del Real Decreto).

La Resolución objeto de estas líneas añade que: «desde el mismo momento en que conforme al planeamiento existe delimitada una unidad de actuación urbanística, nace la obligación de los propietarios a llevar a efecto las cesiones obligatorias y gratuitas impuestas por la legislación del suelo (cfr. art. 46 del Reglamento de Gestión Urbanística). No es necesario, por tanto, llegar a la aprobación del instrumento de equidistribución para que en el Registro pueda constar la afección de los terrenos al cumplimiento de esta obligación, siempre que se solicite la correspondiente certificación de titularidad y cargas y se haga constar por nota marginal (cfr. Resolución de 24 de marzo de 2007)». Por su parte, el artículo 16.2 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo comprende como deberes a los que están «afectados, con carácter de garantía real» todos los terrenos incluidos en una actuación de transformación urbanística, no sólo el deber de costear y, en su caso, ejecutar las obras de urbanización, sino también las cesiones gratuitas de suelo a la Administración.

Pero la verdadera aportación o novedad introducida por el Real Decreto de 1997, en cuanto a los efectos de la nota marginal de iniciación del procedimiento, es la contemplada en sus artículos 14 y siguientes (luego recogida en términos generales por el vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo) que, pese a su confusa redacción, ha permitido eliminar uno de los principales obstáculos que tradicionalmente obstaculizaban la inscripción del proyecto de reparcelación o compensación: la falta de correspondencia entre el titular registral de la finca aportada y la persona a la que el proyecto adjudicaba la finca o fincas de resultado que habían de sustituir aquélla. El problema surgía cuando, con posterioridad a la fecha de la expedición de dominio y cargas y de la práctica de la nota marginal de iniciación del procedimiento, alguna de las fincas de origen era transmitida por el titular registral y el adquirente inscribía su título sin ponerlo en conocimiento de la Administración actuante o de la Junta de Compensación o entidad urbanística colaboradora. En tales supuestos, el proyecto, ignorando la existencia del nuevo titular registral, no podía sino adjudicar la finca de resultado a su transmitente, que es el que

figuraba como propietario en la certificación registral. Al no adoptarse por el Derecho Urbanístico alternativa alguna, el principio de tracto sucesivo paralizaba todo el expediente al imposibilitar la inscripción del proyecto.

Para salvar este obstáculo, el legislador de 1997 aprovechó las ventajas de la publicidad registral para idear un sistema de cancelaciones formales de los asientos posteriores a la fecha de la nota marginal. El sistema ideado consiste en hacer pesar exclusivamente sobre el adquirente que no observaba la diligencia de comunicar su adquisición al órgano actuante o a la entidad colaboradora las consecuencias de tal omisión, impidiendo de este modo que ésta contaminara la marcha del expediente de gestión urbanística. De este modo, si el proyecto adjudica la finca al que era titular, según la certificación de dominio y cargas, y al presentarse en el Registro resulta que dicho titular transmitió la finca a un tercero, la finca o fincas de resultado correspondientes se inscribirán a favor de aquél. El expediente se salva mediante la cancelación de los asientos posteriores al adjudicatario.

Ahora bien, esta cancelación es meramente «formal», de modo que el propio Real Decreto facilita la «reactivación» o «reviviscencia» de las titularidades canceladas a través de varios mecanismos, como la mera instancia ante el registrador si hay plena correspondencia entre la finca de origen y la de resultado; en otro caso, se necesita el consentimiento de todos los afectados formalizada en escritura pública rectificativa; en último término, a falta de ese consentimiento, se necesita acuerdo firme de la Administración actuante, todo con los requisitos del artículo 17.

3. LA AFECCIÓN REAL DE LAS FINCAS DE RESULTADO AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE URBANIZAR

Es una verdadera afección real que se regula en el artículo 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997, del siguiente tenor:

«Artículo 19. De la afección de las fincas de resultado al cumplimiento de la obligación de urbanizar:

Quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección. Dicha afección se inscribirá en el Registro de acuerdo con las siguientes reglas:

1. En la inscripción de cada finca de resultado sujeta a la afección se hará constar lo siguiente:
 - a) Que la finca queda afecta al pago del saldo de la liquidación definitiva de la cuenta del proyecto.
 - b) El importe que le corresponda en el saldo de la cuenta provisional de la reparcelación y la cuota que se le atribuya en el pago de la liquidación definitiva por los gastos de urbanización y los demás

del proyecto, sin perjuicio de las compensaciones procedentes, por razón de las indemnizaciones que pudieren tener lugar (...)».

Esta disposición pone de relieve la diferencia fundamental entre la nota marginal de inicio del procedimiento y la verdadera afección de la finca al pago de la urbanización: la primera es un asiento primordialmente de publicidad (aunque con los importantes efectos que hemos visto), en tanto que esta afección excede de la mera publicidad, al constituir una auténtica garantía del pago del saldo de la liquidación definitiva de los gastos de urbanización.

A pesar de estas diferencias, GARCÍA GARCÍA (1) señala que se podría plantear una cierta conexión entre la nota marginal de publicidad sobre las fincas de origen y la inscripción de la afección sobre las fincas de resultado, en el sentido de que todos los titulares posteriores a la nota marginal de iniciación del expediente no tienen que ser notificados de éste, y a pesar de todo, en virtud de la nota, quedan afectos al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema, entre ellas, las de pago de cantidades dinerarias del saldo de la cuenta de liquidación.

En cuanto a los efectos de esta afección, el mismo artículo 19 completa su régimen jurídico del modo siguiente:

- «2. En caso de incumplimiento de la obligación de pago resultante de la liquidación de la cuenta, si la Administración optase por su cobro por vía de apremio, el procedimiento correspondiente se dirigirá contra el titular o titulares del dominio y se notificará a los demás que lo sean de otros derechos inscritos o anotados sujetos a la afección. Todo ello sin perjuicio de que en caso de pago por cualesquiera de estos últimos de la obligación urbanística, el que la satisfaga se subrogue en el crédito con facultades para repetir contra el propietario que incumpla, como resulta de la legislación civil, lo cual se hará constar por nota marginal.
3. No será necesaria la constancia registral de la afección cuando del proyecto de equidistribución resulte que la obra de urbanización ha sido realizada y pagada o que la obligación de urbanizar se ha asegurado mediante otro tipo de garantías admitidas por la legislación urbanística aplicable.
4. En el proyecto podrá establecerse, con los requisitos que en cada caso exija el órgano actuante, que la afección no surta efectos respecto de acreedores hipotecarios posteriores cuando la hipoteca tuviera por finalidad asegurar créditos concedidos para financiar la realización de obras de urbanización o de edificación, siempre que, en este último caso, la obra de urbanización esté garantizada en su totalidad».

La afección está sujeta al plazo de caducidad previsto en el artículo 20, de siete años desde su fecha. No obstante, si durante su vigencia se hubiera elevado a definitiva la cuenta provisional de liquidación del proyecto de reparcelación o compensación, dicha caducidad tendrá lugar por el transcurso de dos años, a contar de la fecha de la constatación en el Registro de la Propiedad del saldo definitivo, sin que, en ningún caso, pueda el plazo exceder de siete años desde la fecha originaria de la afección.

(1) José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo V, Civitas, 1999, pág. 182.

Además, el apartado 2.º del mismo artículo 20 contempla la posibilidad de cancelación de la afección incluso antes de su fecha de caducidad:

- «a) En caso de reparcelación, a instancia de cualesquiera de los titulares del dominio u otros derechos sujetos a la misma, acompañando a la solicitud certificación del órgano actuante expresiva de haber sido satisfecha la cuenta de la liquidación definitiva referente a la finca de que se trate.
- b) En caso de compensación, cuando a la instancia del titular se acompañe certificación del órgano actuante expresiva de haber sido recibida la obra de urbanización y, además, cuando se hubiese constituido Junta de Compensación, certificación de la misma acreditativa del pago de la obligación a favor de la entidad urbanística.
- c) La regla contenida en el párrafo b) que antecede, se aplicará en todos los casos en los que la legislación urbanística atribuya la obligación de realizar materialmente la urbanización a los administrados».

4. CONCLUSIÓN

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de octubre de 2009, impide la práctica de anotación preventiva de embargo por incumplimiento del pago de gastos de urbanización, entre otras razones, por entender que, aun habiéndose practicado la nota marginal de iniciación del procedimiento, en tanto no se produzca la inscripción del proyecto de equidistribución no surge la afección real de las fincas al pago de esos gastos de urbanización.

La nota marginal de iniciación deja constancia de que las fincas de origen quedan afectas (en el sentido extrajurídico de estar vinculadas) al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de actuación, como decía la Ley del Suelo de 1976. Serán, en su momento, las fincas de resultado las que estarán sujetas, con el carácter de afección real (en sentido jurídico), al pago de las cuotas de urbanización, como consecuencia de la inscripción del proyecto.

RESUMEN

REGISTRO DE LA PROPIEDAD AFECCIÓN DE FINCAS

La Resolución que se comenta distingue claramente entre la afección de las fincas de origen al cumplimiento de los deberes inherentes al sistema de actuación urbanística elegido y la afección de las fincas de resultado al cumplimiento de la obligación de urbanizar.

ABSTRACT

PROPERTY REGISTRY PROPERTY ENCUMBRANCE

The decision commented on in this article distinguishes clearly between the encumbrance of properties originating from compliance with duties inherent in the chosen system of urban planning and the encumbrance of properties as a result of compliance with the obligation to develop land.

4. PENAL

JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES (1)

por

ÁLVARO JOSÉ MARTÍN MARTÍN
Registrador Mercantil y de Bienes Muebles

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TEXTOS VIGENTES.—III. CONCEPTO DOCTRINAL.—IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TIPIFICACIÓN PENAL DEL BLANQUEO.—V. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LOS TIPOS PENALES.—VI. COMISION POR IMPRUDENCIA Y SUJETOS OBLIGADOS.—VII. CONSIDERACIONES SOBRE EL COMISO.—VIII. INVESTIGACIÓN CRIMINAL/TUTELA JUDICIAL.—IX. *NON BIS IN IDEM*.

I. INTRODUCCIÓN

1. La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 29 de abril de 2010, contiene la novísima regulación de carácter estatal sobre la materia e introduce una novedad de especial importancia para los Registradores al atribuirnos la condición de sujetos obligados en el artículo 2.1.n).

2. Interesa precisar desde este momento que dicha nueva Ley no constituye objeto de este estudio porque, sin perjuicio de expresar mi criterio en la Comisión Colegial que se ocupa de la materia, es de interés que los primeros pasos de su aplicación en el ámbito registral sean presididos por las orientaciones que sean aprobadas por los órganos colegiales, dado que se trata de una materia en que es fundamental una cooperación institucional articulada sobre la base de que Registradores y autoridades administrativas, en particular SEPBLAC, actuemos con plena armonía.

3. Lo anterior no priva de interés al conocimiento de la doctrina jurisprudencial que los Tribunales Penales, en particular la Sala II del Tribunal Supremo han dictado sobre la materia porque así como en otros campos, como el fiscal, los procedimientos administrativos tienen cuantitativamente mucha mayor importancia que los de naturaleza penal, en el terreno del blanqueo de capitales o financiación del terrorismo la preferencia consagrada en el artículo 62.3 de la nueva Ley 10/2010 de la Jurisdicción sobre la Administración tiene un campo abonado de aplicación.

4. Soy consciente de que al optar por una transcripción literal de los textos seleccionados en vez de resumir con mis propias palabras el contenido de las sentencias, el estudio alcanza una extensión mayor del inicialmente previsto. También reconozco que algunos pronunciamientos recogidos repiten

(1) Este trabajo es una reelaboración del que preparé en 2007 para uso interno de la Comisión Colegial que, bajo la dirección de Jose Miguel Masa Burgos, se constituyó para organizar el Centro Registral Anti-Blanqueo y a él está dedicado con todo mi afecto.

ideas y conceptos. No obstante creo que es útil permitir al lector que se forme su propio criterio a partir de los textos originales, que, en todo caso, son una mínima parte de las sentencias estudiadas, cuya extensión supera ampliamente a las que suele estudiar la Sala de lo Civil. En todo caso he procurado subrayar con letra cursiva aquellos aspectos sobre los que interesa llamar la atención.

5. Sirva de preámbulo la siguiente frase de la sentencia número 960/2008, de 26 de diciembre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), (RJ 2009/1378) (2):

«La lucha contra el blanqueo de capitales es hoy una de las preocupaciones preferentes de política criminal a nivel no sólo europeo sino también mundial».

II. TEXTOS VIGENTES

6. Interesa transcribir los textos vigentes del Código Penal sobre la materia:

ARTÍCULO 301 [BLANQUEO]

1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provienen los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.

(2) Los marginales citados permiten localizar los textos originales en westlaw.es

ARTÍCULO 302 [AGRAVACIÓN POR EJECUCIÓN EN ORGANIZACIONES]

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, y podrán decretar, así mismo, alguna de las medidas siguientes:

- a) La aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.
- b) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

ARTÍCULO 303 [CUALIFICACIÓN POR DETERMINADOS CARGOS, PROFESIONES U OFICIOS]

Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

ARTÍCULO 304 [ACTOS PREPARATORIOS]

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigarán, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados (3).

(3) El nuevo Código Penal que se está discutiendo en este momento (mayo de 2010) en el Senado contiene, por ahora, las siguientes novedades (en cursiva lo nuevo):

Se modifica el apartado 1 del artículo 301, que queda redactado como sigue:

«1. El que adquiera, *posea, utilice*, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en *una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona*, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y

7. Por su parte el artículo 1 de la nueva Ley define el blanqueo de la siguiente forma:

2. A los efectos de la presente Ley, se considerarán blanqueo de capitales las siguientes actividades:

- a) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
- b) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- c) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- d) La participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.

Existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes.

A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con

multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI».

Se modifica el apartado 2 del artículo 302, que queda redactado como sigue:

«2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:

- a) *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
- b) *Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.*

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66.bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes se hubieran desarrollado en el territorio de otro Estado.

III. CONCEPTO DOCTRINAL

8. La sentencia de 29 de mayo de 2006 de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de León (*JUR* 2006/206234). (Ponente: don Luis Adolfo MAYO MAYO) dice: «Los términos “blanqueo de dinero” o “blanqueo de capitales” sirven para designar aquellas conductas orientadas a la incorporación al tráfico económico legal de los bienes o dinero igualmente obtenidos, o si se prefiere a dar apariencia de licitud al producto o beneficio procedente del delito. Más concretamente, un sector de esta doctrina lo define como «el procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas, son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardides tan heterogéneos como tácticamente hábiles»; otro sector lo conceptúa como «la reconducción de ese capital obtenido como consecuencia de delitos, al sistema económico financiero oficial, de tal forma que pueda incorporarse a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita y tributariamente correcta», o más sencillamente, para otros, «al hablar de lavado de dinero se hace referencia a la actividad por la cual se invierte el dinero proveniente de una actividad ilícita en una lícita, para tratar de ocultar el origen de ese dinero». La Real Academia de la Lengua viene definiendo el término «blanquear» como «ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables». Definiciones todas ellas que podrían llevarnos a concluir que el *blanqueo*, *lavado* o *reciclaje* (término este último utilizado por la doctrina italiana), *supone un proceso, es decir, la práctica de una sucesión de operaciones puntuales (cambios de divisas, transferencias bancarias, adquisición de inmuebles, constitución o utilización de sociedades, etc...) a través de las cuales se oculta la existencia de ingresos o la ilegalidad de su procedencia o de su destino, con el fin de simular su auténtica naturaleza y así conseguir que parezcan legítimos*; de tal forma que, algunos autores llegan a distinguir tres fases o etapas bien diferenciadas dentro de este proceso: *la primera, fase de colocación*, estaría destinada a hacer desaparecer la enorme cantidad de dinero en metálico derivado de actividades ilegales mediante el depósito del mismo en manos de intermediarios financieros, adquisición de títulos al portador, etc...; una segunda etapa, *fase de conversión*, constituida por aquellas operaciones tendentes a asegurar en lo posible el distanciamiento de esos bienes respecto de su origen ilícito; y finalmente, la tercera fase, *fase de integración*, en la que la riqueza obtendría la máscara de licitud mediante la introducción en los cauces económicos regulares.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TIPIFICACIÓN PENAL DEL BLANQUEO

9. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 16/2009, de 27 de enero (RJ 2010/661).

Como esta Sala ha dicho en sentencias 483/2007 de 4-6 (RJ 2007/4743), 266/2005 de 1-3 (RJ 2005/3859), 202/2006 de 2-3 y 506/2006 de 10-5 (RJ 2006/3640), remitiéndose a las sentencias 649/96 de 7-12, 356/99 de 15-4 y 1637/1999 de 10-1 (RJ 2000/433), entre otras, el artículo 546 bis f), antecedente del actual artículo 301 CP 1995, fue introducido en nuestra legislación como novedad rigurosa por la LO 1/88, de 24 de marzo (RCL 1988/655), «con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas», pretendiendo «incriminar esas conductas que vienen denominándose blanqueo de dinero de ilícita procedencia», como literalmente señalaba la Exposición de Motivos.

La técnica inicialmente adoptada por el legislador fue la *de adaptar el delito de receptación*, que ya aparecía definido en el artículo 546 bis a), a las nuevas necesidades de punición, *refiriéndolo*, no a los delitos contra los bienes objeto de la citada receptación genérica, sino a los delitos de tráfico de drogas de los artículos 344 a 344 bis b) (RCL 1973/2255), con las ampliaciones que se estimaron precisas, de modo que en esta nueva figura del delito la acción de aprovechamiento podía realizarse no sólo en favor del sujeto activo de la infracción [«para sí», decía el art. 546 bis a)], sino también en beneficio de un tercero y, por otro lado, podían ser objeto de aprovechamiento los mismos efectos del delito receptado o las ganancias que con tales efectos hubieran podido obtenerse.

Esta voluntad de ampliación de la punición penal a conductas antes atípicas, a fin de disponer de una nueva arma en la lucha contra el tráfico de drogas, puesta de manifiesto de modo unánime por nuestra doctrina penal y también por la jurisprudencia de esta Sala que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el delito definido en el artículo 546 bis f) [sentencias de 4 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6022), 5 de octubre de 1992 (RJ 1992/7726), 27 de diciembre de 1993, 16 de junio de 1993, 21 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7076) y 28 de octubre de 1994 (RJ 1994/9076)], ofrece un criterio de amplitud en la interpretación de esta norma penal, que debe ser aplicado, en cualquier caso, dentro de los límites que impone el respeto al principio de legalidad.

Esta inicial punición del blanqueo seguía la tendencia internacional y, entre otras, las Recomendaciones del Consejo de Europa, de 27 de junio de 1980, y del Parlamento Europeo, de 9 de octubre de 1996. Asimismo, tras la Convención de las Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 (RCL 1990/2309), cuyo artículo 3 imponía a los Estados firmantes la obligación de introducir en sus ordenamientos penales preceptos que castigaran el blanqueo o lavado de dinero procedente del narcotráfico se incorporaron los artículos 344 bis h) e i). Y, tras la Convención del Consejo de Europa, de 9 de noviembre de 1990, *se amplía la tipología de delitos de los que puede provenir el dinero ilícito* [siguiendo asimismo la Directiva 91/308 del Consejo UE (LCEur 1991, 718)], dando lugar a los actuales artículos 301 a 304 del Código Penal de 1995 (RCL 1995/3170 y RCL 1996/777), reformado en parte por la LO 15/2003, de 25-11 (RCL 2003/2744 y RCL 2004/695, 903), no aplicable a los presentes hechos dada la fecha de su comisión.

Pues bien, *el artículo 301 CP, en su redacción anterior a la LO 15/2003, de 25-11*, describe una variedad de conductas integradoras del tipo objetivo:

1. Adquirir, convertir o transmitir bienes sabiendo que provienen de la realización de un delito grave (art. 301.1 CP).

Esta modalidad tipifica *comportamientos genuinos de blanqueo* que son, como destaca la doctrina, los encaminados a introducir los bienes de ilícita procedencia en el mercado legal. A través de la adquisición se incorporan bienes al patrimonio propio, ya sea el título de adquisición oneroso o gratuito. Conversión equivale a transformación de bienes en otros distintos, mientras que la transmisión supone lo contrario de la adquisición, es decir, extraer bienes de su patrimonio para integrarlo en el de un tercero.

2. Realizar actos que procuren ocultar o encubrir ese origen (núm. 1, artículo ya citado).

Se trata, en realidad, de una conducta de *favorecimiento real propia del encubrimiento* (art. 451.2) con el que entraría en concurso de normas. *La mención «cualquier otro acto» es poco respetuosa con el principio de seguridad jurídica y la certidumbre y taxatividad que demanda la legalidad penal en su cumplimiento de tipicidad.* Los actos típicos son autónomos respecto a la modalidad precedente y han de ser idóneos al fin de que se trata. *Pueden consistir en un hacer o en una omisión, si bien en este segundo caso el omitente habría de ser destinatario de un deber jurídico de actuar impuesto legal o reglamentariamente* [arts. 2 y 3 de la Ley 19/93 de 28-12 (RCL 1993/3542), modificada por Ley 19/2003 de 4-7 (RCL 2003/1708), sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y su Reglamento aprobado por Real Decreto 925/95 de 9-6 (RCL 1995/1963, 2153/2976), modificado por Real Decreto 54/2005 de 25-1 (RCL 2005/140, 160)].

3. Realizar (cualquier otro acto), *para ayudar* a quien ha realizado la infracción o delito base (que ha de ser grave) *a eludir las consecuencias* de sus actos (núm. 1 del artículo citado).

De nuevo se tipifica una conducta de encubrimiento, ahora personal, por lo que entra en concurso de normas con el artículo 451.3, a resolver conforme el criterio de la alternatividad (art. 8.4).

4. Ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos a sabiendas de su procedencia ilícita (núm. 2 del art. 301 CP).

Se tipifica ahora la denominada «receptación del blanqueo», por lo que la conducta no recae sobre los bienes procedentes del previo delito, sino sobre los que ya han sido objeto de alguno de los actos de blanqueo descritos con anterioridad, lo que exige que tales bienes hayan experimentado ya alguna transformación.

10. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia número 428/2006, de 30 de marzo (RJ 2006/2323).

Tiene declarado esta Sala sobre la figura delictiva que examinamos —cfr. sentencias 1501/2003, de 19 de diciembre (RJ 2004/2128) y 1293/2001, de 28 de julio (RJ 2001/8334)—, que aunque los textos legales no contienen propiamente definiciones del blanqueo de capitales, podemos extraer una aproximación de la tipificación que tales textos hacen de las conductas objeto de los mismos; así, a nivel internacional, el artículo 3.1.c) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psico-

tropicas, de 20 de diciembre de 1988 (RCL 1990/2309) (Convención de Viena); el artículo 6 del Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito, de 8 de noviembre de 1990 (RCL 1998/2531) (Convenio de Estrasburgo) o el artículo 1 de la Directiva 91/308/CEE de la Unión Europea, de 10 de junio de 1991 (LCEur 1991/718), y en el Derecho español debemos mencionar tanto el artículo 1.1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre (RCL 1993/3542) (hoy modificado por la Ley 19/2003, de 4 de julio [RCL 2003/1708]) sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, y el artículo 301 del vigente Código Penal (RCL 1995/3170 y RCL 1996/777). *De este modo nos es muy útil señalar la definición que del blanqueo de capitales hace la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, su artículo 1.2* señala: «a los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades enumeradas en el apartado anterior (narcotráfico, terrorismo o delincuencia organizada que hoy se conforma, en la nueva redacción, como «procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años») o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen, o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otros Estados». *Definición, en definitiva, llevada al nuevo Código Penal. El legislador penal con la aprobación del nuevo Código Penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre [RCL 1995/3170 y RCL 1996/777]), introduce ahora un único tratamiento punitivo, artículos 301 a 304, lo ubica en el Capítulo XIV bajo la rúbrica «De la receptación y otras conductas afines»; delimita los delitos de encubrimiento, de receptación y de blanqueo, ampliando el castigo a todos los delitos graves, y no sólo a los que tienen su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas; introduce su posible comisión por imprudencia grave o temeraria; proclama el principio de universalidad o de justicia mundial, conforme al cual se establece la competencia de los Tribunales españoles aunque el delito del que procedan los bienes o incluso los propios actos de blanqueo se hubieran realizado total o parcialmente en país extranjero; se produce la agravación de las penas cuando el delito referente sea de los denominados de narcotráfico; y se agrava también cuando los culpables sean funcionarios públicos o determinados profesionales —empresarios o intermediarios financieros—. El artículo 301.1.º del Código Penal contiene tres modalidades comisivas y el 301.2.º, una más, referidas a los siguientes supuestos, todos ellos sancionados con la pena común de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. Son las siguientes: a) «El que adquiriera, convirtiera o transmitiera bienes a sabiendas que éstos tienen su origen en un delito grave»; b) «Realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito»; c) «Realizar (cualquier otro acto) para ayudar a otra persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos»; d) Blanqueo sucesivo: «Realizar actos de ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho, sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos». En definitiva, en el blanqueo de capi-*

tales se trata de criminalizar aquellas conductas que persiguen ocultar el origen ilícito de los bienes, a sabiendas de que proceden de un delito (grave), con las finalidades expresadas, para cerrar el circuito de su aprovechamiento por razones de política criminal.

V. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LOS TIPOS PENALES

11. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 1372/2009, de 28 de diciembre (*JUR* 2010/42472).

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia 1257/2009, de 2 de diciembre, que el delito de blanqueo de capitales, cuando se trata del supuesto agravado de que los bienes estén relacionados con el tráfico de drogas, presupone la concurrencia de una pluralidad de indicios que como más determinantes suelen ser los siguientes: *a)* en primer lugar, un incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; *b)* en segundo lugar, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; y *c)* en tercer lugar, la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas.

Respecto al plano subjetivo no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo sino que *basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave*. Así, la sentencia de esta Sala 1637/1999, de 10 de enero (*RJ* 2000/433), destaca que el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave.

En la sentencia 33/2005, de 19 de enero (*RJ* 2005/944), se expresa que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, *es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada*. Es decir, quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTS 236/2003, de 17 de febrero (*RJ* 2003/2442), 628/2003, de 30 de abril (*RJ* 2003/4698) ó 785/2003, de 29 de mayo (*RJ* 2003/6321).

12. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 16/2009, de 27 de enero (*RJ* 2010/661).

Como dice la STS 1070/2003 de 22-7 (*RJ* 2003/5442): «El denominado blanqueo equivale a encubrir o enmascarar el origen ilícito de los bienes y así el artículo 301.1 CP describe y castiga aquellas conductas que tienen por objeto adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier acto semejante con bienes que se sabe que tienen su origen en un delito (ya no necesariamente grave desde la LO 15/2003), con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos. *En relación con los bienes debemos significar*

que no se trata de los que constituyen el objeto material del delito antecedente grave, sino de aquellos que tienen su origen en el mismo. Por ello los bienes comprenden el dinero o metálico así obtenido.

En los delitos de tráfico de drogas, por ejemplo, no se trata de las sustancias tóxicas, sino del dinero o bienes entregados a cambio de aquéllas. Por ello los bienes blanqueados no son los adquiridos por el mismo, sino el dinero entregado por el autor de un delito contra la salud pública para su adquisición, de forma que dicho metálico de procedencia ilícita se convierte merced a la directa intervención del acusado en otros bienes con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero. Por ello el destino ulterior o que se dediquen esos bienes adquiridos resultará irrelevante y si éste es la comisión de cualquier otro delito, se producirá el correspondiente concurso.

Es cierto que pueden solaparse estas conductas con las previstas en el número segundo del citado precepto y es que la distinción entre ambos no está tanto en la clase de operación realizada como en la fase sucesiva en que se produce el blanqueo de bienes, *pues de lo que se trata es de hacer posible la intervención del derecho penal cualquiera que haya sido el destino ulterior de dichos bienes*, de forma que en supuestos de sucesivas operaciones de blanqueo es aplicable el número segundo. Siendo ello así cabe una autoría independiente de este delito de la que corresponde a la primera operación si fuesen personas distintas las que interviniesen en las distintas fases.

Respecto al conocimiento del origen ilícito viene indicado en las expresiones «sabiendo», «para» y «a sabiendas» que usa el artículo 301 en sus párrafos 1 y 3. Este conocimiento exige certidumbre sobre el origen, si bien no es necesario el conocimiento de la infracción precedente en todos sus pormenores o con todo detalle (STS 1070/2003 de 22-7), aunque no es suficiente la mera sospecha. Tal conocimiento debería alcanzar a la gravedad de la infracción de manera general, y en su caso, y de la misma forma genérica, a la procedencia del tráfico de drogas, cuando se aplique el subtipo agravado del artículo 301.1.2.

Sobre el conocimiento de que el dinero procediera del narcotráfico, el referente legal lo constituye la expresión «sabiendo» que en el lenguaje normal equivale a tener conciencia o estar informado. No implica, pues, saber (en sentido fuerte) como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno, o de la implicación directa, en calidad de protagonista, en alguna realización; sino *conocimiento práctico, del que se tiene por razón de experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada*. Es el que, normalmente, en las relaciones de la vida diaria permite a un sujeto discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a que atenerse respecto de alguien [STS 2545/2001 de 4-1 (RJ 2002/1183)].

En definitiva en el plano subjetivo no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo (que, de ordinario, solo se dará cuando se integren organizaciones criminales amplias con distribución de tareas delictivas) sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave (ahora ya de cualquiera, aunque no sea grave) por ejemplo por su cuantía, medidas de protección, contraprestación ofrecida, etc. Así, la STS 1637/1999 de 10-1 (RJ 2000/433) destaca que el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave [STS 2410/2001 de 18-12 (RJ 2002/275)], o del tráfico de drogas, cuando se

aplique el subtipo agravado previsto en el artículo 301.1, *habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad* [STS 1070/2003 de 22-7 (RJ 2003/5442), 2545/2001 de 4-1].

13. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 154/2008, de 8 de abril (RJ 2008/2703).

DECIMOTERCERO

En el decimonoveno motivo, nuevamente con apoyo en el artículo 849.1.^o de la LECrim (LEG 1882/16), denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 301 y 302 (RCL 199573170 y RCL 1996/777), pues entiende que no se describen hechos que puedan ser relevantes a los efectos de la subsunción en dichos preceptos, ni se desprende de aquellos la pertenencia a una organización. Argumenta que una vez rectificado el relato de hechos a causa de la estimación de los anteriores motivos resulta imposible mantener la calificación.

En el motivo siguiente, vigésimo, por la misma vía, se queja de la aplicación de la agravación por jefatura de la organización, sin que de los hechos probados resulte que dirija o controle a otros.

1. *La organización supone generalmente la existencia de una estructura de cierta complejidad, con intención de una mínima permanencia temporal* aunque puede apreciarse en relación con una sola operación si ésta reviste una apreciable dificultad de ejecución, y *con reparto de funciones*, en la que una o varias personas asumen la dirección, adoptan las decisiones y pueden llevar a cabo las tareas de mayor responsabilidad, mientras que otras ejecutan actividades de menor entidad, utilizando medios idóneos ordinariamente inalcanzables para el delincuente aislado. No impide la existencia de una organización el hecho de que los escalones inferiores estén ocupados por sujetos intercambiables.

2. En el caso, la multiplicidad de operaciones ejecutadas en numerosas entidades bancarias; la realización de los actos típicos del blanqueo durante un período muy amplio de tiempo; la existencia de pantallas para ocultar la reiteración y la naturaleza de las actividades; el acceso a medios excepcionales como aeronaves, ya adquiridas aun cuando no hubieran llegado a emplearlas de modo efectivo; los contactos permanentes con otros países, así como el altísimo importe final que las operaciones alcanzaron, ponen de relieve la existencia de una organización, en la que los dos recurrentes constitúan el elemento de dirección y ejecución de los actos de más trascendencia, como las relaciones con las entidades bancarias, y el manejo material de las cantidades de dinero de mayor importancia, mientras que otras personas se ocupaban de la recolección del dinero en efectivo y de su entrega a los primeros. No se opone a esta configuración de la forma de operar de los recurrentes, descrita en la sentencia, el hecho de que entre los otros acusados, algunos de ellos no pudieran haber tenido contacto efectivo durante largos períodos de tiempo al encontrarse en prisión o fuera de España. Su actuación es de menor entidad, integrándose en la organización para la ejecución de las tareas descritas, pero son personas prescindibles y sustituibles por otras. En el hecho probado se recoge su actuación en los momentos en que ha podido ser acreditada, pero es claro que la forma de proceder de los recurrentes en otros momentos, deducida de los actos directamente probados, implica la participación de otras personas en escalones de actuación de carácter inferior.

14. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 483/2007, de 4 de junio (RJ 2007/4743).

SEXTO

Respecto a la indebida aplicación del artículo 302.1.º, inciso final del CP (RCL 1995/3170 y RCL 1996/777), por cuanto en ningún caso debe estimarse concurrente la agravante de organización, su desestimación deviene igualmente necesaria.

En efecto sobre el concepto de organización la STS 864/96 de 18-11 (*sic*) (RJ 1996/8956), tiene declarado: «Conforme a la misma, la organización implica todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para desarrollar la idea criminal, mas no precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente, incluso ha de añadirse que no es de apreciar tal agravante por la sola circunstancia de que exista una simple coordinación entre varios partícipes para la ejecución del hecho, tampoco, obviamente, puede confundirse con la autoría o con la participación directa o indirecta, en los actos delictivos. *Lo único exigible para la supervivencia del subtipo es que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional «consorcibilidad para el delito».* Entonces la organización lleva consigo, por su propia naturaleza una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización» (SSTS 1419/2003 de 31-10 [RJ 2003/7990], 57/2003 de 23.1 [RJ 2003/1993]).

Precisa de cierta permanencia aunque puede valer la constituida para una operación específica, siempre que exista un centro de decisiones, diversos niveles jerárquicos y posibilidad de sustitución de unos por otros (STS 1095/2001 de 16-7 [RJ 2001/6498]). *El concepto de organización supone la concertación de esfuerzos para conseguir un fin delictivo* que, por su propia naturaleza, necesita de un tejido estructural que haga imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas (STS 25-2-2004 [RJ 2004/1843]).

La STS 19-9-2002, precisa que en nuestro Código no se dice que ha de entenderse por organización o asociación a los efectos de la concurrencia de esta agravación. Según doctrina de esta Sala basta al efecto cualquier red estructurada, cualquiera que sea la forma de tal estructuración, que agrupa a una pluralidad de personas, ordinariamente con una jerarquización y un reparto de papeles entre ellas y siempre que haya alguna duración en el tiempo, bien porque hayan sido varios los hechos delictivos realizados con la misma o similar estructura, bien porque, aunque solo se haya acreditado un hecho, en éste hayan quedado de manifiesto unas características que revelen una cierta vocación de continuidad, así las cosas todos los partícipes en el delito integrados en tal estructura incurrir en este subtipo agravado.

En definitiva, el concepto de organización es relativamente indeterminado y su apreciación requiere, según la jurisprudencia, las siguientes notas: *a)* Existencia de una pluralidad de personas; *b)* distribución de cometidos entre ellas; *c)* Estructura jerarquizada; *d)* Plan predeterminado en cuyo desarrollo se actúa; *e)* dotación de medios asignados al fin delictivo, y *f)* Estabilidad o vocación de continuidad (SSTS de 31-10-2003 [RJ 2003/7990], 25-2-2004 [RJ 2004/1843], 19-1-2005 [RJ 2005/944], 2-2-2005 [RJ 2005/3161]).

A tener en cuenta que, según dispone el artículo 282 bis.4 LECrim (LEG 1882/16): «A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o mas personas

para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes» [entre los que se encuentran los relativos al blanqueo de bienes del art. 301, según el apartado c) del art. 282 bis 4]. Por exigirlo así el tipo cualificado, la organización debe dedicarse efectivamente al blanqueo (SSTS de 2-2-2005 [RJ 200573161], 29-6-2005 [RJ 2005/5161], 8-2-2006 [RJ 2006/4397]), aunque no sea ésta su única finalidad, STS de 28-11-2001).

15. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 457/2007, de 29 de mayo (RJ 2007/4816).

2. Conviene recordar aquí la doctrina de esta sala respecto de este concepto de organización establecido en este artículo 344 bis j) CP 73 con la finalidad de establecer la doble agravación, específica para estos delitos, a que acabamos de referirnos: una de primer grado para los pertenecientes a la misma (mitad superior de la pena ordenada por la ley) y otra de segundo grado cuando manda imponer la pena superior para los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

Esta regulación ha pasado sustancialmente en los mismos términos al CP 95 en su artículo 302 y tiene una evidente similitud con otra agravación específica, la que ahora ocupa el número 2.º del artículo 369 y el número 2.º del artículo 370 referida a los delitos contra la salud pública en relación con el tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Tanta es la similitud entre ambas figuras delictivas que, en este aspecto, podemos decir que la jurisprudencia respecto de una y otra son intercambiables.

Conforme a esta doctrina, la organización (o asociación) comprende los casos en que dos o más personas programan un proyecto para el blanqueo de dinero, sin que sea necesario una mayor o menor perfección en ese proyecto ni tampoco que se concrete mediante la constitución de sociedades civiles o mercantiles conforme a lo dispuesto en nuestro Código Civil o leyes especiales reguladoras de las sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, cooperativas, etc.; *siempre con la salvedad de que no cabe confundir la realidad de estas organizaciones con la mera unión sin continuidad o para actos delictivos concretos de dos o más personas, que habrían de integrarse en la mera coautoría ahora prevista en el artículo 28 CP actual*. La dificultad, como siempre en estos casos, se encontrará a la hora de aplicar al supuesto concreto una u otra de estas figuras —coautoría o agravación específica—. Entendemos que el criterio fundamental a este respecto ha de ser el de la continuidad en el tiempo, pues cierta duración en las actividades blanqueadoras con el mismo o semejante grupo de personas unidas para la misma finalidad permitirá aplicar estas normas configuradoras de estas agravaciones especiales para determinados delitos denominados cualificados en la doctrina. Porque los otros criterios, el de la jerarquía y el de la distribución de roles o papeles entre esas diversas personas, concurrirán siempre, aunque sea difícil de precisar y probar por el carácter clandestino de estas actuaciones criminales.

Véanse las sentencias de esta sala 227 (RJ 1996/2460), 864 (RJ 1996/8956) y 867/1996 (RJ 1996/9682), 239 (RJ 1997/1376), 1214 (RJ 1997/7710) y 1260/1997 (RJ 1997/7602), entre otras muchas.

3. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al presente caso fue correcta en la sentencia recurrida. Entendemos *que la circunstancia de que la mayoría de los integrados en esa organización sean miembros de una misma familia no puede ser obstáculo para la aplicación de esta norma penal agrava-*

toria del artículo 344 bis j) CP anterior (RCL 1973/2255). Esa nota de la continuidad en el tiempo, muchos años hasta 1995, en que estas actividades blanqueadoras tuvieron lugar; incluso su carácter público a través de la creación de varias sociedades mercantiles, necesarias para introducir el dinero de las drogas dentro del mundo de los negocios lícitos; el entrecruzamiento de unas y otras personas en las diferentes operaciones de lavado de dinero; así como el haberse descubierto quiénes aportaron dinero sin determinación de su origen lícito en varios casos, que fueron personas diferentes de la misma familia independientemente de que formaran o no parte de las sociedades mercantiles que aparecían constituidas conforme a sus respectivas leyes reguladoras; todos ellos son datos reveladores al efecto.

16. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 928/2006, de 5 de octubre (RJ 2007/29).

Esta interpretación difiere de la interpretación del tipo penal del artículo 301.1 CP realizada por el Tribunal *a quo*. La Sala debe señalar que la Audiencia ha malinterpretado nuestra sentencia 1113/2004 (RJ 2004/6557) (FJ Décimo) de 28-9-2004 (*sic*), al considerar que el origen de los bienes en un delito se satisface con la simple «constatación de algún vínculo o conexión con actividades o con personas o grupos relacionados con el mismo» (pág. 13). No se trata de un vínculo cualquiera con personas o grupos, sino con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen. *Nuestra sentencia 1113/2004 dice algo diverso de lo entendido por la Audiencia: requiere la existencia de datos objetivos que permitan «afianzar la imprescindible vinculación entre sendos delitos», es decir, entre el delito que es origen de los bienes y el de blanqueo de dinero*. Dicho claramente: como ha puesto de manifiesto la doctrina, se trata de una relación «causal» entre ambos delitos.

17. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 859/2006, de 6 de septiembre (RJ 2006/6425).

3. Nos referimos aquí *al otro elemento necesario para la aplicación de la prueba de indicios*, también llamada de inferencias, indirecta, circunstancial, etc., pluralidad de denominaciones que reflejan la idea de que el hecho que ha de ser probado no se evoca directamente a través del medio probatorio, sino que son necesarios otro u otros hechos intermedios que nos conducen a ese cuya prueba buscamos. Como dijo el también derogado artículo 1.253 del Código Civil y ahora recoge el mencionado artículo 386.1 de la vigente LECiv, *ha de existir entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*. Ha de haber una conexión lógica, pues, entre tales hechos básicos y ese otro que ha de quedar acreditado, de modo que sea razonable dar como justificado este último ante la realidad de aquellos.

A diferencia de lo que esta sala vino manteniendo en algunas resoluciones de hace ya varios años, *tal conexión no ha de ser tan estrecha que no permita otra solución alternativa más favorable para el reo*, como pretende el recurrente en el texto de su motivo único. Se requiere sólo que los hechos básicos no sean demasiado abiertos, sino que unos junto a otros sugieran de modo razonable esa solución pretendida sobre la acreditación del hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia), aunque también pudiera reputarse razonable otra solución alternativa. Al efecto tienen particular importancia las llamadas máximas

de experiencia, es decir, aquellas conclusiones a las que se puede llegar ante lo que ocurre con frecuencia en casos semejantes.

Una de esas máximas de experiencia nos dice que nadie deja a la disposición o bajo el poder de personas que no conocen los hechos delictivos, cosas de tanto valor como el que tienen las sustancias estupefacientes, ante el peligro de que, por descuido u otra causa, pudiera perderse o deteriorarse la mercancía. Menos aún en casos como el presente en que la droga pudiera haber alcanzado en el comercio ilícito la cifra referida de más de sesenta millones de euros (tres mil seiscientos millones de las antiguas pesetas) (*sic*). Demasiado valor como para dejarlo en manos de quienes, por no conocer lo que iban a transportar, pudieran ocasionar su pérdida, extravío o deterioro:

- a) A la vista de lo que acabamos de exponer es irrelevante que fueran o no la madre y la suegra del señor Gerardo quienes tuvieran la iniciativa de crear la referida sociedad limitada XXX, S. L.) como también lo es que la finalidad de la constitución de esta sociedad fuera o no beneficiar a los hijos de este señor ante la situación de privación de libertad o simplemente la de imputado o procesado por uno o varios delitos. *Irrelevancia que queda de manifiesto ante la inexistencia de prueba respecto de un hecho que tiene prioridad lógica: la procedencia del tráfico de drogas al que se dedicaba don Gerardo en relación con los capitales invertidos en todas esas operaciones que se narran en el apartado V y último del relato de hechos probados de la sentencia recurrida (págs. 20 a 26).*
- b) Por la misma razón *es irrelevante* que haya quedado o no probado que las ganancias provenientes de las mencionadas operaciones fueran o no destinadas a garantizar una posición económica para los referidos hijos de don Gerardo, como también lo es que fueran o no motivos fiscales (disminución en las cuotas a pagar por determinados impuestos) los que se tuvieran en cuenta para la creación de YYYY, S. L.; *o el dato de si las dos señoras que fueron acusadas y resultaron absueltas en la instancia, las tan citadas madre y suegra de don Gerardo, tenían o no capacidad para gestionar tal sociedad y los negocios luego realizados* en los que parece que tuvo particular importancia la actuación de don Juan Pedro.
- c) *Lo importante al respecto*, repetimos, en cuanto al delito de blanqueo de dinero por el que vienen condenados don Gerardo, don Juan Pedro y doña Lourdes, *es que no hubo prueba de la procedencia de ese dinero*, esto es, no conocemos que tuviera su origen en actos de tráfico de drogas. Al respecto conviene decir aquí que lo único que consta acreditado es la sentencia condenatoria contra el señor Gerardo por delito contra la salud pública ya referida: la dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 19-6-2003 por unos hechos ocurridos en 1991, respecto de la cual se formuló recurso de casación que se desestimó por resolución de 2-2-2005 (folios 1700 y sigs. del tomo VII del rollo de la audiencia). Y los hechos aquí enjuiciados relativos al delito de blanqueo de capitales ocurrieron a partir de junio de 2000.

18. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia número 707/2006, de 23 de junio (RJ 2006/4926).

A falta de prueba directa la jurisprudencia acude a la prueba indirecta o indiciaria que el Tribunal Constitucional considera bastante para enervar la

presunción de inocencia, a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados; y entre ellos: *a) la cantidad* de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación; *b) vinculación o conexión* con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas; *c) aumento desproporcionado del patrimonio* durante el período de tiempo al que se refiere dicha vinculación; y *d) inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento patrimonial* (sentencias del TS de 23-5-1997 [RJ 1997/4292] y 15-4-1998 [RJ 1998/3805] entre otras). En el caso, la existencia de un patrimonio inmobiliario tan importante como el reseñado en el *factum* (viviendas, parcelas), junto a ingentes cantidades en metálico, automóvil Mercedes, motocicletas y un quad, todo ello sin que se acredite ningún empleo o negocio lícito conocido y su evidente vinculación con el tráfico de drogas (cocaína, heroína, báscula digital, sustancias para el corte de aquéllas, etc.), suponen sin esfuerzo argumental, llegar a la conclusión condenatoria que expresa la Sala sancionadora de instancia.

El motivo sexto lo relaciona el recurrente con *la prescripción del delito de blanqueo de capitales*, formalizando esta censura casacional por el cauce autorizado en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*LEG* 1882/16), invocando al efecto los artículos 112 y 113 del Código Penal, Texto Refundido de 1973 (*RCL* 1973/2255). Y para ello refuta la argumentación que se mantiene en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida, acerca de la *naturaleza de delito permanente* con que se configura el delito de blanqueo de capitales por parte del Tribunal de instancia. *En este apartado tiene razón el recurrente, pues si así fuera, no podría prescribir nunca, ya que la conversión o transformación del capital para encubrir su origen, operación en que consiste básicamente el blanqueo de capitales, una vez verificada, por ejemplo, a través de la compra de un inmueble, tendría una vocación de permanencia difícilmente conciliable con el instituto de la prescripción.* Pero ello no quiere decir que en las transformaciones sucesivas de capitales, no *deba contarse como fecha* a quo *la de la última transformación*, y en el caso, con respecto al chalet de la CALLE 000, es evidente que durante el año 2000 se terminó la construcción de la edificación (valorado en la cantidad de 596.142,20 euros), estando al proyecto de obra a nombre del ahora recurrente, y es claro que si tomamos esa fecha como comienzo del plazo de prescripción (pues es la culminación del proceso de blanqueo de, al menos, parte del capital procedente del narcotráfico, en una vivienda unifamiliar), no ha transcurrido el tiempo de la prescripción, al iniciarse este proceso en el año 2001. Todo ello sin contar con que las adquisiciones de vehículos, motocicletas y vehículo especial Quad, se han verificado durante tal año 2000.

19. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia número 557/2006, de 22 de mayo (RJ 2006/3575).

2. De todos es conocido cómo la *prueba de indicios*, indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, de presunciones o de conjeturas, que de todas estas formas es llamada, *tiene validez como prueba de cargo en el proceso penal y, por tanto, ha de considerarse apta para contrarrestar la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.* Así lo proclama el Tribunal Constitucional en sus dos primeras sentencias en la materia, las 174 (*RTC* 1985/174) y 175 de 1985 (*RTC* 1985/175), ambas de 17 de diciembre, y desde entonces tanto dicho tribunal como esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo venimos proclamando con reiteración, al tiempo que exigimos la concurrencia de unos elementos que son

necesarios para la correcta aplicación de esta clase de prueba (véase la sentencia de esta Sala de 3-5-99 [RJ 1999/4953] y las que en ella se citan), elementos que, simplificando la materia, podemos reducir a dos:

Primer elemento: Han de existir unos hechos básicos completamente acreditados, que, como regla general, han de ser plurales, concomitantes e interrelacionados, porque es precisamente esa pluralidad apuntando hacia el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) la que confiere a este medio probatorio su eficacia, ya que ordinariamente de esa pluralidad depende la capacidad de convicción de esta clase de prueba. Todos y cada uno de estos hechos básicos, para que puedan servir como indicios, han de estar debidamente acreditados (art. 386.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil [RCL 2000/34, 962 y RCL 2001/1892]).

Segundo elemento: Entre esos hechos básicos y el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) ha de existir «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», como dice el citado artículo 386.1 de la LECiv, es decir, ha de haber una conexión tal entre unos y otros hechos que, acaciados los primeros, cabe afirmar que se ha producido el último, porque las cosas ordinariamente ocurren así y así lo puede entender cualquiera que haga un examen detenido de la cuestión. Al respecto se habla de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos con pretensiones de proporcionar unas bases concretas al raciocinio propio de este segundo elemento de la prueba de indicios. *Todo puede valer en cada caso para establecer este raciocinio. Lo importante aquí es poner de relieve que no se trata de normas jurídicas, sino sencillamente de las meras reglas del pensar*, para aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir unívocamente desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba. Para ello ordinariamente, como antes se ha dicho, se necesita una pluralidad de hechos básicos y que todos ellos, apreciados en su globalidad, no estudiados uno a uno, nos conduzcan al hecho consecuencia, por ser concomitantes entre sí y por hallarse relacionados unos con otros en esa perspectiva final que es la acreditación de un dato que de otro modo no habría quedado probado.

A esos efectos, como hizo ya la sentencia de esta Sala de 25-10-99 (RJ 1999/8135), *a veces hay que distinguir entre indicios fuertes o indicios débiles*, y entre ellos podrían establecerse tantas categorías intermedias como diferente significación pudiera concederse a cada uno de los hechos básicos utilizados en cada caso, pues se trata de una distinción meramente cuantitativa, pero que puede tener su importancia, según las circunstancias del supuesto concreto, en orden a determinar el alcance de la eficacia probatoria.

Conviene añadir aquí que *es deber de todo órgano judicial que utiliza ese medio de prueba expresar en el texto de la resolución correspondiente el razonamiento necesario en relación con la existencia y prueba de esos hechos básicos y con la mencionada conexión con el hecho consecuencia, así como estudiar las explicaciones que ofreció el acusado al respecto para admitirlas como creíbles o rechazarlas*.

20. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia número 449/2006, de 17 de abril (RJ 2006/3101).

Sin embargo, la doctrina de esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse. Recordemos la sentencia número 1704, de 29 de septiembre de 2001 (RJ

2001/8105), que pone de manifiesto *que ni en la definición del delito de blanqueo ni en la definición de la forma genérica de receptación «se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan*. La ausencia de semejante requisito en el tipo cuestionado es, por lo demás, rigurosamente lógica desde una perspectiva de política criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente un tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado». Lo que la Ley penal requiere que los bienes transformados provengan de la actividad generada por las ganancias de esos delitos. Y es evidente que en el caso enjuiciado, las conversaciones telefónicas han sido lo suficientemente explícitas para llevar a cabo esta catalogación tipológica que se analiza en los fundamentos jurídicos, que, como bien dice el recurrente, han de completar las expresiones del *factum*, sobre todo para darlas un grado suficiente de comprensión, puestas en conexión con los elementos probatorios de donde se han extraído.

El tipo penal aplicado se refiere a la adquisición, conversión o transmisión de bienes, sabiendo que éstos tienen su origen delictivo (según los casos, a la sazón, delito grave o procedente del tráfico de drogas), o bien se realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Con esta descripción típica tan abierta, las formas accesorias de participación criminal se hacen muy dificultosas (STS 1113/2004, de 9 de octubre [RJ 2004/6557]), pues la aportación de los ahora recurrentes: o son actos de adquisición de bienes para su transmisión a terceros (recepción de dinero en cuentas para su posterior transferencia a un tercero), o se trata de «cualquier otro acto» para ocultar su origen ilícito o ayudar al infractor a eludir las consecuencias de sus actos. Si bien es cierto que no tienen el dominio funcional de los hechos, no es menos cierto *que su conducta lo es de cooperación necesaria, que, en realidad, en el tipo delictivo que se describe en el artículo 301 del Código Penal es más bien la que conforma propiamente la estructura del tipo*, al referirse a actos que están conectados con otro delito. En definitiva, son actos de adquisición y transformación de bienes, con la finalidad de encubrir su verdadero origen, y poner a salvo la responsabilidad penal de los autores. *Son numerosas las resoluciones de esta Sala que, tratando de camuflar el origen de los bienes, consideran autores de un delito de blanqueo de capitales a quienes ponen ficticiamente a su nombre automóviles, embarcaciones, cuentas corrientes, activos mobiliarios, etc. De modo que la complicidad es muy difícil de construir*, dada la amplitud del texto legal que llega a incriminar incluso «cualquier otro acto» de colaboración; en consecuencia, no se pueden acoger las pretensiones de los recurrentes.

21. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia número 1504/2003, de 25 febrero (RJ 2004/1843).

Como ya ha señalado la jurisprudencia de esta Sala y *es un principio general de nuestro ordenamiento jurídico, el proceso penal busca la verdad material mientras que el proceso civil se mueve en el mundo de la verdad formal* que se desprende fundamentalmente, del sustento documental que se aporta a las actuaciones. Aun así y no por ello, la jurisdicción civil ha dejado de aplicar la teoría del levantamiento del velo, que si bien es el producto del realismo

jurídico anglosajón, tiene plena vigencia en cualquier sistema que quiera abortar maniobras en fraude del derecho o con abuso manifiesto del mismo.

En materia de sociedades, esta exigencia y rigor es todavía más justificado, en cuanto que *el sistema económico y su estabilidad, se asientan sobre la transparencia, fiabilidad y lealtad de la vida mercantil y financiera*, lo que obliga a rechazar cualquier conducta falsaria o fraudulenta, tanto por la vía civil como por la penal.

El Grupo de Acción Financiera (GAFI) ha señalado en sus dictámenes y estudios, cuáles son los procedimientos irregulares más utilizados en el sistema financiero internacional, no solamente a través de las facilidades que proporciona Internet sino también en operaciones convencionales. Entre las prácticas corruptas señala: la transferencia instantánea de grandes sumas, ingresadas segundos o minutos antes; los manejos conocidos como «Smurfing», que consisten en abrir numerosos depósitos de pequeñas cantidades situadas por debajo de la obligación de declarar, para después traspasarlas al extranjero; el uso de identidades falsas, testaferros y sociedades pantalla, utilizándolas como «puente» para dificultar la identificación del verdadero origen de la transferencia; introducción de personas de confianza en pequeñas entidades financieras o en sus delegaciones. En resumen, el entramado se monta para que, un dinero cuya procedencia lícita es imposible justificar adquiera la apariencia de moneda limpia, que normalmente se emplea para adquisiciones de bienes inmuebles o en la apertura de establecimientos dedicados, aparentemente, a realizar operaciones y actividades comerciales de apariencia lícita.

Hay un pasaje de la sentencia que constituye un paradigma de las operaciones de blanqueo de dinero, tal como han sido analizadas por todos los grupos de expertos en materia y, más concretamente, el GAFI (Grupo de Acción Financiera) y que no es otro que la creación, en brevísimos espacios de tiempo, de sociedades que, sin apenas capital social relevante, se transmiten importantes cantidades de dinero y lo invierten en inmuebles. Las actividades y protagonismo del recurrente están descritas con datos y pruebas concluyentes e irrefutables, lo que permite sostener que la conclusión de la Sala sentenciadora, se ajusta a los parámetros exigidos a la valoración de la prueba indiciaria, que es la única de la que se puede disponer en esta clase de delitos, salvo que los autores confiesen su acción y pongan a disposición de los investigadores todos los datos para desvelarla.

VI. COMISIÓN POR IMPRUDENCIA Y SUJETOS OBLIGADOS

22. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 16/2009, de 27 de enero (RJ 2010/661).

DECIMOSEXTO

La modalidad imprudente establecida en el artículo 301.3 («si los hechos se realizasen por imprudencia grave...») contrasta con la naturaleza dolosa del delito de blanqueo, con cuya inclusión el legislador desborda las previsiones contenidas tanto en la Convención de Viena (art. 3.1) como en la Directiva Comunitaria 308/1991 (art. 1.º) y en la reciente Directiva 60/2005 (LCEur 2005/2668) (art. 1.2) que se refieren siempre a comportamientos realizados intencionadamente; aunque el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8-11-90, dejó a

criterio de cada Estado Parte la tipificación de comportamientos imprudentes (art. 6.3). Con esta formulación el Derecho español se inscribe en la línea de países como Alemania (art. 261 CP), Bélgica (art. 505), Italia (Leyes 18-5-78 y 9-8-93) que establecía igual previsión.

Doctrinalmente resulta cuestionable que los tipos penales que incorporan elementos subjetivos del injusto, sean susceptibles de comisión imprudente [STS 959/2007, de 23-11 (RJ 2007/8276)] sobre todo cuando, como sucede en el presente caso, el legislador no crea un tipo distinto en el que se describen las correspondientes conductas basadas en la infracción del deber de diligencia, a lo que no equivale la alusión a «si los hechos se realizasen por imprudencia grave» con lo que se hace una remisión al tipo doloso, aunque se hable de «hechos» y no de «conducta».

La STS 1034/2005 de 14-9 (RJ 2005/7053), insiste en que ciertamente, el blanqueo por imprudencia no deja de presentar *dificultades dogmáticas*, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa grave, en este caso punible, y leve, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su «ambigüedad e inespecificidad», y por contradecir el criterio de «taxatividad» de los tipos penales. A pesar de ello, recuerda la doctrina que el principio de legalidad, evidentemente, obliga a considerar la comisión imprudente del delito.

La imprudencia se exige que sea grave, es decir, temeraria. Así en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave, imprudencia, que por ello recae precisamente sobre aquél elemento intelectual. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida.

Es claro que la imprudencia recae, no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan.

En los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (willful blindness), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa. Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas.

Asimismo se discute acerca de cuál sea el origen del deber objetivo de cuidado exigible en el caso concreto y quienes son los sujetos destinatarios de las

reglas de prudencia. La norma no distingue en cuanto a los posibles destinatarios de las reglas de prudencia. La norma no distingue en cuanto a los posibles sujetos activos por lo que, en principio, pueden serlo cualquier persona que contribuya al resultado del blanqueo de bienes, siempre que ésta incurra en grave dejación del deber de diligencia exigible o meramente esperable de cualquier persona precavida.

Problemático será en las actividades sociales en que no se han establecido normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social, y si es en el ámbito de los negocios cuál sería la actitud con respeto a la realización de operaciones comerciales extrañas (pago con elevadas sumas en metálico, transferencias a o de paraísos fiscales, etc.).

Supuesto, por tanto, que todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar prudentemente para evitar realizar un delito de blanqueo, la distinción entre imprudencia grave y leve, a pesar de su sutilidad y dificultad, radicará en la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, caracterizándose la primera por la omisión de todas las precauciones o al menos una grave infracción de normas elementales de cuidado.

No obstante, cabe sostener fundamentadamente que el tipo reviste los caracteres de un delito especial, en la medida en que su comisión sólo estará al alcance de personas cuya conducta sea reprobable por la infracción de específicos deberes de cuidado que le sean exigibles legal o reglamentariamente, en consideración al desempeño de determinadas actividades con carácter profesional o funcional. Y en concreto de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley 19/93 de 28-12, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y artículo 2.2 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 925/95 de 9-6, *las obligaciones, actuaciones y procedimientos dirigidos a prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva, en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años, delimita los posibles sujetos activos de una omisión negligente. Los sujetos obligados son los siguientes:*

- a) las entidades de crédito;*
- b) las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida;*
- c) las sociedades y agencias de valores;*
- d) las sociedades de inversión;*
- e) las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y de fondos de pensiones;*
- f) las sociedades gestoras de cartera;*
- g) las sociedades emisoras de tarjetas de crédito;*
- h) las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias, sea o no como actividad principal, respecto a las operaciones realizadas con esa actividad.*

Asimismo quedan obligadas las personas físicas o jurídicas que ejerzan las siguientes actividades profesionales o empresariales: *a) casinos de juego; b) las actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles; c) las personas físicas o jurídicas como auditores, contables externos o asesores fiscales; y d) los notarios, abogados y procuradores... cuando participen en la concepción, realización o asesoramien-*

to de transacciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias. La organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (*trust*), sociedades o estructuras análogas.

Toda esta amplia gama de personas puede comportarse de forma negligente en el cumplimiento de su deber de especial cuidado que les obliga a comunicar operaciones sospechosas.

*Y en referencia concreta a los abogados, no cabe duda la tipicidad penal de las conductas de los abogados que asesoran sobre el modo de ocultar los bienes delictivos o que se involucran en actividades de blanqueo o conocen que el cliente busca asesoramiento para tales fines. Asimismo debe considerarse que está justificado que se aplique el delito de blanqueo si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con la conducta del letrado *ex post* puede valorarse como un incentivo para realizar el delito previo que disminuya la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito, esto es existirá el delito de blanqueo cuando la prestación de servicios del abogado genere objetivamente un efecto de ocultación y, por tanto, la consolidación de las ganancias del delito.*

23. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 960/2008, de 26 de diciembre (*RJ* 2009/1378).

TERCERO

En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*LEG* 1882/16), se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 301.3 del Código Penal (*RCL* 1995/3170 y *RCL* 1996/777).

*Se alega, en defensa del motivo, que el delito tipificado en el artículo 301.3 del Código Penal reviste los caracteres de un delito especial predicable de aquellas personas que hubiese incumplido sus obligaciones que les sean exigibles legal o reglamentariamente en consideración al desempeño de determinadas actividades con carácter profesional o funcional y en concreto los sujetos obligados a los que se refiere la Ley 19/93, de 28 de diciembre (*RCL* 1993/3542) y su Reglamento de 1995 (*RCL* 1995/1963, 2153/2976), es decir, entidades de crédito, entidades aseguradoras, sociedades y agencias de valores, instituciones de inversión colectiva, sociedades gestoras de las anteriores y de fondos de pensiones, sociedades gestoras de cartera y sociedades emisoras de tarjetas de crédito, y personas físicas o jurídicas que ejerzan determinadas actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, notarios, registradores, abogados, procuradores, etc., con lo que el delito del artículo 301.3 CP (*RCL* 1995/3170 y *RCL* 1996/777) es un tipo en blanco que debe integrarse mediante remisión a dicha normativa administrativa [*STS* 4-6-2007 (*RJ* 2007/4743) y 23-11-2007 (*RJ* 2007/8276)].*

El artículo 301.3 del Código Penal dispone que si los hechos —constitutivos de blanqueo de capitales— se realizan por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo.

La imprudencia debe ser grave y referirse al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes.

La primera cuestión a dilucidar es el alcance de la infracción del deber objetivo de cuidado exigible en el caso concreto; otra es esclarecer quienes pueden ser los sujetos a quienes se les exige la debida diligencia.

Esta Sala, en sentencia 1034/2005, de 14 de septiembre (*RJ* 2005/7053), precisamente en un supuesto muy similar al que ahora examinamos, ya que se apreció, igualmente, un delito de blanqueo imprudente en quien consintió que se utilizaran cuentas bancarias de que era titular para realizar ingresos de dinero procedentes de conductas delictivas, tiene declarado que *el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto* consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa grave, en este caso punible, y leve, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su «ambigüedad e inespecificidad», y por contradecir el criterio de «taxatividad» de los tipos penales. *A pesar de ello, recuerda la doctrina que el principio de legalidad, evidentemente, obliga a considerar la comisión imprudente del delito.* La imprudencia se exige que sea grave, es decir, temeraria. Así en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave, imprudencia, que por ello recae precisamente sobre aquél elemento intelectual. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida.

Es claro que la imprudencia recae, no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan.

La doctrina que se deja expresada es perfectamente aplicable al supuesto que nos ocupa, y el recurrente, atendida la relación de parentesco que le unía a quien le suministró el dinero, los antecedentes penales de éste último que forzosamente tenía que conocer, las razones que expuso a las entidades bancarias sobre la procedencia del dinero, la importante cuantía de los ingresos y la dispersión de esos ingresos en entidades y cuentas diferentes, junto a las demás circunstancias en las que se produjeron, permite sustentar que el acusado titular de esas cuentas tenían un conocimiento abstracto del origen ilícito de esos fondos, al que se refiere los hechos que se declaran probados, y estaba en condiciones de haber alcanzado un conocimiento más concreto si hubiera observado las más elementales cautelas —imprudencia grave— que le eran exigibles, especialmente en quien, además, tenía buenos conocimientos económicos, causando con su conducta la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedían.

Se sostiene, en segundo lugar, en defensa del motivo, que el delito imprudente de blanqueo es un delito especial que sólo lo pueden cometer quienes incumplan

las obligaciones que les sean exigibles legal o reglamentariamente en consideración al desempeño de determinadas actividades con carácter profesional o funcional y en concreto los sujetos obligados a los que se refiere la Ley 19/93, de 28 de diciembre (RCL 1993/3542) y su Reglamento de 1995 (RCL 1995/1963, 2153/2976), es decir, entidades de crédito, entidades aseguradoras, sociedades y agencias de valores, instituciones de inversión colectiva, sociedades gestoras de las anteriores y de fondos de pensiones, sociedades gestoras de cartera y sociedades emisoras de tarjetas de crédito, y personas físicas o jurídicas que ejerzan determinadas actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, notarios, registradores, abogados, procuradores, etc., con lo que el delito del artículo 301.3 CP (RCL 1995/3170 y RCL 1996/777) es un tipo en blanco que debe integrarse mediante remisión a dicha normativa administrativa.

Es cierto que la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre (LCEur 2005/2668), relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, señala, en su artículo 2.º las entidades y personas físicas y jurídicas a las que se aplica dicha Directiva; lo mismo sucede con la Ley 19/2003, de 4 de julio (RCL 2003/1708), sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas, que modifica el artículo 2.º de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales, artículo en el que se establecen las personas físicas y jurídicas que están sujetas a las obligaciones establecidas en esta Ley; y el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero (RCL 2005/140, 160), por el que se modifica el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, en concreto su artículo 2.º en el que se enumeran las personas físicas y jurídicas que quedan sujetas a las obligaciones establecidas en este reglamento; como igualmente hay instrucciones, órdenes y resoluciones que atribuyen a determinados profesionales obligaciones para combatir el blanqueo de capitales; *sin embargo esta normativa, cuyos destinatarios aparecen concretados, no limita el ámbito del artículo 301.3 del Código Penal (RCL 1995/3170 y RCL 1996/777), que tipifica la modalidad imprudente del blanqueo de capitales sin restricción alguna en cuanto al sujeto activo de la conducta delictiva, aunque normalmente coincidirá en sujetos o entidades cuyas actividades guarden relación con los movimientos de capitales.*

Y aunque existen sentencias discrepantes, la jurisprudencia de esta Sala, de la que es exponente la número 1034/2005, de 14 de septiembre (RJ 2005/7053), tiene declarado que a pesar de las divergencias existentes al respecto en la doctrina, puede concluirse que el supuesto previsto en el artículo 301.3 CP (RCL 1995/3170 y RCL 1996/777) es un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier ciudadano, en la medida en que actúe con falta del cuidado socialmente exigible para evitar el daño al bien jurídico protegido, y, por tanto, todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar prudentemente para evitar realizar un delito de blanqueo. Y en la sentencia 34/2007, de 1 de febrero (RJ 2007/3246), se dice que en la medida en la que el delito de blanqueo de dinero admite la forma de comisión imprudente, no cabe plantear en el caso el problema de si la cooperación debe ser dolosa; tampoco se plantea aquí la cuestión de si el acusado puede ser coautor; el artículo 301.3 obvia la cuestión, puesto que toda participación infringiendo el cuidado debido es constitutiva de autoría.

Por todo lo que se deja expresado, el recurrente incurrió en conducta de blanqueo imprudente, en imprudencia que debe calificarse de grave, dados los múltiples indicios a los que se ha hecho antes referencia, ya que obvió toda medida de precaución y con las más mínima y elemental diligencia hubiera podido esclarecer y estar perfectamente impuesto del delictivo origen de los fondos a los que se prestó a facilitar su encubrimiento e introducción en el tráfico económico.

24. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 483/2007, de 4 de junio (RJ 2007/4743).

No obstante, *cabe sostener fundadamente que el tipo reviste los caracteres de un delito especial, en la medida en que su comisión sólo estará al alcance de personas cuya conducta sea reprobable por la infracción de específicos deberes de cuidado que le sean exigibles legal o reglamentariamente*, en consideración al desempeño de determinadas actividades con carácter profesional o funcional. Y en concreto a los sujetos obligados a que se refiere la Ley 19/93 (RCL 1993/3542) (art. 2), a quienes se imponen las obligaciones de identificación de clientes, examen de determinadas operaciones, comunicación de operaciones a la Administración y abstención de realizar operaciones sospechosas de ilegalidad (art. 3 de la Ley), con lo que el tipo imprudente es tipo penal en blanco que debe integrarse mediante remisión a dicha normativa administrativa, y en tal sentido, se pronuncia la STS 17-6-2005 (RJ 2005/5318).

Ahora bien en el caso presente, no podemos olvidar que esta Sala abandonó, hace tiempo, una concepción que exigiera un dolo directo sobre el conocimiento de la ilícita procedencia de los bienes, afirmando la *suficiencia del dolo eventual* para su conformación. Consecuentemente puede afirmarse ese conocimiento cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita y actúa para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad, sin que deba exigirse una concreta calificación, siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos se actúa. En otras palabras, basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significado social (SSTS de 10-1-2000 [RJ 2000/433], 5-2-2003 [RJ 2003/2051], 22-7-2003 [RJ 2003/5442], 12-3-2004, 9-10-2004 [RJ 2004/6557], 19-1-2005 [RJ 2005/944], 14-9-2005 [RJ 2005/7053]).

Para la acreditación de los elementos del tipo subjetivo hemos de acudir a las inferencias lógicas extraídas de hechos objetivos que permitan acreditar su conocimiento, y en este apartado, tal como se ha señalado en el motivo primero, el Tribunal razona, con criterios de lógica, ese conocimiento a partir de los indicios que explicita.

25. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 928/2006, de 5 de octubre (RJ 2007/29).

1. La primera cuestión se refiere a *la posición de garante de los empleados de banca* respecto de la evitación de negocios destinados a la ocultación o transformación de dinero proveniente de un delito grave (según el texto del artículo 301 CP [RCL 1995/3170 y RCL 1996/777], vigente hasta el 30-9-2004). El recurso considera que los deberes de cooperación con la prevención del blanqueo establecidos en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sólo incumben a la entidad bancaria, razón por la cual no habría infringido ningún deber legal que

le incumbiera al omitir comunicar los ingresos parciales realizados en la cuenta a nombre de Flora A. El artículo 2.2 de la Ley 19/1993 impone los deberes contenidos en ella a «las personas físicas (...) que ejerzan (...) actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para blanqueo de capitales». El artículo 2.1, por su parte, impone las obligaciones de la Ley a «las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda». Por lo tanto, sin perjuicio de la organización concreta de los controles preventivos dentro de una entidad, no cabe duda que *los empleados de cualquier jerarquía que actúen en esas actividades, tienen, al menos, el deber poner en conocimiento de quienes en última instancia les incumba hacer las comunicaciones al Sepblac* las operaciones reglamentariamente determinadas como relevantes. Por lo tanto, este aspecto del recurso no puede prosperar.

VII. CONSIDERACIONES SOBRE EL COMISO

26. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 16/2009, de 27 de enero (RJ 2010/661).

Andrés era, en el año 2000, abogado en ejercicio, y había conocido a Ismael como consecuencia del ejercicio profesional. Le unía a él, además, su condición de adicto al consumo esporádico de cocaína, sustancia de la que Ismael era distribuidor a terceros de forma habitual, lo que Andrés llegó a conocer. De hecho, Ismael pasó a ser su suministrador habitual a partir de agosto/septiembre de 2002, mediando entre ambos una relación profesional mezclada con la derivada del suministro y consumo compartido de cocaína.

A sabiendas de su condición de narcotraficante, así como de su situación oficial de desempleo, *Andrés ayudó a Ismael a fin de que pudiese introducir en el mercado grandes cantidades de dinero* de que el mismo hacía uso, pese a que sabía que el origen de dichas cantidades de dinero era irregular y podía provenir de las ganancias que obtenía con la venta de cocaína, sin que apareciese su nombre, de tal forma que las mismas fuesen opacas a cualquier investigación. Así, *le asesoró en el sentido de que constituyese una sociedad limitada, en unión de sus padres, y de la que aparecería como administradora única su madre, a cuyo nombre se pondrían los inmuebles, vehículos y demás bienes que personalmente adquiriese Ismael*. De igual modo le asesoró para que la compra del PUB GGGG, que se hiciese constar a nombre de su madre, asesorándole acerca de cómo deberían figurar las facturas, y si el flujo de ingresos mensual de dicho local debía ser regular o irregular para no levantar sospechas. De igual modo, y con el asesoramiento de Andrés, *Ismael instituyó la sociedad XXX, S. L., cuya sede social era CALLE 000, NÚM. 001 - NÚM. 002 de Madrid, domicilio habitual de Ismael, sociedad formada por el propio Ismael y por sus padres Eloy y Almudena, haciendo figurar como administradora única de dicha sociedad a Almudena*, aportando Ismael como pago de las participaciones adquiridas de esta sociedad su propio domicilio, que se designó como sede social, y que se pagó con ganancias obtenidas del tráfico de cocaína, pues, a través de la cuenta corriente NÚM. 004 del Banco Bilbao-Vizcaya, entre el 27 de febrero de 1999 y el 26 de julio de 2000 efectuó doce pagos en abono del precio de dicha vivienda cuando ya carecía de ingresos lícitos conocidos por encontrarse en paro. *Tal constitución de sociedad era mera pantalla*, sin que en la vivienda sita en la CALLE 000, NÚM. 001 - NÚM. 002 se efectuase actividad mercantil alguna distinta a las transacciones que con cocaína verificaba Ismael.

Con la constitución de esta sociedad y puesta a su nombre del inmueble adquirido por Ismael se consiguió ocultar el verdadero origen del dinero con que dicha vivienda se adquirió, utilizando dicha sociedad ficticia para efectuar compras con dinero proveniente del tráfico de cocaína, cuyo origen, así, quedaba oculto. Entre estas compras:

13 de septiembre de 2001. La Sociedad 2001, S. L., adquirió a la SOC YYYY, S. L. (de la que el abogado señor HHHH era socio al 50 por 100) la vivienda con número registral 22, sita en Residencial «Blanca Paloma», sita en Avda. S'Argamassa de Santa Eulalia del Río, en Ibiza, por un importe de 35.807.550 pesetas, abonándose, de ellas, 20 millones de pesetas al contado, dinero obtenido por Ismael con sus ilícitas actividades de venta de cocaína.

A nombre de la sociedad se compró, igualmente, el vehículo Toyota RAV 4 con matrícula 9101- BND, con dinero obtenido por Ismael con la venta de cocaína.

A nombre personal de Ismael se adquirió a la mercantil Preasure, S. L., la vivienda con número registral 24 de la Avda. S'Argamassa de Santa Eulalia del Río de Ibiza, abonando a cuenta de la compra, en metálico y en efectivo, la cantidad de 61.295,58 euros (10.202.094 ptas.) dinero, igualmente proveniente del tráfico de cocaína a que habitualmente se dedicaba Ismael.

A nombre personal de Ismael, éste adquirió, el 17 de octubre de 2000, el Mitsubishi Montero, matrícula YRJ, pagado de igual modo con dinero proveniente del tráfico de cocaína.

Bajo el nombre de la madre de Ismael, Almudena, éste adquirió, con las ganancias obtenidas con la venta a terceros de cocaína, el PUB HHH, sito en la calle LLL, asesorándole Andrés acerca de que todo debería figurar a nombre de la madre para evitar problemas. Doña Almudena no ha realizado jamás a lo largo de su vida actividad económica retribuida alguna, ni por cuenta propia, ni por cuenta ajena, por lo que Andrés asesoró a Ismael de la conveniencia de dar de alta a su madre como autónoma en el impuesto sobre actividades económicas, a fin de que pudiese figurar como administradora de la sociedad, y pudiesen girarse a su nombre las facturas del Pub que teóricamente adquiriría, lo que así se hizo, sin que tal alta constituyese más que una mera pantalla formal, pues Almudena jamás ejerció de administradora de la Sociedad XXX, ni como propietaria-regente del PUB Scream, actividades que realizaba, de facto, únicamente su hijo Ismael.

Andrés era apoderado de la SOCIEDAD XXXXX, constituida bajo su dirección y asesoramiento.

Sentados estos hechos concluyentes, puede deducirse como conclusión razonable, y en absoluta arbitraria o caprichosa, que los bienes que han ingresado en el patrimonio del afectado (o del tercero interpuesto) proceden directa o indirectamente del delito y, por lo tanto, deberán ser decomisados, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su adquisición o posesión.

Posibilidad esta admitida por el TEDH, sentencia de 7-10-88 (caso Sala-biakh) (TEDH 1988, 20) y 25-9-92 (TEDH 1992, 60) (caso Pham Hoang), y por la doctrina mayoritaria con argumentos como:

- a) La presunción de inocencia despliega sus efectos y extiende su ámbito de aplicación en el proceso penal de manera intangible sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo,

mientras que el comiso o confiscación de bienes es una consecuencia accesoria que se adopta una vez destruida aquélla mediante un pronunciamiento penal.

- b) El comiso en el ordenamiento jurídico español no es sólo una consecuencia accesoria de la pena de los procesos criminales, sino que también es una sanción administrativa susceptible de ser impuesta en los casos de infracciones a la legislación de contrabando, por lo que nada se opondría a su consideración como una medida sui generis postdelictual que alcanzase a todo el patrimonio directa o indirectamente perteneciente al condenado, otorgando la oportunidad de demostrar el origen legal de los bienes especialmente cuando sus titulares fueran terceras personas.
- c) A diferencia de las penas que tienen un carácter personalísimo y sólo pueden imponerse al culpable de un hecho delictivo, la aplicación del comiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal (arts. 127 y 374 CP), sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias, o de su utilización para fines criminales.

27. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 483/2007, de 4 de junio (RJ 2007/4743).

Con independencia de la naturaleza jurídica del comiso, configurado como *pena accesoria* en el Código Penal 1973 (RCL 1973/2255), artículo 27, y como *consecuencia accesoria* de determinados delitos en el actual, artículo 127, que implica que tal medida ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras (SSTS de 30-5-97 [RJ 1997/4445], 17-3-2003 [RJ 2003/2910]), de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral (STS de 6-3-2001 [RJ 2001/1989]), y que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada (SSTS de 28-12-2001 [RJ 2001/744], 3-6-2002 [RJ 2002/8792], 6-9-2002 [RJ 2002/8325], 12-3-2003 [RJ 2003/2657], 18-9-2003 [RJ 2003/6458], 24-6-2005 [RJ 2005/9399]), el problema puede surgir a la hora de determinar su exacta definición, partiendo de que la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito. *Las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso, al amparo de la norma general, contenida en el citado artículo 127: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes del delito.*

Por efectos se entiende, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.). Quizá para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el artículo 344 bis e) del CP de 1973, en la redacción dada por LO 8/92 (RCL 1992/2753) y el artículo 374 CP de 1995, incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancia psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito.

Por último, tanto el artículo 127 como el artículo 374, incluyen dentro del objeto del comiso *las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar*. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito. Sobre las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, la Sala Segunda en Pleno de 5-10-98, acordó extender el comiso «siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio».

Finalmente el límite a su aplicación vendría determinado por su pertenencia a terceros de buena fe no responsables del delito que los hayan adquirido legalmente, bien entendido que la jurisdicción penal tiene facultades para delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente empleada para encubrir o enmascarar la realidad del tráfico jurídico y para enmascarar el origen ilícito del dinero empleado en su adquisición.

VIGESIMOCUARTO

Es cierto que a diferencia de las penas que tienen un carácter personalísimo y sólo pueden imponerse al culpable de un hecho delictivo, *la aplicación del comiso en el proceso penal no está vinculada a la pertenencia del bien al responsable criminal, artículos 127 y 374 CP (RCL 1995/3170 y RCL 1996/777), sino únicamente a la demostración del origen ilícito del producto o las ganancias o de su utilización para fines criminales*, por lo que en principio, aun habiendo sido absuelta la recurrente del delito de blanqueo de dinero, podría acordarse el comiso del dinero intervenido, desvirtuando la presunción de buena fe de los artículos 433 y 434 del Código Civil (*LEG 1889/27*) y acreditando que era un tercero aparente o limitado para encubrir el origen ilícito del dinero intervenido, pero nada de esto acontece en el caso actual, lo que acontece y por eso ha de estimarse la denuncia casacional es que la sentencia no consigna en los hechos probados, ni razona en la fundamentación jurídica, que el dinero que fue intervenido a Flor provenía de delito de tráfico de drogas, y al no constar ese dato esencialmente constituyente del comiso, necesariamente deviene el impuesto como erróneo, pues no puede decretarse el comiso de algo que no se declara como efecto proveniente ni instrumento coadyuvante del delito (STS 430/95 de 22-3 [*RJ 1995/2254*]).

Ciertamente que el artículo 127 CP impone, como consecuencia accesoria del delito, la pérdida de los efectos que de ellos provengan, pero para ello resultará imprescindible la correspondiente declaración judicial que en tal sentido debe efectuarse en el relato de hechos probados, acordándose en el fallo el destino legal.

28. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 202/2007, de 20 de marzo (*RJ 2007/7295*).

2. Para ocultar el origen ilícito de los flujos monetarios que manejaban, que eran muy superiores al generado por su actividad empresarial y laboral lícita, usaban diversos procedimientos en los que el dinero empleado, que procedía de los beneficios derivados del tráfico de drogas, tras un primer enmascaramiento u ocultación de su origen, se mezclaba con otro de origen lícito y se invertía sucesivamente en diversos ramos de actividad, compra de propiedades o activos financieros pretendiendo así borrar su procedencia inicial. Así:

- a) Adquirían boletos de los sorteos de lotería nacional, de la Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE), de la lotería primitiva y de quinielas ya premiados, cobrándolos como si hubieran sido producto del azar.
Mediante este sistema, el importe de los premios aparecía como dinero de origen legal, a la vez que estaba exento de tributación el primer año, por lo menos.
- b) Compraban al contado propiedades inmobiliarias haciendo constar en las escrituras públicas un precio inferior al real, abonaban la totalidad del precio oculto en metálico y, a veces, simulaban el pago aplazado de todo o parte del precio declarado elaborando a tal fin la correspondiente documentación de cobertura que guardaban en su poder para justificar la operación.
- c) Invirtieron fondos dinerarios ilícitos en productos financieros fiscalmente opacos, como pagarés del tesoro, y, cuando perdían esa cualidad reinvertían el dinero en otros activos financieros y negocios. Conseguían así que el origen inmediato de los fondos fuera la liquidación de los correspondientes pagarés, borrando en parte el rastro de su procedencia mediata: el tráfico de drogas.
- d) Constituían sociedades y adquirían empresas por precio declarado inferior al realmente pagado, procediendo a hacer ampliaciones de capital con dinero que en su mayor parte procedía, directamente o indirectamente, de las actividades ilícitas. De este modo confundían fondos de origen conocido y desconocido, lícito e ilícito.
- e) Realizaban mejoras en los inmuebles y las instalaciones de las sociedades de su propiedad y compraban diversos bienes de consumo, manteniendo un nivel de vida superior al que correspondía a los ingresos que obtenían lícitamente.

C) La consecuencia que hemos de sacar de todo lo expuesto ha de ser doble:

a) Por un lado, *dejar sin efecto los decomisos acordados, ya que esa imprecisión* (referida a la procedencia del dinero invertido en todas esas actividades patrimoniales que originaron la titularidad de esos «bienes muebles, inmuebles, dinero, efectos y demás activos relacionados en el apartado 11 de los hechos probados» —sentencia recurrida pág. 188—, en cuanto que se dicen *adquiridos en todo o en parte* con dinero procedente del tráfico de drogas), es un obstáculo insalvable para estimar correcta esta medida de comiso referida a todos esos bienes de tal apartado 11.

En efecto, *estos decomisos sólo podrían considerarse correctos* si los bienes decomisados hubieran sido *adquiridos con dinero procedente en su totalidad* del delito o delitos relativos a tráfico de sustancias estupefacientes (en el caso que estamos examinando), bien directamente, bien indirectamente, esto es, a través de las transformaciones que hubiera podido experimentar ese dinero ilícito como consecuencia de negocios u operaciones posteriores (decomiso subrogatorio), conforme a lo dispuesto en el artículo 344 bis e) introducido en el CP anterior (RCL 1973/2255) por LO 1/1988, de 24 de marzo (RCL 1988/655), aplicable a estos casos de blanqueo de capitales por lo dispuesto en el último párrafo del artículo 546 bis f), norma traída también al citado código por la misma LO 1/1988, antes de los hechos objeto del presente procedimiento.

Si, como reconoce aquí la sentencia recurrida (págs. 32, 61 y 188), hay una parte de esos bienes que se adquirió con otros obtenidos lícitamente, tendría que haberse acordado que esta parte quedara excluida del comiso, debiendo limitarse este (el comiso) a aquella otra parte adquirida con bienes procedentes del tráfico de drogas. Habría que determinar un porcentaje para determinar una y otra parte; pero tal determinación no la hace la sentencia recurrida, que acuerda el comiso de la totalidad en base a que considera que, los flujos monetarios destinados a esos negocios u operaciones, eran muy superiores a aquellos de origen ilícito frente a los procedentes de su lícita actividad empresarial o laboral (pág. 32). Y si esa fijación de porcentajes no la hizo la Audiencia Nacional, sin duda porque no tenía datos para ello, menos aún hemos de hacerla aquí nosotros en este trámite del recurso extraordinario de casación.

En conclusión, hemos de dejar sin efecto, como ya se ha dicho, el comiso acordado en el fallo de la sentencia recurrida (pág. 196).

b) La otra consecuencia ha de ser la sustitución de tal comiso por el embargo de esos bienes relacionados en el apartado 11 del capítulo de los hechos probados, todos ellos pertenecientes a los condenados o a otros responsables civiles que han sido parte en el procedimiento —págs. 11 y 12 de la sentencia recurrida— que ahora recurren en concepto de tales, bien en calidad de personas físicas, bien como partícipes o accionistas en las sociedades que en tal apartado 11 se expresan, siempre con las rectificaciones de errores realizadas en el auto de 6 de marzo de 2003. Embargo dirigido a asegurar en lo posible las responsabilidades pecuniarias de cada uno de los condenados penales y de tales responsables civiles.

Para tales embargos es irrelevante la fecha de adquisición del bien de que se trate, fecha que, como bien dicen algunos de los recurrentes, habría de tener importancia en cuanto a la correspondiente medida de comiso.

Esta sustitución del decomiso por el embargo constituye una resolución favorable al reo, pues permite aplicar el valor de estos bienes ahora embargados, con exclusión de la adjudicación al Estado propia de esta clase particular de comiso [art. 344 bis *e*), núm. 3.º], al pago de las indemnizaciones acordadas en la sentencia recurrida, después a las multas correspondientes y por último a las costas devengadas en la instancia, caso de que los bienes trabados no fueran bastantes para cubrir el total de tales responsabilidades pecuniarias de cada uno, conforme a lo dispuesto en el artículo 344 bis *k*) vigente en la última fase en que ocurrieron los hechos por los que vienen condenados los recurrentes.

CUADRAGÉSIMOCTAVO

Hemos dejado este recurso para verlo en último lugar, con el fin de tratarlo de modo separado dada su singularidad.

Esta señora no aparece expresamente condenada en el fallo de la sentencia recurrida; sin embargo, resulta perjudicada por esta resolución, ya que figura como titular de un determinado piso que el Ministerio Fiscal y la sala de instancia entendieron que era propiedad de Juan Francisco y que por ello tenía que ser incluido entre aquellos bienes que habrían de decomisarse.

Doña Carla fue parte en el procedimiento en calidad de responsable civil (podría haberse dicho «demandada civil») a instancias del Ministerio Fiscal por la circunstancia que acabamos de indicar: habría de resultar perjudicada por el comiso del piso del cual ella aparecía como titular. Actuó como parte civil en el procedimiento penal.

Como bien dice el escrito de recurso y acepta el Ministerio Fiscal en esta alzada, respecto de tal señora, aparte de su designación como parte civil en el encabezamiento (pág. 7), sólo aparece en el texto de la sentencia recurrida en un lugar, en el punto 11.1.11 (pág. 89), dentro del relato de hechos probados, donde se enumeran los bienes inmuebles que, como pertenecientes a empresas de los acusados adquiridas con dinero procedente del tráfico de drogas, han de quedar sometidas a la medida de comiso, como uno de los bienes relacionados en el citado apartado 11 de los hechos probados, conforme se dice en el fallo de tal resolución (pág. 196) y antes se razona en las páginas 188 y 189.

Podemos leer en esa página 89, como uno de los inmuebles pertenecientes a «XXXX, S. L.», lo siguiente:

11. Piso sin identificar en el EDIFICIO000 de Villanueva de Arosa (comprado mediante contrato privado por Carla, en calidad de testafarro de Juan Francisco, sin que haya sido satisfecha la totalidad del precio pactado).

Niega el escrito de recurso lo que en tal apartado 11 se dice a propósito de esa compra por esta señora en calidad de testafarro, es decir, de quien «presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona», según el diccionario oficial de la Real Academia de la Lengua Española; expresión muy utilizada en el ámbito de la ciencia del Derecho. Afirma que lo compró ella e incluso que hizo gestiones para terminar de pagar su precio, las que no fructificaron porque no le hicieron caso los administradores judiciales con los que tenía que entenderse.

El motivo 4.º de este recurso de Carla que estamos examinando se funda en el artículo 5.4 LOPJ (RCL 1985/1578, 2635) y se dice: *que con ese decomiso de un bien que le pertenecía a ella se vulneró el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE (RCL 1978/2836)*. Alega que ha sido sancionada como responsable civil en base a esa cualidad de testafarro, que la sentencia «copia literalmente del escrito de acusación del Ministerio Fiscal y que, al igual que hace éste, no concreta ni fundamenta en modo alguno». En definitiva se dice que aparece privada de su derecho de propiedad sin prueba de cargo válida.

Como bien dice el Ministerio Fiscal al impugnar este motivo 4.º, nos hallamos ante una materia, la discusión sobre el derecho de propiedad, respecto de la cual no rige la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE; pero sí rigen las correspondientes reglas de la carga de la prueba, conforme a las cuales, para afirmar esa condición de testafarro, tenía que haberse acreditado su realidad. Aquí no se ha probado tal condición y ni siquiera se ha intentado. Efectivamente, aparece afirmada por el Ministerio Fiscal sin que este propusiera prueba alguna al respecto. Y, como bien dice la recurrente, pasó del escrito de la acusación pública a la sentencia, sin que en esta se razonara nada sobre este punto, pese a figurar la señora Carla como parte civil en el procedimiento con su abogado y procurador, incluso habiendo contestado a la pretensión del Ministerio Fiscal en la parte que la afectaba (tomo 34, folio 11.052) negando expresamente esa cualidad de testafarro que se le atribuía.

Esto ciertamente no lesiona el derecho a la presunción de inocencia, pero sí el relativo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de falta de la motivación exigida en el artículo 120.3 CE.

Es claro que en una sentencia no puede sancionarse a nadie, aunque como aquí tal sanción no conste expresamente en la parte dispositiva de tal resolución, sin razonar el porqué de esta sanción.

Hemos de llamar nuevamente la atención sobre este tema, pues es frecuente que, en un caso como el que estamos examinando, en el que lo importante son las cuestiones penales, haya omisiones de motivación en cuanto a las civiles: hay que fundamentar también las sanciones o condenas civiles que se hacen en las resoluciones penales. Aquí hubo, inserta en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, una demanda civil contra doña Carla, a la que se trajo como parte en el procedimiento (pág. 7 de la sentencia recurrida), la cual contestó a esa demanda como acabamos de decir (folio 11.052); y sin razonamiento alguno se afirma la mencionada condición de testafierro con lo que queda sancionada con la pérdida de su derecho de propiedad sobre el piso del EDIFICIO000 de Villanueva de Arosa.

Tiene razón la recurrente en este motivo 4.º de su recurso que hemos de estimar con el alcance que ha quedado expuesto.

La estimación de este motivo en la forma que acabamos de explicar hace innecesario el examen de los otros cinco motivos de este recurso.

29. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª). Sentencia número 186/2007, de 15 de febrero (RJ 2007/3846).

SEGUNDO

El motivo primero se decanta por denunciar la vulneración del principio de tutela judicial efectiva y del derecho a un juicio con todas las garantías:

1. Su contenido es semejante al anterior ya que se limita a denunciar el comiso del apartamento de Ayamonte, sosteniendo que es propiedad de GGGG, S. L., que no fue citada a juicio como responsable civil y no tuvo oportunidad de defenderse.
2. Respecto del defecto formal de no ser llamada a juicio y poder defenderse. La sentencia recurrida ha considerado que las fincas de las que dice es titular la Sociedad GGGG, S. L., eran el producto directo de una acción ilícita cometida por uno de los acusados que había utilizado los beneficios conseguidos a través de un delito contra la salud pública, para adquirir los bienes que posteriormente son decomisados. Nos encontramos, por tanto, ante ganancias provenientes directamente del delito y que se tratan de encubrir o disimular bajo la apariencia formal de una sociedad que no es más que una pantalla o cobertura, utilizada para tratar de eludir las consecuencias derivadas de su procedencia ilícita.

La sentencia declara probado, con arreglo a la abundante prueba practicada, que la Sociedad Glaciar, S. L., pertenecía al recurrente, que la dominaba y manejaba.

3. En atención a todo lo expuesto resulta claro *que la entidad societaria GGGG, S. L., no tenía por qué haber sido llamada al proceso, ya que el acusado era el único y verdadero titular de la misma* y desde el momento en que se formuló acusación y se solicitó el comiso, tuvo oportunidad no solamente de defender su postura respecto del hecho delictivo, sino de demostrar de forma convincente y sin lugar a dudas que pertenecía a un tercero de buena fe. El artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882716), ya citado, deja abierta la posibilidad de una tercería de dominio o mejor derecho, pero conviene recordar que los elementos probatorios serían los mismos que se han utilizado en el presente proceso.

VIII. INVESTIGACIÓN CRIMINAL/TUTELA JUDICIAL

30. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 737/2009, de 6 de julio (RJ 2009/5977).

Resulta ocioso polemizar sobre la gravedad del narcotráfico y del blanqueo de él derivado, pero *previamente la gravedad de estos delitos no puede ser interpretada como conveniencia de un «adelgazamiento» de las garantías del proceso*, éste, el proceso debido, no está en relación inversamente proporcional con la importancia o gravedad de los delitos que se instruyen. No hay causas graves y causas leves, sino procesos justos o injustos. La exigencia de eficacia en la lucha contra este delito no puede tener como contrapartida una excepcionalidad procesal definida por la quiebra de los derechos fundamentales, antes bien, la exigencia de eficacia debe venir unida inexorablemente al respeto a las garantías fundamentales.

Es patente que *el éxito de la investigación realizada con vulneración de los derechos constitucionales, no sana en raíz aquella nulidad inicial*, el aceptar este planteamiento sería tanto como entronizar el principio de que el fin justifica los medios, cuando la legitimidad de los medios es la que legitima y acredita la bondad de los fines.

Como es sabido, el origen de la *teoría del «descubrimiento inevitable»* se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano —Brewer vs. Williams, U.S. vs. Leccolini— y *constituye uno de los límites a los efectos de la teoría de exclusión de los frutos del árbol envenenado*. Se trata por decirlo plásticamente, de una exclusión de la exclusión, en virtud de la cual cuando la prueba obtenida como consecuencia de la violación de algún derecho fundamental, se hubiera obtenido de todos modos por medios lícitos, entonces no resulta razonable su exclusión, porque en cualquier caso se hubiera llegado al mismo descubrimiento por medios lícitos.

El típico ejemplo estaría constituido por un doble sistema de investigación mediante intervención telefónica y seguimientos y vigilancias policiales autónomas de aquellos —y por tanto no alimentadas por las informaciones de las conversaciones intervenidas, ni parasitarias de ellas—.

31. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 960/2008, de 26 de diciembre (RJ 2009/1378).

Así, el mecanismo utilizado estribaba en valerse de embarcaciones que registraban a nombre de sociedades constituidas en el extranjero o a la identidad de personas que desconocían el uso indebido de la suya propia, para trasladar desde Sudamérica y el Caribe tal sustancia, así en el velero «DIRECCIÓN 000» de bandera norteamericana, con radiobaliza distintiva NÚM. 000 y distintiva NÚM. 001 de la que aparece como titular Jose Ángel, o en el velero «Blauco», motovelero registrado a nombre de Dulawich Services LTD, en Guernsey (Islas Normandas) de la que es apoderado José Carlos.

Pero no es menos cierto que se hace preciso partir de una distinción entre aquellas alegaciones que afectan al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de aquellas otras que enlazan con el derecho a la tutela judicial efectiva o a un proceso con todas las garantías. *Las primeras son vicios ocasionados durante la ejecución de la injerencia en ese derecho fundamental que pueden determinar su nulidad; y otra diferente es que una vez cesado la intromisión en el secreto de las comunicaciones puedan detectarse vicios o irre-*

gularidades, como sería una aportación procesalmente incorrecta de los resultados de las intervenciones, que eliminan la eficacia probatoria de las escuchas y sus grabaciones, pero que no afectan al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones proclamado en el artículo 18 de la Constitución (RCL 1978/2836), por lo que trasciende a otros medios de prueba —testificales, incautaciones, registros— y nos adentramos en el ámbito del artículo 24, del derecho a la tutela judicial efectiva o a un proceso con todas las garantías, en el que se tratará de comprobar si la prueba se ha producido de forma procesalmente correcta y sujeta a los principios de contradicción y de legalidad. Así se ha pronunciado asimismo la sentencia del Tribunal Constitucional de la que se ha hecho antes mención, 126/2000, de 16 de mayo (RTC 2000/126), en la que se declara que «hemos dicho últimamente [SSTC 121/1998, de 15 de junio (RTC 1998/121), 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999/166) y 236/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999/236)] que no constituyen una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas en el control judicial a posteriori del resultado de la intervención telefónica, pues no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo de derechos, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales. En definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del artículo 18.3 CE (RCL 1978/2836), sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada, no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia [en el mismo sentido, SSTC 121/1998 (RTC 1998/121), FJ 5; 151/1998 (RTC 1998/151), FJ 4, y 49/1999 (RTC 1999/49), FFJJ 12 y 13].

Por tanto es preciso no confundir las vulneraciones del derecho al secreto de las comunicaciones que pueden determinar su nulidad con otras cuestiones relativas a la forma en que esas conversaciones hayan podido pasar a incorporarse al acervo probatorio.

32. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 893/2008, de 16 de diciembre (RJ 2009/3054).

Tercero.—A partir de entonces, el citado Rubén —quien, con anterioridad, se había dedicado a la importación de vehículos desde Alemania figurando, en consecuencia, como apoderado o administrador único de entidades como: 1.º «KKKK», S. L., con domicilio en la citada calle ÑÑÑÑ 2, 3.º G de Madrid; 2.º «LLLL», S. L., con idéntico domicilio; 3.º «PPPPP», S. L., con el mismo domicilio; 4.º «HHHHH», S. L.»; 5.º «NNNN», S. L.; 6.º «WWWWl», S. L., y 7.º «GGGG», S. L., entidades todas ellas sin actividad en la fecha de los hechos— y a quien se le ve en diversas reuniones con otros miembros de la organización, en concreto, en la cafetería Hellen's, sita en el Paseo de la Castellana, 204, de Madrid, el 11 de octubre, y los días 2 y 23 de noviembre de 2001, valiéndose de la propia infraestructura que le proporcionaban las citadas mercantiles, lleva a cabo varios tipos de actividades con los fines de la organización.

3. Ninguno de los datos anteriormente expuestos sugieren de forma razonable que el sospechoso esté cometiendo, haya cometido o vaya a cometer una acción delictiva. No lo indica la existencia de varias sociedades, por más que aparezcan inactivas salvo una de ellas a la que se reconoce una actividad

normal, sin datos que la hagan sospechosa; tampoco se acreditan actividades o relaciones con personas que las desarrollen que indiquen la posibilidad real de actuaciones delictivas.

33. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 154/2008, de 8 de abril (*RJ* 2008/2703).

Es de toda evidencia que la intervención de las comunicaciones telefónicas es un medio de investigación de enorme utilidad en la investigación de algunos delitos. De hecho, en el caso, así ha sido, pues ha permitido poner al descubierto una serie de operaciones desarrolladas a lo largo de un determinado período de tiempo y por un importe económico relevante, ascendente a unos 27.000.000 de euros. Pero la pretensión policial de acudir a este medio debe ser examinada críticamente por el Juez, como garante de los derechos fundamentales, de forma que solo cuando esté claramente justificada puede accederse a ella. Esta es la responsabilidad del Juez, y su incumplimiento o defectuoso cumplimiento, da lugar a consecuencias claramente negativas en orden a la validez de lo acordado.

34. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 154/2008, de 8 de abril (*RJ* 2008/2703).

En el motivo décimo, con apoyo en el artículo 849.1.º de la LECrim (*LEG* 1882/16), denuncian la indebida aplicación de los artículos 301 y 302 del Código Penal (*RCL* 1995/3170 y *RCL* 1996/777), pues consideran que los hechos son insuficientes a los efectos del tipo penal y la fundamentación es casi inexistente.

Y, efectivamente, los hechos, por sí mismos, carecen de significación delictiva. La constitución de una sociedad, o la aparición, como titulares o apoderados, en algunas cuentas corrientes junto o en relación con otros miembros de la familia, son en principio actos neutrales que no implican necesariamente participación en la actividad criminal. Nada se dice acerca de cómo los recurrentes utilizaron la sociedad o las cuentas, o bien de que su presencia en unas y otras formara parte de la aportación de elementos relevantes al plan delictivo, en la parte que a ellos les correspondía. Para esto último habría sido preciso acreditar que conocían la procedencia ilícita del dinero y que su actuación se dirigía a facilitar su ocultación, de lo que nada se dice en la sentencia. La incautación de una máquina de envasar al vacío, aun cuando pudiera ser un indicio para justificar la investigación, por sí mismo es insuficiente para acreditar la participación en la actividad delictiva.

Consecuentemente, ha de concluirse que los hechos probados no permiten considerarlos autores de un delito de blanqueo de capitales, lo que determinará su absolución.

35. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia número 1504/2003, de 25 de febrero (*RJ* 2004/1843).

2. *La tutela judicial efectiva*, uno de los derechos más invocados en toda clase de recursos en cualquier orden jurisdiccional, ha llegado, con reiterada frecuencia, a los órganos jurisdiccionales, por lo que existe una doctrina consolidada que nos permite sintetizar la respuesta.

La cobertura que el sistema judicial procura a los ciudadanos, se concentra en tres momentos distintos. *En primer lugar, se debe facilitar el acceso de*

los ciudadanos a la justicia y la posibilidad de poner en marcha los mecanismos procesales, invocando un determinado derecho. No se trata de un derecho absoluto, ya que está permitido rechazar la pretensión en el momento inicial. Esta decisión debe ser, en todo caso, motivada y con ello, no se vulnera la tutela judicial efectiva. En un segundo estadio, cuando ya se ha tenido acceso al proceso, el órgano judicial, al que corresponde su tramitación o su decisión definitiva, debe dar una respuesta a las pretensiones de los intervinientes, que satisfaga su derecho a conocer, de forma accesible y comprensible, cuales han sido los ejes sobre los cuales ha girado la resolución. Erradicada, por imperativo constitucional, la posibilidad de las respuestas inmotivadas y basadas en la simple y esquemática intima convicción, es necesario que la resolución que se dicte, esté suficientemente motivada, no sólo en los aspectos fácticos, con evaluación de la prueba utilizada para establecerlos, como en los fundamentos jurídicos, que normalmente tiene como misión dar cobertura o ropaje jurídico, a los hechos que sirven de antecedente. Por último, una verdadera protección judicial, exige que el sistema disponga de un elenco de recursos que, sin alargar innecesariamente la decisión firme, proporcione al afectado la posibilidad de que, esta decisión, sea revisada por un tribunal superior, que tenga la potestad de anularla, si no se ajusta a intereses lógicos de valoración de la prueba o infringe algún precepto legal.

IX. NON BIS IN IDEM

36. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 154/2008, de 8 de abril (RJ 2008/2703).

1. El principio *non bis in idem* no aparece expresamente formulado en la Constitución de 1978 (RCL 1978/2836). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido que debe considerarse incluido en el principio de legalidad del artículo 25, aunque tal inclusión sea discutida doctrinal y jurisprudencialmente. En la STC 23/2008 (RTC 2008/23), se encuadraba la prohibición de incurrir en *bis in idem* procesal o doble enjuiciamiento penal en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretándose en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada.

Tal como aparece formulado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (Nueva Cork, 19 de diciembre de 1966 [RCL 1977/893]), nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país. En el Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985 (RCL 1994/1000), que entró en vigor para España el 1 de marzo de 1994, el artículo 54, con las posibles excepciones contempladas en el artículo 55 en su caso, dispone que: «una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya, según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

En cualquier caso, lo que el principio prohíbe es, en el ámbito interno, la doble sanción penal por los mismos hechos, o incluso una segunda persecución a través de un nuevo procedimiento respecto de hechos ya enjuiciados, lo que implica que, para que pueda ser estimada su alegación, es precisa una sentencia

firme anterior, respecto de cuyo relato de hechos se pueda realizar una valoración en relación con los perseguidos en el nuevo procedimiento o contemplados en la segunda sentencia, que, naturalmente, ha de ser condenatoria.

37. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 737/2009, de 6 de julio (*RJ* 2009/5977).

El motivo quinto, por la vía del error *iuris* denuncia como indebidamente aplicados los artículos 301-1.º y 302 del Cpenal (*RCL* 1995/3170 y *RCL* 1996/777), relativo al delito de blanqueo de dinero, *pues al haberse condenado ya por el delito de tráfico de drogas, el blanqueo quedaría subsumido*.

La respectiva *autonomía de los delitos* de tráfico de drogas y blanqueo, cuando ambas conductas se predicán sobre la misma persona, ofrece el deslinde de ambos delitos y *diferenciar los supuestos en los que el blanqueo supondría el agotamiento del delito de tráfico de drogas, en cuyo caso quedaría englobado en éste, de aquellas otras conductas en las que se pueden diferenciar las dos operaciones de forma independiente*: se trafica y además se blanquea el dinero pero procedente de otras operaciones en las que no se ha traficada, lo que daría lugar a una situación de concurso real.

En definitiva, ese es el sentido del acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala, de 18 de julio de 2006 (*PROV* 2006/194934), según el cual:

«...*El artículo 301 del Cpenal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente...*».

En el presente caso es patente que se está en presencia de dos delitos diferentes cometidos por el recurrente Juan, sin que el blanqueo fuera consecuencia del tráfico enjuiciado. Por un lado, operaba como capitalista/financiadore de la red clandestina que capitaneaba Severino, y de otro, tenía su propia «comercial» destinada al blanqueo de dinero remitiendo los capitales a Colombia de la forma descrita en la sentencia llegando a enviar un total de 658.597 euros.

Es obvio que tenía una doble y autónoma actividad.

38. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 960/2008, de 26 de diciembre (*RJ* 2009/1378).

En un pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 18 de julio de 2006, se abordó el tema *del blanqueo de capitales cometido por el propio traficante* y se alcanzó el acuerdo de que el artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente, criterio que ha sido mantenido en sentencias de esta Sala como es exponente la número 1260/2006, de 1 de diciembre (*RJ* 2007/463), en la que se remite a dicho acuerdo y declara que no hay ningún obstáculo para la punición del delito de blanqueo y que se está ante dos delitos —tráfico de drogas y blanqueo de capitales— en concurso real. Y en ese sentido ya se había pronunciado sentencias de esta Sala anteriores a dicho acuerdo como sucedió con la sentencia 1293/2001, de 28 de julio (*RJ* 2001/8334), en la que se declara que tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el artículo 301 del Código Penal (*RCL* 1995/3170 y *RCL* 1996/777) tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan

participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva «o» entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, «o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción...». *Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la recepción*, dentro de nuestro sistema jurídico-penal.

Y en el supuesto que examinamos, la condena por el delito de blanqueo de capitales está justificada en cuanto han existido operaciones delictivas con anterioridad que determinaron el origen de los fondos que se declaran blanqueados, operaciones en las que el ahora recurrente ha podido no participar o bien no se haya podido determinar su participación. Y si lo que se pretende sostener es que en esas conductas delictivas hubiese intervenido este acusado, lo cierto es que eso no se declara probado.

39. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a). Sentencia número 769/2008, de 30 de octubre (RJ 2008/7129).

La Abogacía del Estado, en el recurso al que luego nos referiremos, aduce que la doctrina jurisprudencial admite la tributación de los incrementos patrimoniales no justificados independientemente de que se haya acordado o no el comiso. Y cita la sentencia de esta Sala, fechada el 21-12-1999 (RJ 1999/9436), que a su vez lo hace con la anterior del 27-9-1994 (RJ 1994/7227):

«El principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el Derecho que a quien lo respete, careciendo de todo sentido que, mientras que una persona que tenga beneficios lícitos, por ocultarlos a la Hacienda sea sancionada por un delito fiscal, otra, receptora de beneficios de ilícita procedencia, no pueda ser castigada por la comisión de dicha figura delictiva, pudiendo además materializarse con tales beneficios inversiones diversas que a su vez van a producir nuevos beneficios, y si se optare por la no tributación del dinero producido por la actividad económica ilegal, se estaría estableciendo una barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad en esta cadena de inversiones».

Pero no cabe desconocer que aquella doctrina ha sido matizada en la sentencia que cita la Audiencia, la del 28-3-2001 (RJ 2001/751):

«Para concretar la doctrina expuesta (dice la sentencia del 28-3-2001), ha de señalarse que para la aplicación del concurso de normas [art. 8.º CP (RCL 1995/3170 y RCL 1996/777)] en el *que la sanción penal por el delito, fuente directa de los ingresos, absorbe el delito fiscal que se considera consumido en aquél, es necesario que concurren tres requisitos; a) que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior*. Cuando no suceda así y nos encontremos ante ingresos de una pluralidad de fuentes o que sólo de manera indirecta tengan un origen delictivo porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias, no cabe apreciar el concurso normativo [sentencia 1493/99, de 21 de diciembre, caso Roldán (RJ 1999/9436)]. 2.º) *Que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena*. Cuando no suceda así, por prescripción, insuficiencia probatoria u otras causas, debe mantenerse la sanción por delito fiscal, dado que el desvalor de la conducta no ha sido sancionado en el supuesto delito fuente

[sentencia de 7 de diciembre de 1996, núm. 649/1996 (*RJ* 1996/8925)], caso «Nécora», fundamento jurídico octogésimo cuarto, en la que se mantiene la condena por delito fiscal respecto de ingresos supuestamente derivados de receptación, precisamente porque «por estimación de otros motivos de estos mismos recursos, hemos acordado absolver del delito de receptación. En consecuencia, los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen delictivo deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados. La procedencia ilícita de los bienes no puede constituirse en un beneficio o privilegio para el defraudador. 3.º) *Que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil*».

40. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª). Sentencia número 928/2006, de 5 de octubre (*RJ* 2007/29).

c) En conclusión: en el presente caso la prueba del origen delictivo de los bienes no se apoya en indicios plenamente probados, sino en una cadena de conjeturas, en la que el origen del dinero se establece suponiendo: (1) que todos los bienes no justificados de cada uno de los miembros de una familia provienen de un tráfico de drogas; (2) lo que es inferido de una participación del acusado en delitos por los que ha sido absuelto o sobreseído; (3) delitos que, además, nada tienen que ver con el tráfico de drogas, pero que estarían relacionados con él porque las supuestas víctimas, cuyos antecedentes por tráfico de drogas tampoco han sido judicialmente comprobados en la causa, pueden ser consideradas traficantes de drogas; (4) por lo que, finalmente, los homicidios y lesiones serían ajustes de cuentas entre traficantes. *Este razonamiento es claramente contrario a las reglas de la lógica (art. 717 LECrim)*, pues de la no participación en los supuestos ajustes de cuentas no se puede deducir nada en contra del que no ha participado.

Parece indudable —como hemos dicho— que los recurrentes han omitido la declaración fiscal de sus ingresos y no han justificado la fuente de los mismos. Pero, el delito del artículo 301.1 CP no consiste en la omisión de justificar los incrementos del patrimonio, sino en acciones positivas de receptación, transformación, ocultamiento, etc. de dinero proveniente de un delito. *Ello no significa que los incrementos patrimoniales no justificados sean impunes. La doctrina ha puesto de manifiesto la relación que existe entre el blanqueo de dinero y la persecución de incrementos patrimoniales no justificados por medio del delito fiscal. Ambos tipos penales tienen un campo que les es común.* Pero, los presentes hechos, no obstante su relevancia fiscal, no han dado lugar a la acción por el delito del artículo 305 CP, al parecer por no haber sido comprobado en las diversas inspecciones fiscales una evasión que alcance el mínimo típicamente exigido.

RESUMEN

DELITO DE BLANQUEO
DE CAPITALES
COMISO

Es objeto de estudio el tratamiento jurisprudencial que el Tribunal Supremo (Sala II) ha dado al delito de blanqueo de capitales mediante la selección de la doctrina que al autor parece de mayor interés obtenida a partir de sentencias dictadas una vez reconocida tipificación propia a dicha figura. Tras una introducción en que se da cuenta de la aprobación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y se transcriben los preceptos del Código Penal sobre la materia (epígrafes 1 a 8) se estudia la evolución histórica de la tipificación penal del blanqueo de capitales (epígrafes 9 y 10); las características fundamentales de los tipos penales (epígrafes 11 a 21); las posibilidades de comisión por imprudencia y la incidencia que en esta materia tiene la consideración de sujeto obligado que tiene el Registrador, con inserción de la jurisprudencia contradictoria existente (epígrafes 22 a 25); se recogen pronunciamientos sobre el comiso, que pueden tener interés especial en cuanto recaiga sobre bienes registrados (epígrafes 26 a 29) y se transcriben pronunciamientos que estudian la delicada cuestión del equilibrio entre las necesidades de la investigación criminal y el principio de tutela judicial (epígrafes 30 a 35) para concluir con lo referente a la aplicación en esta materia del principio non bis in idem (epígrafes 36 al final).

ABSTRACT

CRIME OF MONEY LAUNDERING
CONFISCATION

This article is a study of the jurisprudential treatment that the Supreme Court (Division II) has accorded to the crime of money laundering. A selection of the doctrine that appears to the author to be of the most interest is presented, drawn from sentences handed down after money laundering as defined in the law has been recognised. In the introduction, an account is given of the approval of Act 10/2010 of 28 April on prevention of money laundering and the financing of terrorism. Then, the portions of the Penal Code that address money laundering are transcribed (sections 1 to 8). This is followed by a look at: the historical evolution of the definition of money laundering as a crime (sections 9 and 10); the fundamental characteristics of the criminal charges (sections 11 to 21); the possibilities of commission through negligence and, in such cases, the effect of a registrar's being regarded as a taxpayer, plus existing contradictory jurisprudence (sections 22 to 25). There is a collection of pronouncements on confiscation, which may be of special interest whereas they concern registered property (sections 26 to 29). This is followed by a transcription of pronouncements that look at the delicate issue of the balance between the needs of the criminal investigation and the rule of judicial protection (sections 30 to 35). Lastly the application of the rule of non bis in idem in matters of this sort is discussed (sections 36 to the end).

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 27-5-2010. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 8/2010, de 20-5-2010, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

— Resolución de 22-6-2010. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 10/2010, de 16-6-2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 4/2010. 20-5-2010. Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

— Ley Orgánica 5/2010. 22-6-2010. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995, del Código Penal.

— Ley 11/2010. 28-6-2010. Reforma del sistema de apoyo financiero a la internacionalización de la empresa española.

— Real Decreto-ley 8/2010. 20-5-2010. Adopta medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 8/2010. 20-5-2010. Adopta medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (*BOE* 25-5-2010).

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 8/2010. 20-5-2010. Adopta medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (*BOE* 26-5-2010).

— Real Decreto-ley 9/2010. 28-5-2010. Autoriza a la Administración General del Estado el otorgamiento de avales a determinadas operaciones de financiación en el marco del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera de los Estados miembros de la Zona del Euro.

— Real Decreto-ley 10/2010. 16-6-2010. Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

— Instrumento de ratificación del Protocolo número 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, hecho en Estrasburgo el 13-5-2004.

— Instrumento de Ratificación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, hecho en Ginebra el 20-12-1996.

— Cuarta Acta de corrección de errores del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13-12-2007.

— Corrección de errores. Ley 2/2010. 1-3-2010. Traspone determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 494/2010. 30-4-2010. Modifica el Real Decreto 1370/2008, de 1-8-2008, que desarrolla la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno.

— Real Decreto 693/2010. 20-5-2010. Modifica el Real Decreto 1314/1984, de 20-6-1984, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social.

— Real Decreto 763/2010. 11-6-2010. Modifica el Real Decreto 639/2009, de 17-4-2009, que establece las Comisiones Delegadas del Gobierno.

— Real Decreto 825/2010. 25-6-2010. Desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3-3-2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 495/2010. 30-4-2010. Aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 564/2010. 7-5-2010. Modifica el Real Decreto 1558/2005, de 23-12-2005, por el que se regulan los requisitos básicos de los Centros integrados de formación profesional.

— Real Decreto 565/2010. 7-5-2010. Determina los derechos que, como consecuencia de la extinción del régimen de previsión de los médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo, se reconocen a los beneficiarios del citado régimen.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 1150/2010. 26-4-2010. Constituye el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, según las listas definitivas de aprobados remitidas por los Tribunales calificadoros.

— Resolución de 5-5-2010. Resuelve el concurso ordinario número 279 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 12-3-2010, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 13-5-2010. Convoca oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 21-6-2010. Anuncian determinados Registros de la Propiedad, radicados en el territorio español, con excepción de la Comunidad Autónoma de Cataluña, para su provisión conforme a lo dispuesto en el artículo 503 del RH.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 22-4-2010. Aprueba el Anexo del Reglamento 2/2010, sobre criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los servicios comunes procesales.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 449/2010. 16-4-2010. Modifica el Real Decreto 1917/2009, de 11-12-2009, por el que se aprueba el Programa Anual 2010 del Plan Estadístico Nacional 2009-2012.

— Real Decreto 628/2010. 14-5-2010. Modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20-12-1996, sobre fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito y el Real Decreto 948/2001, de 3-8-2001, sobre sistemas de indemnización de los inversores.

— Real Decreto 712/2010. 28-5-2010. Régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago.

— Real Decreto 749/2010. 7-6-2010. Modifica el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4-11-2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4-11-2005, y otros reglamentos en el ámbito tributario.

— Real Decreto 764/2010. 11-6-2010. Desarrolla la Ley 26/2006, de 17-7-2006, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional.

— Orden 1160/2010. 29-4-2010. Modifica la Orden 1-2-1996, por la que se aprueban los documentos contables a utilizar por la Administración General del Estado; la Instrucción de Operatoria Contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado, aprobada por Orden 1-2-1996; y la Orden HAC/1300/2002, de 23-5-2002, por la que se aprueba la Instrucción de Contabilidad para la Administración General del Estado.

— Orden 1198/2010. 4-5-2010. Regula el Registro Electrónico del Ministerio de Economía y Hacienda.

— Orden 1338/2010. 13-5-2010. Aprueban los modelos de declaración del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2009 y el 31-12-2009. Se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 1464/2010. 28-5-2010. Modifica la Orden ECO/2652/2002, de 24-10-2002, por la que se desarrollan las obligaciones de comunicación de operaciones en relación con determinados países al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

— Orden 1490/2010. 28-5-2010. Regula el funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.

— Orden 1608/2010. 14-6-2010. Transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

— Orden 1665/2010. 11-6-2010. Desarrolla los artículos 71 y 76 del Real Decreto 217/2008, de 15-2-2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión en materia de tarifas y contratos-tipo.

— Orden 1717/2010. 11-6-2010. Regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión.

— Orden 1718/2010. 11-6-2010. Regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

— Resolución de 6-4-2010. Regula el procedimiento de consulta, a través de Internet, de apoderados para la constitución de garantías en la Caja General de Depósitos.

— Resolución de 22-4-2010. Publica la modificación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30-5-2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos.

— Resolución de 30-4-2010. Procedimiento para la realización de ciertos pagos a través de Agentes Mediadores.

— Resolución de 18-5-2010. Registro y gestión de apoderamientos y el registro y gestión de las sucesiones y de las representaciones legales de

menores e incapacitados para la realización de trámites y actuaciones por Internet ante la Agencia Tributaria.

— Resolución de 25-5-2010. Dicta instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2-8-1984, en los términos de la Disposición Final 4.^a de la Ley 7/2007, de 12-4-2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, y se actualizan, con efectos de 1-6-2010, las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio.

— Resolución de 31-5-2010. Corrige errores de la Resolución de 25-5-2010, por la que se dictan instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2-8-1984, en los términos de la Disposición Final 4.^a de la Ley 7/2007, de 12-4-2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, y se actualizan con efectos de 1-6-2010 las cuantías de las retribuciones del personal a que se refieren los correspondientes artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio.

— Resolución de 14-6-2010. Modifica el plazo de ingreso en periodo voluntario de los recibos del IAE sobre actividades económicas del ejercicio 2010, relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 3-5-2010. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 19-5-2010. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-6-2010. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 17-6-2010. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

— Resolución de 24-5-2010. Regula el Registro Electrónico de la Agencia Española de Protección de Datos.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 713/2010. 28-5-2010. Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

— Orden 1448/2010. 2-6-2010. Desarrolla el Real Decreto 404/2010, de 31-3-2010, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

— Orden 1459/2010. 28-5-2010. Crea la Sede Electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

— Orden 1483/2010. 2-6-2010. Determina las condiciones para la materialización de los fondos depositados en la cuenta especial del Fondo de Prevención y Rehabilitación.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL

— Real Decreto 754/2010. 4-6-2010. Modificación y ampliación de los medios patrimoniales adscritos a los servicios traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura por el Real Decreto 333/1999, de 26-2-1999, en materia de agricultura, Fondo Español de Garantía Agraria.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Resolución de 14-6-2010. 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.

— Acuerdo de Servicio de Préstamo entre los siguientes Estados miembros cuya moneda es el euro: el Reino de Bélgica, Irlanda, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia y KfW, actuando en interés público, con sujeción a las instrucciones y acogiendo a la garantía de la República Federal de Alemania, como Prestamistas, y la República Helénica como Prestatario y el Banco de Grecia como Agente del Prestatario, hecho en Bruselas y Atenas el 8-5-2010. Aplicación provisional.

— Acuerdo entre Acreedores suscrito por el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, Irlanda, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxem-

burgo, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia, hecho en Bruselas el 8-5-2010. Aplicación provisional.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Real Decreto 557/2010. 7-5-2010. Establece los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio del Ministerio de Educación para el curso 2010-2011.

— Real Decreto 558/2010. 7-5-2010. Modifica el Real Decreto 1892/2008, de 14-11-2008, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.

— Orden 1439/2010. 25-5-2010. Crea la Comisión de Coordinación de Bibliotecas del Ministerio de Educación y de los Organismos y Entidades vinculadas al mismo.

— Resolución de 29-4-2010. Establecen las instrucciones para el cálculo de la nota media que debe figurar en las credenciales de convalidación y homologación de estudios y títulos extranjeros con el bachiller español.

— Resolución de 31-5-2010. Corrige errores de la Resolución de 29-4-2010, por la que se establecen las instrucciones para el cálculo de la nota media que debe figurar en las credenciales de convalidación y homologación de estudios y títulos extranjeros con el bachiller español.

MINISTERIO DE CULTURA

— Real Decreto 490/2010. 23-4-2010. Modifica el Real Decreto 2062/2008, de 12-12-2008, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28-12-2007, del Cine.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Orden 1071/2010. 27-4-2010. Requisitos y datos que deben reunir las comunicaciones de apertura o de reanudación de actividades en los centros de trabajo.

— Corrección de errores. Real Decreto 486/2010. 23-4-2010. Protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a radiaciones ópticas artificiales.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 559/2010. 7-5-2010. Aprueba el Reglamento del Registro Integrado Industrial.

— Real Decreto 560/2010. 7-5-2010. Modifica diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial para adecuarlas a la Ley 17/2009, de 23-11-2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a 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.

— Corrección de errores. Real Decreto 560/2010. 7-5-2010. Modifican diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial para adecuarlas a la Ley 17/2009, de 23-11-2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a 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.

— Real Decreto 691/2010. 20-5-2010. Regula la Televisión Digital Terrestre en alta definición.

— Resolución de 19-5-2010. Crea el registro electrónico de la entidad pública empresarial Red.es.

MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL

— Real Decreto 831/2010. 25-6-2010. Garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo.

— Orden 1466/2010. 28-5-2010. Actualiza el Anexo VI del Real Decreto 1030/2006, de 15-9-2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Real Decreto 684/2010. 2-5-2010. Aprueba el Reglamento de Honores Militares.

— Sentencia de 10-12-2009. Declara nulo de pleno derecho el artículo 233.2 del Reglamento del IS, aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15-10-1982, en la parte que indica «siempre que éstos sean residentes en España».

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia de 30-4-2010. Establece la siguiente doctrina: «En el supuesto de las adjudicaciones y transmisiones originadas por la disolución del matrimonio, y previsto en el artículo 45.I.B) 3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, por el cual se aprueba el TR de la Ley del ITP y AJD, la exención de tributos únicamente es aplicable a las disoluciones en que haya efectiva comunidad de bienes (sociedad conyugal); por tanto esta exención no es aplicable a los supuestos en que rija un régimen económico-matrimonial de separación de bienes».

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 2/2010. 8-4-2010. Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte.

— Ley 3/2010. 21-5-2010. Modifica diversas leyes para la trasposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12-12-2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

— Ley 4/2010. 8-6-2010. Aguas de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Ley 5/2010. 11-6-2010. Autonomía Local de Andalucía.

— Ley 6/2010. 11-6-2010. Reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Real Decreto 447/2010. 12-4-2010. Nombra Presidente de la Audiencia Provincial de Córdoba a don Eduardo Baena Ruiz.

— Decreto-ley 2/2010. 28-5-2010. Aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público andaluz.

— Decreto-ley 3/2010. 8-6-2010. Modifica, amplía y aprueba una nueva edición del Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA).

— Decreto 114/2010. 6-4-2010. Aprueba el III Plan Andaluz del Voluntariado 2010-2014.

— Decreto 193/2010. 20-4-2010. Regula la calificación y se crea el Registro de Empresas de Inserción en Andalucía.

— Decreto 194/2010. 20-4-2010. Establecimientos de apartamentos turísticos.

— Decreto 274/2010. 27-4-2010. Modifica el Reglamento General de Tesorería y Ordenación de Pagos, aprobado por Decreto 46/1986, de 5-3-1986, en materia de reintegro de cantidades.

— Decreto 281/2010. 4-5-2010. Regula la composición y funciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno.

— Decreto 282/2010. 4-5-2010. Aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía.

— Orden 26-4-2010. Establece las bases reguladoras de las ayudas al establecimiento y mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo en Andalucía.

— Acuerdo de 7-4-2010. Aprueba la Reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía.

ARAGÓN

— Ley 2/2010. 26-5-2010. Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

— Ley 3/2010. 7-6-2010. Modifica parcialmente la Ley 6/2003, de 27-2-2003, del Turismo de Aragón.

— Ley 4/2010. 22-6-2010. Modifica la Ley 9/1998, de 22-12-1998, de Cooperativas de Aragón.

— Decreto-ley 1/2010. 27-4-2010. Modificación de diversas leyes de la Comunidad Autónoma de Aragón para la trasposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12-12-2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

— Decreto 100/2010. 7-6-2010. Salva una omisión en el Decreto 84/2010, de 11-5-2010, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el marco organizativo para la aplicación en Aragón de la Ley 45/2007, de 13-12-2007, para el desarrollo sostenible del medio rural.

— Orden 26-4-2010. Regula el procedimiento telemático de presentación de solicitudes de inscripción en el Registro de Solicitantes de Vivienda Protegida de Aragón.

ASTURIAS

— Decreto 53/2010. 16-6-2010. Sustituye para el año 2011 una de las fiestas de ámbito nacional por la fiesta regional del 8-9-2011, Día de Asturias.

BALEARES

— Ley 1/2010. 17-5-2010. Modificación de la Ley 3/2002, de 17-5-2002, de estadísticas.

- Ley 2/2010. 7-6-2010. Consejo Audiovisual de las Illes Balears.
- Ley 3/2010. 7-6-2010. Constatación de censos y alodios y de extinción de los inactivos.
- Ley 4/2010. 16-6-2010. Medidas urgentes para el impulso de la inversión.
- Ley 5/2010. 16-6-2010. Reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears.
- Ley 6/2010. 17-6-2010. Adoptan medidas urgentes para la reducción del déficit público.
- Decreto 18/2010. 4-6-2010. Determina la composición del Gobierno y se modifica el Decreto 10/2010, de 9-3-2010, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica básica de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.
- Decreto 59/2010. 23-4-2010. Modificación del Decreto 129/2002, de 18-10-2002, de organización y régimen jurídico de la Administración Hidráulica de les Illes Balears.
- Decreto 64/2010. 14-6-2010. Aprobación de los Estatutos de la Universitat de les Illes Balears.

CANARIAS

- Ley 2/2010. 20-5-2010. Enajenación gratuita a favor del Ayuntamiento de la Villa y Puerto de Tazacorte, de las antiguas instalaciones frigoríficas para la construcción de un edificio destinado a usos culturales y a albergar un museo interactivo del mar, en dicho término municipal, en la isla de La Palma.
- Ley 3/2010. 20-5-2010. Regula el tipo de gravamen aplicable a las entregas de vehículos híbridos eléctricos y de vehículos eléctricos.
- Ley 4/2010. 4-6-2010. Catálogo Canario de Especies Protegidas.
- Decreto 47/2010. 6-5-2010. Modifica el Decreto 135/2009, de 20-10-2009, por el que se regulan las actuaciones del Plan de Vivienda de Canarias para el periodo 2009-2012, así como otras normas en materia de vivienda.
- Decreto 52/2010. 20-5-2010. Modifica el Decreto 120/2009, de 1-9-2009, por el que se determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2010, y se abre plazo para fijar las fiestas locales.
- Orden 26-5-2010. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.
- Rectificación. Corrección de errores. Ley 1/2010. 26-2-2010. Igualdad entre Mujeres y Hombres.
- Corrección de errores. Ley 14/2009. 30-12-2009. Modifica la Ley 7/1995, de 6-4-1995, de Ordenación del Turismo en Canarias.

CANTABRIA

— Ley 1/2010. 27-4-2010. Modifica la Ley 6/2002, de 10-12-2002, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, y la Ley 11/2006, de 17-7-2006, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico.

— Ley 2/2010. 4-5-2010. Modificación de la Ley 1/2002, de 26-2-2002, del Comercio de Cantabria, y de otras normas complementarias para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12-12-2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

— Ley 3/2010. 20-5-2010. Modifica la Ley 1/2001, de 16-3-2001, de Colegios Profesionales de Cantabria, para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

— Decreto 30/2010. 22-4-2010. Regula la ejecución de los programas de desarrollo rural sostenible en Cantabria.

— Orden 7/2010. 10-5-2010. Regula la organización y el funcionamiento del Registro de Demandantes de Viviendas protegidas en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Reglamento regulador de viviendas municipales en supuestos de emergencia social.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 4/2010. 28-5-2010. Modifica el TR de la Ley de Cajas de Ahorro de Castilla y León, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, de 21-7-2005.

— Ley 5/2010. 28-5-2010. Modificación de la Ley 4/2000, de 27-6-2000, de Declaración del Parque Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia).

— Ley 6/2010. 28-5-2010. Declaración de Proyecto Regional del «Complejo de Ocio y Aventura Meseta-Ski».

— Decreto-ley 1/2010. 3-6-2010. Establecen medidas urgentes de adaptación al Real Decreto-ley 8/2010, de 20-5-2010, del Gobierno de la Nación.

— Decreto 24/2010. 10-6-2010. Regula la prestación de avales de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 741/2010. 17-5-2010. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 780/2010. 27-5-2010. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-2005, por la que se crea el registro telemático de la Admi-

nistración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos.

— Orden 784/2010. 2-6-2010. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 785/2010. 2-6-2010. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 821/2010. 8-6-2010. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos.

— Orden 835/2010. 3-6-2010. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 836/2010. 8-6-2010. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 858/2010. 20-5-2010. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

CATALUÑA

— Ley 7/2010. 21-4-2010. Modificación de la Carta Municipal de Barcelona.

— Ley 8/2010. 22-4-2010. Creación del municipio de La Canonja.

— Ley 9/2010. 7-5-2010. Modificación de la Ley 5/1994, de 4-5-1994, de regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios y de salvamentos de Cataluña.

— Ley 10/2010. 7-5-2010. Acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña.

— Corrección de errata. Ley 10/2010. 7-5-2010. Acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña.

— Ley 11/2010. 19-5-2010. Agencia Catalana de Inspección de Trabajo.

— Ley 12/2010. 19-5-2010. Consejo de Gobiernos Locales.

— Ley 13/2010. 21-5-2010. Plan Estadístico de Cataluña 2011-2014.

— Ley 14/2010. 27-5-2010. Derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia.

— Ley 15/2010. 28-5-2010. Declaración del Parque Natural del Montgrí, les Illes Medes i el Baix Ter, de dos reservas naturales parciales y de una reserva natural integral.

— Ley 16/2010. 3-6-2010. Modificación de la Ley 21/2000, de 29-12-2010, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica.

— Ley 17/2010. 3-6-2010. Lengua de signos catalana.

— Ley 18/2010. 7-6-2010. Sindicatura de Cuentas.

— Ley 19/2010. 7-6-2010. Regulación del IS y D.

— Decreto-ley 3/2010. 29-5-2010. Medidas urgentes de contención del gasto y en materia fiscal para la reducción del déficit público.

— Decreto 58/2010. 4-5-2010. Entidades deportivas de Cataluña.

— Orden 309/2010. 11-5-2010. Establece el calendario oficial de fiestas laborales para el año 2011.

— Resolución de 5-5-2010. Resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por la Resolución de 12-3-2010.

— Resolución 726/VIII, 9-6-2010. Convalida el Decreto-ley 3/2010, de 29-5-2010, de medidas urgentes de contención del gasto y en materia fiscal para la reducción del déficit público.

— Resolución 2139/2010. 21-6-2010. Anuncian determinados Registros de la Propiedad radicados en el territorio de Cataluña para su provisión conforme a lo dispuesto en el artículo 503 del RH.

EXTREMADURA

— Ley 4/2010. 28-4-2010. Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas de Calidad Agroalimentaria de Extremadura.

— Ley 5/2010. 23-6-2010. Prevención y calidad ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Ley 6/2010. 23-6-2010. Medidas urgentes y complementarias para la reducción del déficit público en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Corrección de errores. Ley 6/2010. 23-6-2010. Medidas urgentes y complementarias para la reducción del déficit público en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Real Decreto 754/2010. 4-6-2010. Modificación y ampliación de los medios patrimoniales adscritos a los servicios traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura por el Real Decreto 333/1999, de 26-2-1999, en materia de agricultura, Fondo Español de Garantía Agraria.

— Real Decreto 755/2010. 4-6-2010. Ampliación de los medios patrimoniales adscritos a los servicios traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura por el Real Decreto 1080/1985, de 5-6-1985, en materia de reforma y desarrollo agrario.

GALICIA

— Ley 3/2010. 23-6-2010. Modifica la Ley 9/2009, de 23-12-2009, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2010.

— Real Decreto 753/2010. 4-6-2010. Ampliación de los medios patrimoniales adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de Galicia por diversos Reales Decretos de traspasos de funciones y servicios.

— Decreto 84/2010. 27-5-2010. Regula el Programa Aluga para el fomento del alquiler de viviendas en la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Corrección de errores. Decreto 84/2010. 27-5-2010. Regula el Programa Aluga para el fomento del alquiler de viviendas en la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Decreto 97/2010. 10-6-2010. Modifica el Decreto 33/2007, de 1-3-2007, por el que se crea la Unidad de la Mujer y Ciencia de Galicia.

— Orden 26-4-2010. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 4-5-2010. Integración del personal funcionario en las escalas de inspección y subinspección urbanística creadas por la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 5/2004, de 29-12-2004, de modificación de la Ley 9/1992, de 30-12-1992, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

— Orden 19-5-2010. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 28-5-2010. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 7-6-2010. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Orden 16-6-2010. Incorpora dos nuevos procedimientos al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

LA RIOJA

— Ley 4/2010. 30-4-2010. Revisa y actualiza el Plan Regional de Carreteras de La Rioja.

— Ley 5/2010. 14-5-2010. Coordinación de Policías Locales de La Rioja.

— Decreto 25/2010. 30-4-2010. Modificación de diversos decretos para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12-12-2006, relativa a los servicios en el Mercado Interior.

— Decreto 30/2010. 14-5-2010. Crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja.

MADRID

— Ley 2/2010. 15-6-2010. Autoridad del Profesor.

— Ley 3/2010. 22-6-2010. Instalaciones Aeronáuticas de la Comunidad de Madrid.

— Ley 4/2010. 29-6-2010. Medidas Urgentes, por la que se modifica la Ley 9/2009, de 23-12-2009, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2010, para su adecuación al Real Decreto-ley 8/2010, de 20-5-2010, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

NAVARRA

— Ley Foral 8/2010. 20-4-2010. Regula en Navarra la venta directa de productos ligados a la explotación agraria y ganadera.

— Ley Foral 9/2010. 28-4-2010. Ayuda a las víctimas del terrorismo.

— Ley Foral 10/2010. 10-5-2010. Derecho a la Vivienda en Navarra.

— Ley Foral 11/2010. 2-6-2010. Cuentas Generales de Navarra de 2008.

— Ley Foral 12/2010. 11-6-2010. Adapta a la Comunidad Foral de Navarra las medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

— Decreto Foral Legislativo 4/2010. 10-5-2010. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral 31/2010. 17-5-2010. Aprueba el Reglamento de Control Interno.

— Decreto Foral 34/2010. 31-5-2010. Modifican el Reglamento del IRPF, aprobado por Decreto Foral 174/1999, de 24-5-1999, y el Reglamento del IS, aprobado por Decreto Foral 282/1997, de 13-10-1977.

— Decreto Foral 35/2010. 31-5-2010. Modifica el Reglamento del IVA, aprobado por Decreto Foral 86/1993, de 8-3-1993, y el Decreto Foral 8/2010, de 22-2-2010, por el que se regula el NIF y determinados censos relacionados con él.

— Orden Foral 40/2010. 19-4-2010. Aprueba, para los grupos fiscales que tributen por el régimen de consolidación fiscal, el modelo 220 de autoliquidación del IS para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-1009 y el 31-12-2009, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 41/2010. 19-4-2010. Aprueba el modelo del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes S-90, de autoliquidación para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2009 y el 31-12-2009, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 93/2010. 18-6-2010. Aprueba el Modelo 349 de declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.

PAÍS VASCO

— Decreto 147/2010. 25-5-2010. Renta de Garantía de Ingresos.

— Orden 27-5-2010. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en Resolución de Concurso Ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Ley 3/2010. 5-5-2010. Administración Electrónica de la Comunitat Valenciana.

— Ley 4/2010. 14-5-2010. Establece la Aplicación al Municipio de Torrent del Régimen de Organización de los municipios de gran población.

— Ley 5/2010. 28-5-2010. Establece la aplicación al municipio de Gandía del régimen de organización de los municipios de gran población.

— Ley 6/2010. 28-5-2010. Modificación del TR de la Ley de Consejos Escolares de la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto Legislativo de 16-1-1989, del Consell.

- Ley 7/2010. 8-6-2010. Establece la aplicación al municipio de Orihuela del régimen de organización de los municipios de gran población.
- Ley 8/2010. 23-6-2010. Régimen Local de la Comunitat Valenciana.

II. Información de actividades

ARAGÓN

El día 3 de mayo, dentro del ciclo CAI en el Siglo XXI, Economía de la Crisis y la Reactivación, don Álvaro CUERVO (Catedrático de Economía de la Empresa de la Universidad Complutense de Madrid, Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Oviedo, León y de Castilla-La Mancha, Profesor visitante en Stern School of Business Nueva York y Berkeley, Miembro del Consejo de Administración de: ACS, del grupo Thussen Krupp Industrie, Sonae Industria y Miembro del Consejo Consultivo de Privatizaciones del Gobierno Español, Consejero de Bolsas y Mercados Españoles), pronunció su CONFERENCIA: *LA CRISIS, UNA PERSPECTIVA EMPRESARIAL*.

* * *

El día 10 de mayo, don Alfonso CANDAU, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, pronunció la CONFERENCIA: *LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA* en el Ilustre Colegio Notarial de Aragón.

* * *

El 19 de mayo, organizado por la fundación Manuel Giménez Abad, tuvo lugar el SEMINARIO SOBRE *LAS POLÍTICAS DE LA MEMORIA EN LA UNIÓN EUROPEA*, impartido por don Carlos CLOSA MONTERO, Profesor-Investigador del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

* * *

Los días 1 y 2 de junio, organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, en colaboración con el Real Instituto Elcano y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tuvo lugar la CONFERENCIA INTERNACIONAL: *EL PAPEL DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES Y REGIONALES EN LOS ASUNTOS EUROPEOS Y EN EL CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA*, con arreglo al siguiente programa:

Inauguración:

A cargo de don FRANCISCO PINA CUENCA, Presidente de las Cortes de Aragón; doña Clara MAPELI MARCHÉN, Subdirectora de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; don Charles POWELL, Subdirector de Investigación y Análisis del Real Instituto Elcano, y don Lothar WITTE, Delegado de la Fundación Friedrich Ebert en España.

Conferencia Inaugural:

Presentación por doña Elena GARCÍA GUITIÁN, Directora General de Relaciones con las Cortes, Ministerio de la Presidencia; don Luc VAN DEN BRANDE, Presidente de la Comisión CIVEX; Ponente del Libro Blanco sobre Gobernanza multinivel, Comité de las Regiones.

Primera sesión: *Un nuevo papel para los Parlamentos nacionales en los asuntos europeos tras el Tratado de Lisboa (Alemania como ejemplo)*. Presidente de Mesa: don Mario KÖLLING, Fundación Manuel Giménez Abad; don Arthur DYEVE, Investigador García Pelayo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; doña Daniela KIETZ, Investigadora de la Stiftung Wissenschaft und Politik, Berlín, y don Axel SCHÄFER, Diputado del Bundestag alemán, miembro de la Comisión para Asuntos de la Unión Europea.

Conferencia: *Un nuevo modelo de las relaciones entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento europeo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa*, por don José María GIL DE ROBLES Y GIL DELGADO, ex Presidente del Parlamento Europeo.

Segunda sesión: *El impacto de la integración europea sobre las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo en los Estados miembros. Experiencias comparadas*. Moderador: don Ignacio MOLINA, Investigador principal del área Europa en el Real Instituto Elcano; don Andrés JAKAB, Investigador García Pelayo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; doña Sonia PIEDRAFITA, Profesora Titular, Universidad Autónoma de Madrid, y doña Claudia STORINI, Profesora Titular, Universidad de Navarra.

Tercera sesión: *Parlamentos regionales, subsidiariedad y Unión Europea*. Presentación por doña Mayte SALVADOR, Investigadora García Pelayo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y Ana CARMONA, Profesora Titular, Universidad de Sevilla.

Clausura: *Visión desde los Parlamentos autonómicos*. María Jesús ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Presidenta del Parlamento de Asturias; doña Arantza QUIROA CIA, Presidenta del Parlamento Vasco, y don Francisco PINA CUENCA, Presidente de las Cortes de Aragón.

* * *

El día 7 de junio, dentro del ciclo organizado por CAI, Economía de la Crisis y la Reactivación, don Alejandro JARA, Director General Adjunto de la Organización Mundial de Comercio, pronunció su CONFERENCIA: *LA CRISIS Y EL COMERCIO INTERNACIONAL*.

* * *

El día 15 de junio, organizado por la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomo, tuvo lugar el SEMINARIO SOBRE *LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS EUROPEOS*, impartido por don Alan TARR, Director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Rutgers (New Jersey).

CANTABRIA

Los días 7 a 9 de julio de 2010 tuvo lugar en Santander el ENCUENTRO: *PROBLEMAS REGISTRALES EN LA SITUACIÓN ACTUAL DE CRISIS ECONÓMICA*.

Dirección: Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Registrador Mercantil de Barcelona.

Secretaría: María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, Consejera Técnica del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Ponencias:

- «Aportaciones a cuenta de inmuebles futuros y situaciones concursales de la empresa inmobiliaria», por Rafael ARNÁIZ RAMOS, Registrador de la Propiedad de Barcelona.
- «Control de legalidad de las cláusulas abusivas en materia hipotecaria y la crisis económica», por Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.
- «Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad», por Heliodoro SÁNCHEZ RUS, Registrador Mercantil de Barcelona.

- «Concurso de acreedores y Registro Mercantil», por Luis FERNÁNDEZ DEL POZO.
- «Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación», por Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Registrador de la Propiedad de Madrid.
- «Crisis financiera y actividades irregulares de empresas de captación de recursos financieros», por Nicolás NOGUEROLES PEIRÓ, Registrador de la Propiedad de Barcelona.
- «Vivienda familiar y concurso de acreedores», por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARIS.

Mesa redonda:

- *Todos los problemas derivados del concurso*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARIS, Profesora de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid; Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES y Heliodoro SÁNCHEZ RUS.

Moderador: Luis FERNÁNDEZ DEL POZO.

Clausura: Alfonso CANDAU PÉREZ, Decano Presidente del Colegio de Registradores de España, y Luis FERNÁNDEZ DEL POZO.

MADRID

El día 17 de junio de 2010 se celebró, en la sede de la Fundación Colquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, una JORNADA DE MAÑANA Y TARDE dedicada a *LOS DESACUERDOS EN EL DERECHO*. Las ponencias corrieron a cargo de José Juan MORESO, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, y se siguieron de sendas contraponencias pronunciadas por Luis PRIETO SANCHÍS, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, y Jordi FERRER BELTRÁN, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Gerona.

La primera conferencia del Profesor MORESO se titulaba *Tomates, hongos y significado jurídico*. Sirviéndose del ejemplo ficticio de la inducción del coma como medida punitiva, el ponente nos presentó varias respuestas a la cuestión de qué se debe considerar «tratos crueles, inhumanos o degradantes». De este modo, encontramos un abanico de propuestas que van desde el subjetivismo u «originalismo» al razonamiento moral, pasando por el «constitucionalismo popular», el pragmatismo, o el positivismo que otorga discrecionalidad a los jueces. El ponente dio una visión crítica de estas corrientes, apoyándose en argumentos de Dworkin.

El Profesor MORESO nos expuso el objetivo principal de su intervención, que consistía en establecer que una manera especialmente clara de sostener la vinculación entre el derecho y la moralidad consiste en adoptar una concepción del significado conforme a la denominada *teoría causal de la referencia*, que es compatible con el realismo moral. De acuerdo con ésta: «no es el significado lo que determina la referencia de nuestras expresiones, sino al revés: es la referencia lo que determina el significado». Volviendo al ejemplo de la crueldad del coma punitivo, puede comprenderse que «los desacuerdos acerca del significado de *cruel* son desacuerdos *genuinos*, dado que todos nos referimos a los mismos comportamientos por tal expresión y ello es compatible con disponer de teorías (morales) diversas acerca de la crueldad y, por lo tanto, con asociar diversas propiedades a este predicado: será la mejor teoría (la teoría verdadera) de la crueldad la que captará las propiedades adecuadas».

El título de la ponencia se refería a la controversia en Estados Unidos, a propósito de una legislación fiscal, sobre si los tomates debían considerarse verduras o frutos, y de modo similar, la discusión, a raíz de una legislación alemana que castigaba el tráfico de plantas alucinógenas, de si los hongos debían considerarse como categoría diferenciada a las plantas. En ambos casos los altos tribunales optaron por la opción más «sensata», aunque «parece incompatible con la teoría causal de la referencia», y es incluir a los tomates en las verduras y a los hongos en las plantas, aunque sus significados auténticos no sean éstos. El ponente solucionaba esta aparente incompatibilidad flexibilizando la teoría causal de la referencia: «en aquellas ocasiones en que la intención concreta de las autoridades legislativas es suficientemente clara, hay razones para deferir a ellas y atribuir significado a dichas expresiones recuperando la intención que las concibió».

Concluyó el Profesor MORESO con una propuesta de abandonar la concepción convencionalista del significado y «sustituirla por una concepción que acomode la idea de que es la referencia la que determina el significado, la idea de que hay —como quería Aristóteles— propiedades esenciales de las cosas. Y que, por lo tanto, debemos adoptar o bien la teoría causal de la referencia o, mejor, alguna *teoría híbrida* como teoría del significado, también del significado de las expresiones de los textos jurídicos».

La contraponencia titulada: *Sobre la identificación del derecho a través de la moral*, a cargo de Luis PRIETO SANCHÍS, consistió en un comentario crítico a lo expuesto por el Profesor MORESO. Comenzó con un comentario a diferentes teorías, como la de las fuentes sociales del derecho, el positivismo, o el realismo moral de DWORKIN, para pasar a un análisis de la *teoría híbrida* de MORESO. Ante los ejemplos de los *tomates* y los *hongos*, el ponente expresaba la confusión que la tesis de éste puede generar, pues nos encontraríamos ante la necesidad de «contar con un argumento que nos oriente acerca de cuándo hemos de usar la teoría causal y cuándo podemos abandonarla y

recurrir a las descripciones que las autoridades asociaban a determinadas expresiones». Según el Profesor PRIETO SANCHÍS, la teoría híbrida también plantea el problema de que (siguiendo el ejemplo de las penas crueles): «tratar *cruel* como un género natural supone que hay algo en la realidad independiente de nosotros que hace los comportamientos crueles». Esto acercaría la teoría de MORESO al esencialismo de KRIPKE, según el cual los nombres propios y los géneros naturales pueden ser tratados como designadores rígidos que denotan una misma referencia en cualquier mundo posible, que tienen una identidad trasmundana porque denotan esencias. El problema es que esta teoría se refiere a los géneros naturales. «¿Cabe predicar esto de nuestros conceptos morales? Creo que no: si la moral es obra de nuestra especie, entonces la moral no puede ser previa al surgimiento de nuestra especie, ni desarrollarse al margen de la misma». En base a estos y otros argumentos, el ponente mostró por tanto su desacuerdo en algunos puntos hacia lo expuesto por el primer conferenciante.

Por la tarde, José Juan MORESO volvió a introducir el tema de los desacuerdos en el derecho con la ponencia: *La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables*.

Ante la cuestión de la naturaleza del Derecho y su dependencia o no de lo que digan los tribunales, el ponente nos presentó, en primer lugar, la que vino a llamar *doctrina Julia Roberts*, según la cual los tribunales podrían equivocarse y dictar normas injustas, hecho que se da en la realidad cuando los mismos revocan sentencias anteriores, y que en la ficción se presentaba en la película *El informe pelícano*, en el que una estudiante de Derecho, interpretada por la actriz, arguye que el Tribunal Supremo de Estados Unidos está equivocado en el caso que se trata en cuestión.

Por otro lado, encontramos la *doctrina del Obispo Hoadly*, seguidora de un positivismo excluyente y que vendría a decir que: «el Derecho es lo que los jueces dicen que es y, por lo tanto, los jueces no pueden equivocarse».

Presentadas estas posturas, el Profesor MORESO presentó una conclusión con «un cierto aire de paradoja: los jueces pueden equivocarse, pero también han de ser obedecidos cuando se equivocan. (...) Ahora bien, el aire de paradoja tal vez comienza a desvanecerse cuando caemos en la cuenta de que esta es la situación de cualquier sistema de reglas con procedimientos para determinar su cumplimiento, de sistemas —como el Derecho— de justicia procesal imperfecta».

La contraponencia, pronunciada por Jordi FERRER BELTRÁN, consistió en algunos comentarios críticos a las tesis presentadas por José Juan MORESO. Con el título: *Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el Derecho*, el Profesor FERRER BELTRÁN expresó la posibilidad de que MORESO hubiese caído en un falso dilema, a saber, que o bien hay respuesta correcta respecto de lo que exigen las reglas y esa respuesta es inde-

pendiente de lo que digan los jueces, en cuyo caso los desacuerdos respecto de lo que éstas exigen son genuinos desacuerdos, o bien qué exija el Derecho depende únicamente de lo que diga cada juez en el caso concreto, de forma que los desacuerdos sobre lo que exige el Derecho no tienen sentido antes de que el juez se pronuncie. Sin embargo, asumiendo FERRER BELTRÁN una posición realista moderada, expuso una tercera opción: «el Derecho está formado por reglas, éstas pueden ser conocidas, pero no son independientes de lo que digan los jueces». Por tanto, el profesor sostuvo que los supuestos de desacuerdos irrecusables se podrían reducir al mínimo: «Si el Derecho está formado por normas, que son el producto de la interpretación y, a su vez (...) es un fenómeno convencional, cabe sostener que esas normas son el producto de convenciones interpretativas. Y en ausencia de esas convenciones, no hay respuesta al caso planteado. Sólo en este último caso estaríamos, pues, ante un supuesto de desacuerdo irrecusable».

Después de cada una de las sesiones, se dio paso a un coloquio, donde pudimos contar con interesantes intervenciones por parte de los presentes, que aportaron matices críticos e ideas nuevas a lo expuesto por los ponentes.

Ana COLOMER SEGURA

COLOMBIA

Los días 14 a 16 de julio de 2010 tuvo lugar en Bogotá, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, el CONGRESO INTERNACIONAL: *40 AÑOS DE LOS ESTATUTOS NOTARIAL, REGISTRAL Y DEL REGISTRO CIVIL COLOMBIANOS*.

Miércoles, 14 de julio:

Conferencia: Doctor Fernando HINESTROSA (Colombia).

- «El notario y los asuntos de la jurisdicción voluntaria. Trámite sucesoral». Licenciado Alfonso ZERMEÑO INFANTE, Presidente de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional de Notariado (México).
- «Constitución y reformas de sociedades en Estados Unidos de América». Doctor Dennis MARTÍNEZ, Notario; miembro de la Academia Notarial Americana (Puerto Rico).
- «El debido procedimiento administrativo registral. El folio real electrónico cartular simultáneo». Doctor Alberto RUIZ DE ERENCHUN, Director General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (Argentina).

Jueves, 15 de julio:

- «Nuevas tecnologías y función notarial». Conferencia del Consejo Nacional de Notarios de Francia.
- «Registro de la Propiedad en España y nuevas tendencias». Conferencia: Doctor Eduardo MARTÍNEZ (España).
- «Documento electrónico y acto notarial». Conferencia del Consejo Nacional de Notarios de Francia.
- «Sistema de Registro Civil en México». Doctor Carlos Raúl ANAYA MORENO, Director del Registro Nacional de Población e Identificación de México; Vicepresidente del Consejo Latinoamericano y del Caribe de Identificación y Registro Civil.
- «Desarrollo tecnológico del Registro de la Propiedad en España». Doctor Juan Pablo GARCÍA YUSTO (España).

Viernes, 16 de julio:

- «Panorama y perspectivas del Registro Civil en Colombia». Doctor Carlos ARIEL SÁNCHEZ, Registrador Nacional del Estado Civil (Colombia).

Conferencia: Doctora Cristina ARMELLA (Argentina).

«Desplazamiento forzado en Colombia y el Registro de la Propiedad». Doctor Javier DARÍO ANAYA, Ex-Superintendente Delegado para el Registro de Instrumentos Públicos (Colombia).

CHILE

Los días 7 a 16 de junio de 2010 tuvo lugar en Santiago de Chile y organizado por la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral y la Universidad Central de Chile, el PRIMER CURSO DE *DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO CHILENO Y COMPARADO*.

Director académico: Marco Antonio SEPÚLVEDA LARROUCAU, Abogado; Máster en Economía y Gestión para Abogados; Profesor de Derecho Civil de las Universidades Central de Chile y Gabriela Mistral; Profesor de Derecho Inmobiliario de la Universidad Internacional SEK; miembro supernumerario de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral y Diploma en el IX Curso de Derecho Registral Iberoamericano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Universidad Autónoma de Madrid.

Patrocinios: Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile.

Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
Colegio de Abogados de Chile.

Programa:

- 24 de mayo: «Los sistemas registrales y el principio de fe pública», por Juan José RIVAS MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad de España.
- 31 de mayo: «Transferencia del dominio y constitución de derechos reales en el Derecho Romano», por Ángela CATTAN ATALA, Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile y Profesora de Derecho Romano.
- 7 de junio: «Sistemática de los principios registrales y el principio de legitimación», por Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Registrador de la Propiedad de España.
- 14 de junio: «Los sistemas registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario. Seguro de títulos», por Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Registrador de la Propiedad de España.
- 21 de junio: «Sistemas de transferencia del dominio. Principios de inscripción y de causalidad o consentimiento formal», por Marco Antonio SEPÚLVEDA LARROUCAU, Profesor de Derecho Civil.
- 5 de julio: «Principios de rogación y de tracto sucesivo. Inmatriculación de inmuebles», por Enrique Sergio ROSSEL RICCI, Conservador de Bienes Raíces.
- 12 de julio: «Principio de especialidad o determinación. Folio (personal-real) y Catastro», por Enrique Sergio ROSSEL RICCI, Conservador de Bienes Raíces.
- 19 de julio: «Principio de legalidad (calificación registral) y responsabilidad de los conservadores», por Elías MOHOR ALBORNOZ, Conservador de Bienes Raíces.
- 26 de julio: «Principios de prioridad y oponibilidad», por Marco Antonio SEPÚLVEDA LARROUCAU, Profesor de Derecho Civil.
- 9 de agosto: «Rectificación y reconstitución del Registro. Regularizaciones de la propiedad», por César FUENTES VENEGAS, Conservador de Bienes Raíces.
- 16 de agosto: «Los Registros de Aguas», por Humberto SANTELICES NARDUCCI, Notario Público.
- 23 de agosto: «El Registro de Minería», por Nelson GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Conservador de Bienes Raíces.
- 30 de agosto: «Propiedad indígena: transferencia y registro», por Mario OLMOS LOPOMO, Conservador de Bienes Raíces.
- 6 de septiembre: «Naturaleza jurídica de la función conservatoria y del procedimiento registral», por Gonzalo RUZ LÁRTIGA, Director

del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Central de Chile.

- 20 de septiembre: «Telemática y Registro», por Jorge OSNOVIKOFF ROMERO, Conservador de Bienes Raíces.
- 27 de septiembre: «La función notarial en el ámbito registral», por Ignacio VIDAL DOMÍNGUEZ, Notario Público.
- 25 de octubre: «Praxis registral», por Edmundo ROJAS GARCÍA, Conservador de Bienes Raíces.

MÉXICO

Los días 27 a 29 de mayo de 2010 se celebró en Guanajuato, el XXV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO REGISTRAL, organizado por el Instituto Mexicano de Derecho Registral, AC.

Reunión plenaria del Instituto Mexicano de Derecho Registral: Responsable, Alonso GONZÁLEZ LÓPEZ, Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Registral, A.C.

Conferencia del Licenciado Ariel Alberto ROJAS CABALLERO, Magistrado de Circuito Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y del Trabajo del Décimo Sexto Circuito.

Conferencia del Notario Heriberto CASTILLO VILLANUEVA, Presidente de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano.

Mesa de trabajo de Tecnologías de la información. Moderador: Ingeniero Eduardo ORTIZ SALAS, Coordinador de Informática de la Dirección General de Registros Públicos de la Propiedad y Notarías del Estado de Guanajuato.

38 Sesión del Consejo Consultivo del Registro Nacional de Avisos de Testamento. Responsable: Eduardo CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Dirección General de Compilación y Orden Jurídico Nacional de la Secretaría de Gobernación.

Sociedad Hipotecaria Federal. Responsable: Licenciado María Paloma SILVA DE ANZORENA, Directora General Adjunta de Fomento y Desarrollo de Mercado de Vivienda.

Conferencia: «Registro de la Propiedad, nuevas tecnologías y fortalecimiento jurídico», por Jorge BLANCO URZÁIZ, Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles de España.

PORTUGAL

Los días 24 y 25 de junio se celebró en Coimbra el SEMINÁRIO INTERNACIONAL *DOS REGISTOS E DO NOTARIADO CPLP E ESPANHA*, organizado por la Fundação Bissaya Barreto.

Programa:

Sessão de abertura: *Desformalização e desjudicialização em matéria de registo civil, predial, comercial e de automóveis:*

- «Desformalização em Portugal - Processo Evolutivo», por la Doctora Olga BARRETO.
- «A Desformalização do Registo Comercial na óptica dos Balcões Únicos e dos Serviços Online», por la Doctora Ana SOMMER.
- «El Registro en la Economía visto por un jurista», por don Joaquín RODRÍGUEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

A comunicação e a interoperabilidade das bases de dados como forma de simplificação e de criação de balcões únicos:

- «A desformalização, desjudicialização e os balcões únicos no registo civil», por la Doctora Isabel CARLOS.
- «O registo por depósito da cessão de quotas», por Mestre Joana MIRANDA.

O reconhecimento mútuo de documentos que titulam actos sujeitos a registo e a partilha de informação transfronteiriça:

- «O reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras e demais documentos autênticos estrangeiros e o seu ingresso no registo predial», por la Doctora Isabel QUELHAS.
- «El Registro de la Propiedad en el espacio europeo de libertad, seguridad e justicia», por don Gabriel ALONSO LANDETA, Presidente de ELRA.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2009, 223 págs.

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil UNED

La trascendencia de las reformas operadas por *Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria*, ha hecho necesaria la revisión y renovación de la literatura jurídica de las numerosas instituciones afectadas. En particular y por lo que atañe a este comentario, la norma ha incidido sobre los presupuestos clásicos exigidos para el recto funcionamiento de la transmisión del crédito garantizado con hipoteca y, muy especialmente, sobre el discutido requisito de la denominada puesta en conocimiento del deudor de la cesión efectuada. En este sentido y con la nueva redacción del primer párrafo del artículo 149 de la Ley Hipotecaria, deja de considerarse, definitivamente, dicha comunicación, elemento necesario para la validez de esta operación de cambio de titular del derecho de crédito garantizado con hipoteca.

El capítulo VI de dicha Ley 41/2007, dedicado a la *Mejora y flexibilización del mercado hipotecario*, contiene en su artículo 11 los términos de la modificación que afecta a la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946. En particular, su artículo 11.3 declara que el párrafo primero del artículo 149 de la Ley Hipotecaria quedará redactado en los siguientes términos: «El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil (1). La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad».

De modo que el texto literal completo del mencionado artículo 149, sobre las *condiciones de enajenación del crédito hipotecario* declara: «El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de

(1) Recuérdese el contenido del mencionado artículo que dice: «La cesión de un crédito, derecho o acción, no surte efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro».

la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente».

Como decíamos, la derogada redacción del primer párrafo que prescribía que «el crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro», había suscitado cierta controversia sobre la trascendencia de la denominada «puesta en conocimiento del deudor». Con todo, la mejor doctrina (LASARTE ÁLVAREZ) fundándose tanto en el 1.527 del Código Civil como en el 151 de la LH y en su correlato reglamentario, había concluido que dicha notificación «no afecta para nada a su validez, sino que sólo tiene por objeto vincular al deudor hipotecario con el cesionario o nuevo acreedor» anticipándose, por cierto, a la reforma mencionada *ut supra*.

En buena lógica, y de lo dicho hasta ahora, uno de los muchos aciertos del estudio que ahora ve la luz, firmado por la Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Carlos III de Madrid, Lourdes BLANCO PÉREZ-RUBIO, es precisamente, la oportuna actualización de la cesión de crédito hipotecario. La obra lleva por título «La cesión de créditos garantizados con hipoteca», si bien incluye tanto la cesión de créditos como la de préstamos —de conformidad a las prescripciones de la Ley— y ha sido publicada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, en su colección de Monografías a finales del año 2009.

La trayectoria académica e investigadora de la Profesora BLANCO PÉREZ-RUBIO, nos ha brindado múltiples estudios sobre distintas cuestiones polémicas del Derecho Civil, entre otros títulos destacaremos, como evidencia de su pluralidad y temática, los siguientes: «Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, 90, 2006, págs. 3 a 32; «La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario», en *Revista de Derecho Privado*, 87, 2003, págs. 630 a 657; «El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas», en *Revista Jurídica del Notariado*, 35, 2000, págs. 9 a 36; «La consagración legislativa de la ilicitud de las cláusulas de sumisión expresa», en *Estudios sobre Consumo*, 48, 1999, págs. 49 a 68; «La posible eficacia directa horizontal de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, de 8 y 20 de noviembre de 1996)», en *Estudios sobre Consumo*, 41, 1996, págs. 27 a 47; «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: aplicación jurisprudencial de la Directiva 93/13», en *Revista Jurídica del Notariado*, 19, 1996, págs. 205 a 254; «Comentario a la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1992», en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1-2, 1993-1994, págs. 399 a 406; «Las prestaciones por muerte y supervivencia en el régimen especial de los trabajadores del mar», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, 1, 1991-1992, págs. 231 a 250; «Consecuencias de la Disposición Adicional décima de la Ley 30/81, de 7 de julio (Ley del divorcio) en materia de pensión de viudedad», en *Revista de Derecho Privado*, 75, 1991, págs. 33 a 42; «Aspectos fundamentales del régimen jurídico de la protección por viudedad en Francia y en España», en *Documentación Laboral*, 30, 1990, págs. 75 a 90; «La pensión de viudedad en el ordenamiento jurídico italiano», en *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 1990, págs. 1264 a 1275.

En cuanto a las participaciones en obras de carácter colectivas, también son sustanciales y, entre otras, traemos a colación: «La tutela de las personas mayores incapacitadas», en *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), Madrid, 2007, págs. 97 a 113; «El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva», en *Estudios de Derecho de Obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, LLAMAS POMBO (Coord.), 1, 2006, págs. 175 a 198; «La administración de los bienes del menor en Derecho francés», en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, CALVO CARAVACA, 2004, págs. 63 a 82; «La administración de los bienes del menor en el Derecho francés», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS y MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coords.), 1, 2004, págs. 629 a 652; «La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS SÁNCHEZ (Coord.), 1, 2002, págs. 255 a 277; «Cláusulas abusivas en la contratación electrónica», en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, 2001, págs. 505 a 540. En cuanto a las monografías, a la que ahora se comenta, se añaden las tituladas: «Las personas jurídicas tutoras», Marcial Pons, 2003, y «Parejas no casadas y pensión de viudedad», Editorial Trivium, 1992.

En cuanto a esta nueva obra y su estructura, se presenta dividida en nueve capítulos, precedida por una introducción dedicada a las consideraciones previas donde la Profesora BLANCO PÉREZ-RUBIO da cuenta de la complejidad de la norma, extremo este que ya ha sido destacado, como también recoge la autora, por la mejor doctrina (GÓMEZ GÁLLIGO, PARRA LUCÁN, LÓPEZ JIMÉNEZ y MUÑOZ BENAVIDES). En el Preliminar, la Profesora BLANCO PÉREZ-RUBIO señala que esta Ley 41/2007, «debe su origen a una proposición no de Ley de 3 de febrero de 2005, por la que el Congreso de los Diputados instaba al Gobierno a flexibilizar y modernizar el régimen jurídico del mercado hipotecario, con objeto de favorecer la accesibilidad de dicho mercado a los ciudadanos, mejorar la eficacia en la asignación de recursos, asegurar la protección de los prestatarios y garantizar la estabilidad económica».

En este sentido, la sistemática elegida facilita el estudio y comprensión de este fenómeno, ya que hace un recorrido completo tanto del ciclo de la cesión del crédito hipotecario, desde su tipificación en la Ley Hipotecaria, hasta las relaciones entre el crédito como vínculo jurídico principal y la hipoteca, como derecho real limitado accesorio de dicha obligación, sus presupuestos y los pactos a los que las partes puedan llegar en materia de cesión del crédito.

En particular, el capítulo primero se ocupa de la regulación de la transmisión del crédito hipotecario, revisando los aspectos fundamentales del proceso codificador. Así, si el Proyecto de Código Civil de 1851 incluía, expresamente, la figura en sede general de cesión de créditos, fue la Ley Hipotecaria de 1861 la que recogió expresamente esta posibilidad técnica, ley que si bien fue reformada en 1869, a la vista de las dificultades en su aplicación, tuvo el mérito de recoger el precepto en materia de cesión de créditos hipotecarios según la redacción que ha seguido inalterada en las sucesivas leyes hipotecarias hasta la reforma del año 2007.

Por su parte, el Anteproyecto de Código Civil de 1888 incluía la cesión en sede de compraventa, y la Ley Hipotecaria de 1909 mantuvo la redacción anterior si bien reenumerada, hasta que fue aprobado el texto de la Ley Hipotecaria de 1946 y, finalmente, como decimos desde las primeras líneas de este comentario, su modificación operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. En este sentido, subraya la autora que las novedades más destacables del

precepto reformado implican la distinción entre la cesión del crédito y la cesión de hipoteca, regulada una por lo prescrito en el Código Civil y la otra por lo prevenido en esta norma especial, exigiéndose la escritura pública y su inscripción en el Registro.

Las complejas relaciones trabadas entre el crédito y la hipoteca es el objeto del capítulo segundo. En este punto la autora da cuenta del concepto y previsión legal del carácter accesorio de la hipoteca, reflejando las posturas doctrinales referidas a: Defensores de la accesoriedad de la hipoteca; Posturas contrarias a la accesoriedad; La unidad del crédito hipotecario; Posturas intermedias y, finalmente, la doctrina del Tribunal Supremo y de la DGRN.

Con todo y como la Profesora BLANCO PÉREZ-RUBIO fija, al tratar la accesoriedad en la cesión de créditos garantizados con hipoteca, es que sin ningún género de dudas, «la accesoriedad no significa que el crédito no pueda cederse sin la hipoteca. El artículo 1.528 del Código Civil tiene carácter dispositivo, por lo que puede derogarse, si así lo convienen las partes, y que el cedente y el cesionario tienen libertad para estipular la cesión según tengan por conveniente».

De modo que en este punto es singularmente destacable que «el carácter accesorio de la hipoteca adquiere una dimensión distinta de la tradicional: la accesoriedad tiene en la actualidad, para la cesión del crédito hipotecario, un carácter meramente funcional, es decir, entre el crédito y la hipoteca existe una vinculación presidida por la finalidad de garantía del derecho de hipoteca».

El capítulo tercero se centra en el valor y eficacia de la escritura pública en materia de cesión, incidiendo en tres aspectos básicos: La validez del contrato de cesión de créditos garantizados con hipoteca; la eficacia de la cesión de créditos garantizados con hipoteca; el valor de la escritura pública en la transmisión de un crédito garantizado con hipoteca.

En aquel punto, y como con acierto señala la autora, la trascendencia de la nueva redacción operada por la Ley 41/2007 es la definitiva disociación de la transmisión del crédito y de la hipoteca. Es decir, la cesión del crédito garantizado con hipoteca se someterá a las reglas ordinarias previstas en el Código Civil, frente a la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantiza ese crédito, que habrá de verificarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. De modo que, el contrato de cesión del crédito en sí, será válido cualquiera que sea la forma en que las partes lo suscriban, frente a la pretensión de quien pretenda convertirse en nuevo titular del derecho de crédito y, adicionalmente en titular hipotecario que deberá, con carácter imperativo, hacerse en escritura e inscribirse oportunamente.

En cuanto a la inscripción en el Registro es el objeto del capítulo cuarto, ocupándose en primer lugar de sistematizar las debatidas posturas doctrinales y jurisprudencia y concretar las corrientes que se inclinan por su carácter declarativo o constitutivo; en segundo lugar, la Profesora BLANCO PÉREZ-RUBIO afronta las consideraciones críticas y el carácter constitutivo de la inscripción en la nueva redacción del artículo 149.1 de la Ley Hipotecaria. Finalmente, el capítulo también recoge las consideraciones sobre la constancia registral de la inscripción, donde se advierte la conveniencia de que sea constatada por el Registro la notificación de la cesión efectuada.

En buena lógica y si en los capítulos anteriores la autora señalaba las consecuencias de la no inscripción de la cesión del crédito garantizado con hipoteca, referidas tanto a la falta de titularidad del derecho real limitado

como de la falta de perjuicio para terceros, ahora corresponde ventilar quiénes son estos «terceros». Por tanto, el capítulo quinto se ocupa de los terceros en la cesión de créditos hipotecarios; en particular a los terceros a los que la cesión no inscrita perjudica, no son ni los terceros civiles ni el o los deudores, sino el tercero hipotecario, es decir, el tercer adquirente protegido por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto a la doble cesión de créditos garantizados con hipoteca, a juicio de la autora se resuelve en el sentido de que la adquisición del crédito hipotecario corresponde a quien antes haya inscrito la cesión; perdiendo el cesionario que no haya inscrito el crédito hipotecario adquirido por la inscripción practicada por el cesionario posterior. En ausencia de inscripción, la controversia se despejará acudiendo a las reglas previstas por el artículo 1.526, de modo que prevalecerá la primera de las cesiones celebradas en documento donde conste fecha cierta.

El capítulo sexto se ocupa de la notificación al deudor de la cesión de créditos garantizados con hipoteca, repasando la redacción previa a la modificación operada por la Ley 41/2007 como las consecuencias de la entrada en vigor de la nueva redacción del párrafo primero del artículo 149 de la Ley Hipotecaria. Con todo, y como reitera la autora, la omisión del requisito de esta notificación carece de consecuencias prácticas, toda vez que «la transmisión del crédito garantizado con hipoteca se produce, respecto del crédito, por la mera perfección del contrato y respecto del derecho real de hipoteca, por su inscripción en el Registro».

En particular, en este capítulo ventila los siguientes aspectos: El conocimiento de la cesión de créditos hipotecarios por el deudor cedido; Medios para poner la cesión en conocimiento del deudor cedido; La notificación de la cesión a los terceros poseedores; Excepciones a la notificación, sea por renuncia negociada o impuesta del deudor o el supuesto de la cesión de créditos endosables o al portador.

La inscripción de la notificación de la cesión al deudor cedido es el objeto del capítulo séptimo de la monografía. En este punto conviene tener presente que es suficiente para la práctica de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario que se haga constar si se ha dado o no conocimiento al deudor de este extremo. En buena lógica, la Profesora BLANCO PÉREZ-RUBIO se ocupa, en primer lugar, de la cesión notificada al deudor, haya sido inscrita o no en el Registro o, en su defecto, que dicha cesión no haya sido notificada al deudor. La consecuencia jurídica principal de esta notificación afecta al pago efectuado por el deudor, que será liberatorio y extintivo del crédito en los supuestos en que el sujeto pasivo tenga conocimiento efectivo de la cesión. Cuestión distinta será la cancelación de la hipoteca, que habrá de efectuarse de conformidad a lo prescrito en los artículos 82 de la LH y 176 del RG.

Por su parte, el capítulo octavo aborda el pacto de no cesión del crédito hipotecario, atendiendo a la posibilidad técnica que contempla el artículo 1.112 del Código Civil por cuanto éste declara que: «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario». En definitiva, el mencionado pacto será una prohibición de disponer de la que podrá darse publicidad en el Registro toda vez que nada lo impide y que el pacto en nada desnaturaliza al negocio afectado. Caso de que por las circunstancias que resulten de aplicación, dicho pacto de incedibilidad no haya tenido acceso al Registro, tendrá el valor y la eficacia de las prohibiciones de disponer de carácter obligacional.

En cuanto al noveno y último capítulo, se ocupan de la cesión parcial del crédito garantizado con hipoteca, donde la autora advierte que «si la pluralidad de sujetos se organiza en régimen de solidaridad, sólo habrá una hipoteca, sin necesidad de determinar la cuota en que participa cada acreedor en la titularidad total de la hipoteca, que exigir dicha determinación desvirtuaría la titularidad solidaria y porque en la organización solidaria de la pluralidad de sujetos no existe cuota sin en la relación interna entre los acreedores».

La obra se cierra con una bibliografía que recoge tanto las aportaciones más señeras en la materia, como las más recientes y actualizadas a la luz de la mencionada Ley 41/2007, que tan profundamente ha afectado el Derecho Hipotecario.

En resumidas cuentas y como advierte la Profesora BLANCO PÉREZ-RUBIO, la reforma operada por dicha Ley 41/2007, en materia de crédito hipotecario: «tiene trascendencia y consecuencias prácticas pues, como se deduce de su redacción, se ha disgregado el régimen del crédito garantizado que queda regulado para su cesión por el artículo 1.526 del Código Civil, y la transmisión de la titularidad del derecho real de hipoteca que garantiza dicho crédito, que se rige por lo preceptuado en el artículo 149, cesión que debe hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto, se ha dotado de una sustantividad propia a cada uno de los dos elementos: crédito e hipoteca, lo que tiene su reflejo: 1.º En el alcance que debe darse al principio de accesoriedad, es decir, si se permite ahora la cesión aislada de la hipoteca sin el crédito; 2.º En el carácter de la escritura pública y de la inscripción de la cesión; 3.º Pese a su omisión, en la necesidad de poner la cesión en conocimiento del deudor a efectos de su oponibilidad».

En definitiva, esta obra destaca por su oportunidad, a la vista de las consecuencias doctrinales y prácticas que ha sufrido la cesión de créditos garantizados con hipoteca, como por la sistemática elegida, que facilita la lectura, análisis y comprensión de esta difícil materia, por lo que hay que felicitar a la autora por esta brillante aportación doctrinal y estar atentos a sus próximas publicaciones.

NOVALES ALQUÉZAR, María Aránzazu, *Las obligaciones personales del matrimonio en el Derecho Comparado*, Tomos I y II, Editorial: Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

por

ELSA SABATER BAYLE
Profesora de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra

Nos encontramos ante una obra muy extensa, que ocupa dos tomos, cuyo propósito principal consiste en realizar un estudio exhaustivo de los deberes personales entre los cónyuges en los diversos ordenamientos jurídicos españoles y de los países americanos de habla hispana. El objetivo preferente de la obra es el estudio comparativo entre los sistemas jurídicos de los múltiples países estudiados; pero subyace en ella, además, la atención cuidadosa a la

dimensión historicista, que aflora a lo largo de las páginas dedicadas a cada uno de los países que son objeto de atención puntual en las diversas partes, capítulos y apartados en que se divide la obra. No en vano la prologa GABRIEL GARCÍA CANTERO, cuyas aportaciones al Derecho Comparado son de sobra conocidas. La autora muestra una capacidad de acumulación y tratamiento de las fuentes históricas y de Derecho Comparado que puede calificarse de única en la materia abordada, y sólo por ello merece el reconocimiento de la comunidad científica. Nos encontramos, en efecto, ante el estudio más completo que en los momentos actuales existe en la literatura jurídica relativa a los distintos sistemas que han regulado en Europa y en Iberoamérica la cuestión de los deberes conyugales.

No quisiéramos en esta ocasión caer en la fácil tentación de exponer ordenadamente la síntesis de las principales aportaciones que contiene cada uno de los apartados en que se ha dividido el estudio, porque ello podría conducir a una reiteración innecesaria. Es cierto que el régimen y el contenido de los deberes conyugales no es el mismo, ni desde el punto de vista comparatista ni desde el historicista, pero no lo es menos que algunas de sus principales manifestaciones más inmanentes o esenciales se han venido repitiendo en todos los países y épocas. Así ocurre, por ejemplo, con el deber de fidelidad, que seguramente es el que ha alcanzado mayor arraigo en los distintos códigos civiles estudiados a lo largo de sus respectivas modificaciones, e incluso se podría afirmar que perdura en nuestros días. En el extremo opuesto se encuentra, por ejemplo, el deber de respeto, deber conyugal cuyo alcance y significado ha sido matizados por la propia evolución de las sociedades, especialmente en cuanto a una de sus subespecies que presenta mayor fragilidad lógica y conceptual, como es el deber de sumisión de la mujer al «jefe de familia» o esposo, prácticamente erradicado de muchos ordenamientos civiles actuales en los que, por el contrario, ha prevalecido la característica de la reciprocidad, pero que aún se mantiene en muchos otros. En esta línea evolutiva suscita sorpresa cuando no hilaridad, en la actualidad, conocer, a lo largo de las páginas dedicadas a los deberes conyugales de las mujeres respecto a sus maridos, cómo en el Derecho francés las infracciones femeninas al deber de cohabitación se sancionaron inicialmente con el empleo de la fuerza pública para obligar, *manu militari*, a las mujeres, en caso necesario, a regresar al hogar conyugal, sanción más adelante sustituida por la pena civil de la *astreinte*, que, a su vez, fue eliminada por el buen criterio de la jurisprudencia francesa de la década de los ochenta.

Punto especialmente relevante en esta obra es la exuberante recopilación de fuentes históricas, legislativas y bibliográficas, que versan sobre la materia estudiada. Subyacen en ella, seguramente, largas horas de estudio en las excelentes bibliotecas chilenas que la autora ha tenido ocasión de visitar, guiada por el buen hacer del que ella reconoce como su maestro americano, el Profesor de Historia del Derecho, JAVIER BARRIENTOS GRANDON. Pero la autora no se limita a exponer el punto concreto que se indica en el título (los deberes conyugales); antes al contrario, ubica cada uno de dichos deberes (de fidelidad, de cohabitación, de cooperación, de asistencia y ayuda mutua, de respeto, etc.), en cada territorio (en Europa, Códigos Civiles español, francés, italiano, portugués, alemán; en Iberoamérica, Códigos Civiles de Bolivia, Costa Rica, Perú, Guatemala, República Dominicana, Chile, Ecuador, El Salvador, Venezuela, Nicaragua, Panamá, Honduras, Colombia, Uruguay, México, Argentina, Paraguay, Puerto Rico, Cuba, Filipinas y Brasil) en su correspondien-

te contexto histórico, bajo una sistemática que además los agrupa en «familias» según sus respectivas fuentes de inspiración (que en la obra se reducen a tres: los inspirados en el Código Civil francés, en el Código Civil chileno de Andrés Bello, y en el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield). Desde esta perspectiva (que por sí misma revela un rigor y honradez intelectual poco comunes, así como también, por qué no decirlo, una entusiasta y generosa empresa que sólo se explica por la juventud y tesón de la autora) el estudio se adentra en los derroteros inextrincables de la diversidad de los deberes, la diversidad de los ordenamientos jurídicos estudiados, y la diversidad de las versiones que, de tales deberes, se ha ido adoptando en cada país a lo largo de sus también diversas etapas históricas.

Una de las principales conclusiones a que conduce la lectura de la monografía es que, para la autora, los sistemas matrimoniales de los países europeos y americanos de habla hispana arrancan de un origen común, que es el Derecho Canónico. Cabría cuestionarse, no obstante, si el Derecho Romano —anterior al Derecho Canónico en el devenir histórico— no habría podido aportar algo al estudio de la institución del matrimonio; pues, aun cuando aquél no haya merecido, en la monografía objeto de esta recensión, un apartado específico, la noción de la romana *affectio maritalis* resurge inevitablemente al final, en la tercera parte de la obra, en la que aparecen abundantes referencias al «amor», ese elemento —que la autora aborda también desde la perspectiva filosófica— que identifica al verdadero matrimonio frente a otros tipos de uniones, incluso formalmente conyugales —como en el fondo lo han sido históricamente las basadas en las normas tridentinas— e integra un concepto que la propia autora reconoce haber sido un «olvido imperdonable» en los sistemas legislativos de origen canónico previamente estudiados, así como también un verdadero «bien de la personalidad», cuya vulneración conduce a cuestionar si acaso puede llegar a generar incluso un *ius ad amoris*. Porque eso, sin más, era, en parte, la noción romana de la *affectio maritalis*, nota tan esencial a la propia noción de matrimonio romano que, cuando desaparecía de hecho, se producía de la misma forma fáctica la extinción del mismo.

Esta última cuestión se relaciona, a nuestro juicio, con el espinoso tema de las consecuencias que pueda acarrear la infracción a los deberes conyugales, tradicionalmente centradas en medidas punitivas y sancionadoras (tales como suponer causa de separación, causa de divorcio, pérdida de derechos familiares y sucesorios, y otras consecuencias semejantes), pero que en los ordenamientos socialmente más avanzados pierden aquel carácter aunque no la consecuencia, que acaso se pueda reconducir hacia la noción de daños resarcibles a través de los mecanismos de la responsabilidad extracontractual por daño moral. Es esta la teoría que sugiere la autora al final de la obra, como mecanismo útil para dotar de sentido a la noción de matrimonio introducida en España por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que, al eliminar las causas de separación y divorcio, instaura por primera vez un concepto de la institución en el que no resulta fácil determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de la infracción a los deberes conyugales, lo cual, a su vez, lleva a dudar de la noción misma del matrimonio como vínculo jurídico.

Para finalizar esta recensión, resta destacar que la monografía presenta un valor añadido de considerable envergadura, pues el análisis de los deberes conyugales en los diversos sistemas jurídicos estudiados va precedido de unas referencias introductorias a los respectivos procesos de codificación de los derechos civiles, que quedan así incorporados al esfuerzo comparatista desa-

rollado en la obra, lo que indirectamente permite al lector alcanzar un conocimiento general de los avatares de la codificación en buen número de países europeos y americanos. En suma, se trata de una monografía, publicada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que abre la puerta de la comunidad de especialistas a una autora ya experimentada en la investigación de materias relacionadas con el Derecho de Familia, a la que augura un futuro brillante en esta y otras líneas de investigación.

PARICIO, Javier, *Contrato. La formación de un concepto*, Civitas, Pamplona, 2008, 103 págs.

por

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

Uno de los efectos más lamentables que ha traído la actual fragmentación de los estudios de Derecho en ramas y especialidades ha sido la creciente incomunicación entre romanistas y civilistas. Con demasiada frecuencia los estudiosos del Derecho Romano, ante el aparente desinterés de sus colegas de Derecho Civil, se han reconcentrado en sus problemas histórico-críticos o han buscado la recompensa a su esfuerzo lejos de los tradicionales lares del Derecho Privado. Los civilistas, por su parte, privados de su sustrato histórico, han acogido una metodología en exceso logicista o han explorado perspectivas sociológicas ajenas a los postulados de la justicia conmutativa. Resultado de todo ello es que los estudios de Derecho Civil adolezcan con frecuencia de un formalismo incapaz de trascender el dato positivo, mientras que el estudio del Derecho Romano tiende a convertirse en una erudición estéril.

El libro del profesor PARICIO representa una de las felices excepciones en este panorama. Se trata, y así se subraya desde su prólogo, de un texto escrito por un romanista y destinado, en buena parte, a juristas ajenos a esta disciplina. Versa sobre una de las instituciones más trascendentes del Derecho Privado, la de contratos. Una institución cuyo concepto es menos pacífico hoy de lo que pudiera pensar un observador superficial, y cuyos actuales problemas, y ello es algo que el civilista observa con claridad a medida que avanza en la lectura, vienen derivados de problemas en buena parte congénitos a sus orígenes en Derecho Romano.

El autor del libro es un reconocido especialista en la materia de la que trata, como se da cumplida cuenta en la introducción al mencionar sus anteriores trabajos sobre cuestiones paralelas. Al lector del libro le puede resultar enriquecedor tomar en sus manos, al acabar éste, el que el propio PARICIO escribió veinte años antes sobre los cuasidelitos, otro elemento clave de la clásica cuatripartición de las fuentes de las obligaciones (*Los cuasidelitos - Observaciones sobre su fundamento histórico*, Civitas, Madrid, 1987). De la lectura continuada de ambos opúsculos, aparecidos en la misma colección, obtendrá una visión panorámica de las fuentes de las obligaciones. Se trata, en ambos casos, de obras breves en páginas y ricas en contenidos.

En el núcleo del presente trabajo, bien estructurado y escrito, se encuentra la idea de la convivencia en Roma —o, mejor dicho, de la superposición diacrónica— de hasta tres conceptos distintos sobre el *contractus*. Una primera concepción es la de Gayo, reflejada en sus *Instituciones* (Gai 3,88). Según PARICIO, contrato es para Gayo todo acto lícito reconocido por el *ius civile* y destinado a crear un vínculo obligatorio. Se contraponen al delito, acto ilícito que engendra una obligación. A diferencia de lo que sostienen buena parte de autores y se recoge en muchos manuales, PARICIO entiende que no pertenece al concepto gayano de contrato su carácter convencional. El contrato, según Gayo, comprenderá tanto actos convencionales como no convencionales, tales como la *dotis dictio* o la tutela. La *summa divisio obligationum* consta en Gayo de dos únicos elementos, los delitos y los contratos. Por contraposición a los delitos, actos ilícitos, el contrato debe acoger cualquier acto lícito, convencional o no, pues no hay fuente obligacional posible fuera de dichos conceptos. La citada división de las fuentes de las obligaciones es exhaustiva y comprensiva de todas ellas: a juicio de PARICIO, *tertium non datur*.

Un segundo concepto de contrato, anterior en el tiempo y con mayor pervivencia entre los autores, es el que acogen y desarrollan Servio Sulpicio Rufo (que nos ha llegado a través de Aulo Gelio: *Noctes Atticae*, 4,4,2), Labeón y Aristón (recogidas en estos casos sus ideas por Ulpiano: D. 50,16,19 y D. 2,14,7,2, respectivamente). Para ellos, la esencia del contrato radica en lo que los griegos denominaron *synallagma*, la existencia de obligaciones recíprocas (*ultra citroque obligari*). Y a este género común pertenecen tanto los hoy llamados contratos sinalagmáticos perfectos, como los imperfectos, como incluso otras figuras de carácter no convencional, pero generadoras de obligaciones recíprocas, tales como la tutela o la gestión de negocios.

El tercer concepto de contrato, y el que a la postre tendría una mayor influencia y pervivencia, pues es el que acabaría siendo recogido en las Instituciones de Justiniano, es el que parece tener origen en Sexto Pedio (a quien Paricio sitúa en la época adrianea, en pleno siglo II), y que parece fue asumido por Ulpiano, viniendo a ser la concepción dominante sobre el contrato en el siglo III. A juicio de Pedio, el contrato lleva ínsito necesariamente un elemento convencional, de forma que hay que excluir de su ámbito aquellas figuras que no entrañen un acuerdo de voluntades. El triunfo de esta concepción procederá del hecho de que vendría a penetrar en la clasificación gayana, alterándola en su estructura, para adaptarla a sus propias premisas.

En efecto, una obra institucional atribuida a Gayo, pero que PARICIO y otros creen de un compilador posterior, las *Res cottidianae*, acogió el carácter restringido de contrato formulado por Pedio. En consecuencia, al tratar de la división de las obligaciones, alteró los elementos de la *summa divisio obligationum* formulada por Gayo en sus *Instituciones*: atribuido ahora al contrato carácter convencional, quedaba un *tertium genus* en posición intermedia entre los negocios lícitos convencionales (*contractus*) y los actos ilícitos generadores de obligaciones (*delictus*). Ese lugar intermedio sería cubierto en las *Res cottidianae* por unas heterogéneas *variae causarum figurae* (D. 44,7,1, pr.), que incluiría la *solutio indebiti*, la *negotiorum gestio*, la tutela y los legados obligacionales, así como algunas figuras de carácter ilícito en que se respondía por lo que hoy llamaríamos una «responsabilidad objetiva» (sobre el criterio de unificación de esas figuras ilícitas extradelictuales, vid. PARICIO, *Los cuasidelictos*, pág. 47 y sigs., quien sigue en este punto a Alvaro d'Ors).

En las Instituciones de Justiniano, último eslabón evolutivo en el esquema de división de las fuentes de las obligaciones que arrancaba de Gayo, ese grupo residual de figuras excluidas de los ámbitos contractuales y delictuales fue dividido en dos, según su mayor cercanía a uno u otro campo. Y así, los casos ya enumerados de actos lícitos generadores de obligaciones pero carentes de carácter convencional, aumentados con la *communio incidens*, fueron agrupados como obligaciones *quae quasi ex contractu nascuntur* (I. 3,13,2), mientras que aquellos actos ilícitos cuya comisión no requería elemento doloso ni culposo formaban las obligaciones nacidas *quasi ex delicto*. De este modo, al triunfar la concepción convencional del contrato, la exhaustiva bipartición gayana de las fuentes de las obligaciones se había transformado en las *Res cottidianae* en una división trimembre, para acabar derivando en la cuatripartición justiniana. Sólo faltaba que Teófilo, en su Paráfrasis griega de las Instituciones de Justiniano, sustantivase las expresiones de cuasicontrato y cuasidelito para que estos particulares conceptos deviniesen moneda común —y fuente de todo tipo de controversias— en la tradición jurídica europea.

Hasta aquí el trabajo. Si bien se trata de una obra «de divulgación», en cuanto que a sus lectores no se les presume la condición de romanistas, no se trata de una obra de «generalidades»: PARICIO entra en cuestiones debatidas y da su razonado punto de vista sobre ellas, precisando con claridad qué cuestiones son *res certae* y cuáles *res dubiae* en la romanística contemporánea. Entre esas últimas cuestiones debatidas puede tener particular interés la referente a si la división de Gayo tiene el carácter exhaustivo que PARICIO le atribuye o si, como otros autores defienden (KASER, ZIMMERMANN), se trata de una división abierta que no excluye la presencia de figuras ajenas al binomio delitos-contratos. No resulta sorprendente que los partidarios de esta última opinión no encuentren obstáculo a atribuir las *Res cottidianae* a Gayo, quizá como obra póstuma, que le habría servido entonces para intentar perfeccionar su incompleta partición, en la que el contrato habría tenido desde el comienzo carácter convencional. En cualquier caso, si se tiene en cuenta que las Instituciones de Gayo no fueron redescubiertas hasta 1816, gracias al hallazgo de Niebuhr en la Biblioteca capitular de Verona, se entiende que su concepción del contrato, por más que de gran interés para los estudios de Derecho Romano clásico, no haya sido determinante para la tradición jurídica europea.

En fin, el libro se lee con gran interés, pues permite, en breves páginas, obtener una información muy amplia sobre los orígenes del contrato. Lógicamente, al lector no romanista le deja un deseo insatisfecho: el de conocer la evolución posterior que, a través del *ius commune* y el Derecho moderno, ha llevado a las categorías contractuales fijadas en los Códigos Civiles europeos. Pero la satisfacción de ese deseo exigirá que romanistas, historiadores del Derecho y civilistas, seamos capaces de coordinar nuestros esfuerzos para llenar los amplios vacíos informativos aún existentes. No resulta exagerado decir que, dicha labor, si se la compara con el minucioso trabajo que se ha llevado a cabo sobre el Derecho Romano clásico, está aún dando sus primeros pasos.

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 siempre con el número del Repertorio de Aranzadi. El esquema es el siguiente:
Por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2002 (RA n.º 2987).
- 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 tres folios por materia.

En cada número de la Revista, cada Sección debe contar con dos grupos de materias o temas tratados.

Resumen: en cursiva.

- 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')

- **IMPORTANTE**

El comentario debe ser único. Se pretende que los comentarios de jurisprudencia sean, realmente, breves artículos que recojan un problema concreto y su desarrollo jurisprudencial, por ello hemos decidido cambiar radicalmente el formato de los «antiguos comentarios». Este cambio repercutirá favorablemente también a los autores de los mismos, ya que podrán acreditarlos como artículos de investigación.

Las modificaciones más relevantes son, en cuanto a los criterios de redacción y publicación:

- a) No hay que comentar una sentencia determinada, sino un problema jurisprudencial, aunque se parta de una determinada sentencia.
- b) El título, entonces, debe ser el de un artículo. No telegráfico, como hasta ahora, que recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada.
Por ejemplo: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único».

Y NO:

Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. El título debe ir escrito en minúscula.

- c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el antiguo encabezado correspondiente a:

DERECHO CIVIL.
DERECHOS REALES.
DOS VOCES O PALABRAS CLAVE.

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) Se eliminan: *Fecha de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario.*
- e) Habrá que incluir, después del comentario, un breve RESUMEN del artículo (*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 cuatro líneas.
- f) El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, siguiendo las normas de publicación adjuntas (Anexo I), y sin distinción de los apartados señalados en el punto d).
- g) En el Anexo I encontrarán un *modelo* de cómo deben quedar los nuevos análisis de jurisprudencia.

ANEXO I

DERECHO CIVIL.
DERECHOS REALES.
NUMERUS APERTUS. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

«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».

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

.....
.....

RESUMEN

*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.*