

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXVI • Enero-Febrero 2010 • Núm. 717

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 Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Luis M.^a Cabello de los Cobos
y Mancha**
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

Don Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don 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 Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

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

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

«El contrato de vitalicio en la jurisprudencia y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», por DOMINGO BELLO JANEIRO	11
«La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice Foral de 1925 al artículo 72 de la Ley 13/2006, de Derecho de la Persona», por MARÍA TERESA DUPLÁ MARÍN	61
«La promoción inmobiliaria encubierta: un fraude de ley», por RAFAEL GONZÁLEZ TAUSZ	93
«La simulación y las donaciones encubiertas de inmuebles bajo la forma de compraventas. Determinación de sus supuestos y sus efectos», por HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS	125

DICTÁMENES Y NOTAS

«La garantía legal en la adquisición de bienes de consumo», por AITOR ZURIMENDI ISLA	151

DERECHO COMPARADO

«El derecho de asociación y su regulación en el ordenamiento jurídico peruano», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA	189
« <i>Rottura della famiglia e interesse dei figli</i> en el Derecho Civil italiano», por JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ	209
«Notas a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas», por IvÁN ESCOBAR FORNOS	233

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	281

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- Vulneración del derecho al honor de una persona jurídica, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 291

1.2. Derecho de familia:

- Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 297

1.3. Derechos reales:

- La importancia de la inscripción en el Registro de los Arrendamientos Urbanos sometidos al Código Civil, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 312

1.4. Sucesiones:

- La partición de la herencia y la liquidación de la sociedad conyugal del causante, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 321

1.5. Obligaciones y contratos:

- Mora es el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación pero no lo es el simple retraso, por ISABEL MORATILLA GALÁN 325
- La opción de compra en el *leasing* financiero, por ROSANA PÉREZ GURREA 329

1.6. Responsabilidad civil:

- Algunos supuestos de publicidad engañosa. Revisión crítica a la luz de la jurisprudencia y de las nuevas Directivas 2005/29, de 11 de mayo de 2005, «Directiva sobre las prácticas comerciales desleales», y de 12 de diciembre de 2006, Directiva 2006/114 sobre publicidad engañosa y comparativa, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ 337

2. MERCANTIL

- La valoración de las participaciones sociales en la exclusión de socios de una Sociedad Limitada Profesional, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 351

	<i>Págs.</i>
3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— La anotación de embargo sobre el exceso de edificabilidad de un solar, acreditado mediante certificación administrativa, por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ	362
 ACTUALIDAD JURÍDICA	
Información legislativa y de actividades	373
 INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA	
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:	
«Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español», de JUAN MIQUEL, por BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO	405
«Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz (Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños», de FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, por MARÍA DOLORES CASAS PLANES	408
 REVISTA DE REVISTAS	 417

FE DE ERRATAS

En el Sumario del número 716 de la Revista, en el artículo de don Jesús López Medel, se produjo un cambio en el título que debía ser «Seguridad jurídica en las reformas estatutarias». Quede aquí reflejado el título correcto.

ESTUDIOS

El contrato de vitalicio en la jurisprudencia y en la Ley de Derecho Civil de Galicia

por

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña

Miembro de Número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

SUMARIO

- I. EL VITALICIO Y LA DIFERENCIA CON ALIMENTOS PARA DISCAPACITADOS.
- II. ANTECEDENTES EN GALICIA.
- III. TERMINOLOGÍA.
- IV. FORMA.
- V. CONCEPTO.
- VI. CARACTERES.
- VII. CAPACIDAD DE LAS PARTES Y OBLIGACIONES.
- VIII. EXTINCIÓN:
 - 1. DESISTIMIENTO.
 - 2. RESOLUCIÓN.
- IX. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

En el último de los capítulos del Título VII de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (LDCG), desde los artículos 147 a 156 (que, en la Ley gallega anterior de 1995 comprendían, en el Título V, los arts. 95 a 99) se reproduce el contrato, que se había introducido en 1995, como novedad, basada en los usos tradicionales y la nueva realidad, el vitalicio, por

el cual, según sanciona ahora el artículo 147, que antes conformaba el artículo 95, una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos en los términos (y en 1995 se añadía con la extensión y amplitud) que convengan a cambio de la cesión (despareciendo ahora la mención anterior a la entrega) de bienes, añadiéndose ahora también la de derechos, por el que se denomina alimentista, dándose en su nueva regulación solución al problema de la rescisión negocial y consiguiente devolución de bienes así como indemnización de gastos ocasionados en el último de los preceptos del capítulo (que ahora es el art. 156 correspondiente al anterior art. 99).

Dicha institución del vitalicio, todavía no regulado expresamente en el Código Civil, solía encubrirse bajo diversas formas jurídicas, incluso encubiertas, como la cesión con pactos resolutorios o las ventas con reserva de usufructo, para eludir la fuerte fiscalidad a que está sometido, siendo, generalmente, admitida por la jurisprudencia desde la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 1965, con base en el principio de autonomía de la voluntad, tal y como recuerda, en igual sentido, la más reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 1988.

Se reguló por primera vez en Galicia en 1995 y ahora en la Ley vigente de 2006 se han mejorado sus aspectos técnicos en los términos que veremos a continuación, respetando el espíritu de la institución y resaltando de modo singular su carácter y función asistencial, la posible afectividad, aleatoriedad, onerosidad, su carácter meramente personal y la autonomía de la voluntad modalizada por la necesaria protección de los alimentistas; características todas ellas de presencia obligada en la figura del vitalicio.

Una vez regulado el contrato de vitalicio en la Ley gallega de Derecho Civil, respecto de la simulación, en ocasiones justamente sucede lo contrario que pasaba antes de su constatación legal, en que se encubría bajo otras formas, y ahora se puede utilizar el actual contrato con otros fines.

Así, en la STSJG, de 18 de octubre de 2005 (1), se concluye que las donaciones, ya sean puras y simples, ya se entiendan como remuneratorias, y el contrato de vitalicio constituyen en el caso negocios simulados y fraudulentos, de suerte que existe simulación relativa (art. 6.4 del Código Civil) porque bajo los negocios aparentes —vitalicio y donación— no queridos se

(1) *RJ* 7545, si bien en el caso el motivo alegado de la nulidad y simulación contractual se desestima, puesto que, después de la declaración reproducida en el texto, se recuerda que, de cualquier manera la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 2001, que se hace eco de una asentada línea jurisprudencial con cita de las de 14 de febrero de 1985, 23 de enero de 1989 y 12 de noviembre de 1989, entre otras, nos informa de que la constatación de tal simulación es una cuestión de hecho al estar sometida a la libre apreciación del Tribunal de modo que sólo se podría atacar, en hipótesis, por la vía de la infracción procesal, en los términos de la Disposición Final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración de las normas que reglan la valoración de la prueba, si alguna se hubiera infringido, ya que la casación no es una tercera instancia.

oculta otro realmente querido —el de desheredación— de modo que aquellos no se sustentan en la causa verdadera que objetivamente cumplen (art. 1.276 del Código Civil), sino que se encaminan a un resultado o función distintos, y como sucede que este fin —desheredación fuera de testamento y sin expresión de causa legal de acuerdo con el art. 849 del Código Civil— es contrario al ordenamiento jurídico, su causa es ilícita en los términos de los artículos 1.275 del Código Civil en relación con su artículo 6.3, de donde se deduce sin lugar a dudas su nulidad radical.

I. EL VITALICIO Y LA DIFERENCIA CON LOS ALIMENTOS PARA DISCAPACITADOS

Con todo, después de la aprobación de la Ley gallega de 1995 y con anterioridad al texto actualmente vigente, en España se aprobó la fundamental Ley estatal 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad introduciendo precisamente dentro del Título XII del Libro IV del Código Civil, sobre los contratos aleatorios, una regulación sucinta de los alimentos convencionales (arts. 1.791 a 1.797) (2).

(2) El artículo 12 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, les otorgó nueva redacción a los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil, que quedarán redactados del modo que sigue: «Artículo 1791: Por el contrato de alimentos, una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos. Artículo 1.792: De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente. Artículo 1.793: La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe. Artículo 1.794: La obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero. Artículo 1.795: El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas. En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respecto de lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen. Artículo 1.796: De las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit sufi-

En concreto, si bien no responde en rigor a la regulación en Galicia del contrato de vitalicio, se contempla la obligación alimenticia derivada del pacto y no de la Ley, a diferencia de los alimentos entre parientes regulados por los artículos 142 y siguientes del Código, con lo cual, con esta regulación del contrato de alimentos, de modo similar al vitalicio gallego, se aumentan las posibilidades del contrato de renta vitalicia para atender las necesidades económicas de las personas con dependencia y discapacidad, además de permitir a las partes contractuales cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista.

De todos modos, este contrato de alimentos presenta también singulares diferencias respecto del vitalicio gallego, sobre todo en cuanto al carácter asistencial y respecto de las causas y efectos de la extinción del contrato, puesto que, como con toda precisión se destaca, entre otras muchas, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 4 de mayo de 1993, en Galicia el vitalicio conlleva una asistencia propia que reúne atenciones, cuidados, habitualmente en la propia casa, y hasta con cierta afectividad, tal y como después queda plasmado en el texto legal, mientras que en el artículo 1.791 del Código Civil se refiere en términos globales a la «asistencia de todo tipo a una persona durante su vida», sin mayores especificaciones, destacándose, en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, su mayor virtualidad para que los padres de una persona con discapacidad puedan transmitir al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1.257 del Código Civil, siendo, en resumen, que en el Código Civil se habla de alimentos para poner de relieve justamente en los mismos su esencia mientras que en Galicia se ha optado por el nombre de vitalicio haciendo énfasis e hincapié en su duración.

Así, sobre dicha afectividad propia del vitalicio en Galicia, en la sentencia del TSJG, de 24 de mayo de 2006 (3), se dice que el contrato del caso, al establecer la obligación no sólo de prestar alimentos a la cedente, sino de «prestarle cuidados en su más amplia acepción, con inclusión de asistencia médico y farmacéutica...», está enmarcando el contrato denominado en la escritura notarial de «cesión de bienes a cambio de alimentos con reserva de usufructo» como un verdadero contrato vitalicio, pues lo dota de la especial

ciente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida. Artículo 1.797: Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria».

(3) *RJ* 3620/2007, donde se añade que la regulación del vitalicio en la LDCG de 1995 recoge su configuración consuetudinaria o práctica (STSJG de 11 de febrero de 2000), y que por lo mismo ha de servir al menos de pauta interpretativa.

característica, típicamente gallega, del elemento afectivo que caracteriza a este contrato en nuestro derecho.

De modo bien claro, en la sentencia del mismo TSJG, de 8 de junio de 2004 (4), se declara que es lo cierto que los cuidados y ayudas, incluidas las de corte afectivo, conforman, junto a los alimentos estrictamente considerados o *in natura*, el contenido típico del contrato de vitalicio, pudiendo ser incluso determinantes de su otorgamiento, pero no es menos cierto, aunque sí más decisivo, que para celebrarlo no se requiere que el alimentista se encuentre necesitado de recibirlos (alimentos) para subsistir, a diferencia de lo que sucede con la obligación de dar alimentos *ex* artículos 142 y siguientes del Código Civil, y lo pactado en el vitalicio depende exclusivamente de la autonomía de la voluntad y a ello, a lo pactado, habrá de estarse (así, STSJG 2/2002, de 17 de enero).

II. ANTECEDENTES EN GALICIA

La inclusión de tal contrato del vitalicio en la ley gallega de 1995, que tampoco se reguló en Galicia en la Compilación de 1963 (5), a pesar de su

(4) *RJ* 5348/2005, en un caso, sobre el que volveremos, en que la causante falleció, con sesenta y nueve años de edad cumplidos, dejando todos sus bienes a su cónyuge supérstite, padre del demandante; el viudo, al poco tiempo de fallecer su esposa, otorgó testamento abierto notarial, en el que reconoce a su hijo no matrimonial y a quien le lega, en pago de su legítima, tres fincas a tojal. En dicho testamento, además, lega tres fincas (dos tojales y un herbal) a su sobrino e instituye heredera a su sobrina; uno y otra son los demandados; el día en el que el viudo testó, a su vez otorgó, con carácter previo, escritura pública de «cesión de bienes por alimentos» a favor de la sobrina. Según la primera de sus estipulaciones, transmite y ésta adquiere las treinta y una fincas que en el documento se describen (quince de las cuales, entre ellas la casa habitación, le pertenecían por herencia de su esposa y las restantes a los dos esposos por diversas compras), a cambio de prestarle «sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según su posición social, teniéndolo en su casa y compañía», valorando cada «contraprestación» en un millón de pesetas; y según la segunda de las estipulaciones, «el incumplimiento de sus obligaciones por la cesionaria actuará como condición resolutoria de la transmisión; si el cedente no hubiese interpuesto en vida demanda de resolución, se considerarán cumplidas aquellas obligaciones y extinguida la condición resolutoria»; la sobrina, ya en vida de la fallecida, de quien era sobrina carnal, prestó a ambos cónyuges los servicios a los que se comprometió en la referida escritura y después de la muerte de su tía se los continuó prestando al viudo. Tanto éste como aquella fallecieron en el domicilio de la sobrina; y el estado de salud del viudo cuando suscribió el vitalicio (y otorgó testamento) era bueno, debiendo descartarse que pudiera «predecirse» el final de sus días, así como cualquier tipo de manipulación de su voluntad.

(5) *LOSADA DÍAZ, A., Libro del 1 Congreso de Derecho Gallego*, que tuvo lugar en A Coruña, los días 23 a 28 de octubre de 1972, promovido por los Ilustres Colegios de Abogados de Galicia y la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, editado por la Comisión ejecutiva de dicho Congreso, A Coruña, 1974, págs. 511 a 514, proponía dentro de la sección IV, «CASTRO BOLAÑO» (que versaba sobre «Instituciones forales que deben suprimirse en el Derecho Foral gallego y cuales, no estando en él, procede se

necesaria demanda en todos los sentidos (6), debe aplaudirse, pues responde, en efecto, a una auténtica necesidad sentida en nuestra tierra para dar una adecuada solución a los problemas derivados de la proliferación de situaciones de desamparo y soledad derivadas del progresivo envejecimiento de la población campesina, según, expresamente, se ponía de relieve en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991 (7).

Al respecto, A. LOSADA DÍAZ (8) había presentado, ya con ocasión del Primer Congreso de Derecho Gallego, una comunicación en que ponía de relieve precisamente la necesidad de la regulación normativa de dicho contrato arraigado en nuestro Derecho consuetudinario sobre la base de que en nuestra tierra era frecuente la existencia de contratos en los que los ancianos que carecen de herederos forzosos asocian al cultivo de sus tierras al que habrá de heredarle, concertando pactos que bautizan con el nombre de compraventa, puntualizando que dicha denominación de compraventa y no la de

incluyan en el mismo»), que en ulteriores estudios que se realicen por los estudiosos de esta figura, se deberán recoger sus peculiaridades específicas en orden a la problemática que plantea, anunciando que, de momento, la Comisión del I Congreso de Derecho Gallego estimaba que es una figura viva que está dentro del ámbito del Derecho consuetudinario de Galicia y debe recogerse expresamente y que si no se incluyó en la Compilación de 1963, no ha sido porque no tuviese arraigo, sino porque lo omitieron inexplicablemente los redactores del proyecto, confiados en la labor integradora y correctora de la Jurisprudencia, que todavía no ha configurado adecuadamente sus auténticos perfiles y conviene por ello regular expresamente su vigencia».

(6) Vid. ARTIME PRIETO, M., «El pacto vitalicio o el *contractus vitalicius* en Galicia», en *Foro Galego*, núm. 144, 1969, pág. 421 y sigs.

(7) La necesidad de la regulación de la costumbre arraigada en Galicia, conocida con el nombre del vitalicio, fue puesta de relieve en la Conclusión Primera del número VI (*O vitalizo*) de la Sección IV «CASTRO BOLAÑO» del Primer Congreso de Derecho Gallego, donde, a diferencia de la regulación definitivamente aprobada en la Ley 4/1995, se requería la efectiva convivencia entre las partes, así como que la persona obligada a la transmisión de los bienes no tuviese herederos forzosos, lo cual, finalmente, no se incluyó. Vid., sobre ello, *Estudios de Derecho Civil de Galicia, Foro Gallego*, núms. 161-164, 1974, págs. 271 y 272.

(8) LOSADA DÍAZ, A., *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, cit., págs. 511 a 514, donde advierte que este contrato, que se ha denominado en el lenguaje del país «o vitalizo», tampoco es corriente formalizarlo directamente con esta denominación, a pesar de que ha sido estimado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 28 de mayo de 1965), como un contrato autónomo, innominado y atípico, distinto del de renta vitalicia regulado en los artículos 1.802 al 1.808 del Código Civil. La razón de que no se acuda directamente a su formalización hay que hallarla especialmente en la dura y enérgica fiscalidad a que está sometido, añadiendo que, como se dice en el texto: Sin embargo, este contrato de «o vitalizo» si se regula adecuadamente, puede prestar grandes beneficios al agro gallego y cooperará en cierto modo, con las demás instituciones que se proyectan, a los fines de luchar contra el minifundio, al atraer hacia la explotación agrícola a un solo titular, que es el que va a asumir las obligaciones derivadas del contrato, evitando así que estas herencias pasen a la sucesión intestada, con lo que se producirá una mayor multiplicación de los predios y además se desatendería, si no fuese admitido, una necesidad de los ancianos sin herederos forzosos de solventar su específico problema de convivencia en los últimos años de su vida.

vitalicio se debía a que dentro del cuadro de los contratos que el Código Civil recogía no se encontraba ninguno que atendiera correctamente a las concretas necesidades que este contrato cubre.

Tras ello añade que cuando con posterioridad la jurisprudencia otorgó carta de naturaleza al contrato de vitalicio como figura autónoma y distinta de la renta vitalicia, la razón de que no se acudiera directamente a su formalización se encontraba en la dura y enérgica fiscalidad a la que estaba sometido, solicitando su regulación normativa en el futuro por los grandes beneficios que podía prestar al agro gallego para luchar contra el minifundio, en tanto que favorece que la explotación agrícola recaiga en un solo titular, que es el que va a asumir las obligaciones derivadas del contrato, con lo que se evita que estas herencias pasen a la sucesión intestada, lo que provocaría una mayor multiplicación de los predios, y además se desatendería una necesidad de los ancianos sin herederos forzosos de resolver su específico problema de convivencia en los últimos años de su vida.

Tanto en las Conclusiones de ese Primer Congreso (9) como en el Segundo (10) se insiste en la conveniencia de su regulación, lo cual se reitera en el más reciente Tercer Congreso (11), según veremos, todo ello siempre partiendo de la base de que dicho contrato tuvo desde antiguo vigencia y aceptación a través de fórmulas indirectas y hasta simuladas por su diferencia con la donación y no acomodarse fácilmente a las previsiones de la renta vitalicia a pesar de sus semejanzas derivadas de la aleatoriedad así como a la fuerte fiscalidad a la que se ve sometido (12).

(9) *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, cit., págs. 715 a 717 donde, dentro de la sección IV, «CASTRO BOLAÑO» (que versaba sobre «Instituciones forales que deben suprimirse en el Derecho Foral gallego y cuales, no estando en él, procede se incluyan en el mismo»), se adoptaron dos conclusiones respecto de la figura del contrato de vitalicio: «Primera. Por tratarse de una institución distinta de la de renta vitalicia, pedimos que la Compilación revisada reconozca y regule la costumbre arraigada en Galicia conocida con el nombre de “o vitalizo”, o sea, el contrato que se otorga por persona que, careciendo de herederos forzosos, conviene con terceros la transmisión de bienes a éstos a cambio de su convivencia o cuidado y asistencia en salud y en enfermedad, y de cualquier otra obligación que se una a estas principales. Segunda. Igualmente pedimos que esta institución, dado su carácter cuasi-familiar y dados los escasos recursos económicos que generalmente poseen los contratantes, no sea asimilada a efectos fiscales al contrato de renta vitalicia, sino al de compraventa o a otro que, por la entidad de su tributación, no sea tan gravoso que la haga escapar de su documentación escrita».

(10) La relación de los distintos trabajos que conformaron el II Congreso de Derecho Gallego, así como sus conclusiones, se recogen en la revista *Foro Galego*, núm. 182, 1986, págs. 61 a 80.

(11) En el tema III de la sección V, «PEDRO GONZÁLEZ LÓPEZ», del III Congreso de Derecho Galego, que tuvo lugar en La Coruña durante los días 27 a 29 de noviembre de 2002, y que contó con las mismas entidades responsables de los dos congresos anteriores.

(12) Cfr. LETE DEL RÍO, J. M., «Capítulo XII. El vitalicio», en *Manual de Derecho Civil Gallego*, Colex, Madrid, 1999, pág. 137, y en el «Capítulo III. El vitalicio», en *Co-*

Sobre todo ello y acerca de la realidad histórica consuetudinaria del vitalicio, se pronuncia la sentencia del TSJG, de 13 de marzo de 2002 (13), donde se analiza el fondo del recurso interpuesto de acuerdo con la doctrina elaborada por dicha Sala, si se quiere excepcionalmente, en relación a supuestos similares de negocios jurídicos celebrados antes de la entrada en vigor de la LDCG de 1995 y en los que el *thema decidendi* giraba en torno a la calificación de los mismos como contratos de vitalicio, simulados o no, y respecto de los cuales la asunción de la competencia del TSJG se debió (no obstante dejar sentada la aplicación de la LDCG a tan sólo los concertados con posterioridad a su vigencia en virtud de las Disposiciones Transitorias cuarta de la propia LDCG y primera, párrafo primero del Código Civil; así, STSJG 19/98, de 5 de noviembre) a la jurisprudencialmente constatada por la ATC y por el TS, realidad histórica del vitalicio en Galicia con un perfil singularmente definido y firme.

En concreto, se destaca de dicho perfil el ponerse al servicio de la conservación de la casa, lo que convirtió en notorio lo que llevaba tiempo siendo derecho consuetudinario por su uso continuado (así, se menciona la STSJG 19/98, de 5 de noviembre, con cita, por lo que ahora importa, de la STS de 28-5-65, y de la de 20-2-67, de la Sala primera de la ATC), y asunción de competencia que también se debió a que se considera suficiente la referencia a título de *obiter* que a la LDCG hizo (como en el caso que se enjuicia por el TSJG) el juzgador de instancia, con la consiguiente distorsión competencial del acceso al recurso de casación (STSJG 13/97, de 2 de diciembre), y sobre todo a que la regulación del vitalicio en la LDCG de 1995 recoge su configuración consuetudinaria y a que precisamente lo debatido consistía en la determinación de su existencia o no (STSJG 4/00, de 11 de febrero), siendo todo ello asumido, entre otras muchas, por la sentencia del mismo TSJG de 8 de junio de 2004 (14).

mentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales, Edersa, t. XXXII, vol. 1, ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), pág. 653. 1.º Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., «El Derecho Civil de Galicia, la Ley de Derecho Civil de Galicia, y el futuro Derecho Civil de Galicia: apuntes, ideas y sugerencias», en *La Ley de Derecho Civil de Galicia: balance de un lustro y análisis de su revisión*, RODRÍGUEZ MONTERO, R. P. (coord.), *Publicacions do Seminario de Estudos Galegos*, 2002, págs. 9 a 35.

(13) RJ 6973, donde se concluye la simulación en un caso de donación pura y simple con adquisición del dominio con carácter privativo y no ganancial en caso de liquidación de la sociedad legal de gananciales.

(14) RJ 5348/2005, en la cual se recuerda la doctrina sentada a partir de la STSJG 19/1998, de 5 de noviembre, según la cual los preceptos de la LDCG tocantes al vitalicio no son de aplicación al concertado —como el del presente pleito— con anterioridad a su vigencia en virtud de las Disposiciones Transitorias cuarta de la propia LDCG y primera, párrafo primero, del Código Civil, y ello porque igualmente constituye doctrina de esta Sala que el vitalicio regulado en la LDCG responde a su anterior práctica, la que ha de servir al menos de pauta interpretativa (por todas, STSJG 4/2000, de 11 de febrero).

En esta sentencia del TSJG, de 8 de junio de 2004 (15), según propició al resaltarla la STSJG 2/2002, de 17 de enero, se destaca que la regulación del vitalicio en la LDCG de 1995 recoge su configuración tradicional o consuetudinaria gallega, caracterizada por un elemento de máxima importancia a valorar en la contraprestación del alimentante, a saber, las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, que han de ser dispensados al alimentista (art. 95.2 LDCG entonces vigente de 1995), difícilmente valorables en términos cuantitativos a la hora de ponderar dicha contraprestación y a los efectos de la posible nulidad del contrato al encubrir una donación inoficiosa o nula.

III. TERMINOLOGÍA

Ahora bien, la concreta normativa definitivamente aprobada en 1995 resultaba altamente pintoresca y carente del mínimo cuidado, desde un punto de vista técnico-jurídico, al menos en cuanto a la terminología empleada, que, en la actualidad, en gran medida, se vuelve a reproducir, si bien, en su conjunto, la regulación vigente ha mejorado mucho el texto anterior, duplicando, además, como prueba de la relevancia del contrato, sus artículos, siendo también buena muestra de su vitalidad la conflictividad ante los Tribunales de Justicia que en Galicia ha suscitado la regulación ahora derogada (16), al igual que sucede en el resto del Estado (17).

(15) En dicha sentencia se pone de manifiesto que el elemento a que nos referimos en el texto debe ser suficientemente valorado, como lo ha sido en el caso enjuiciado, al erigir en causa principal del contrato, o si se quiere de la cesión de los bienes inmuebles realizada, no un ánimo de liberalidad con la consiguiente transformación de la prestación de alimentos en una carga o modo (en este sentido, STSJG 12/2002, de 13 de marzo), sino la necesidad de cuidados y ayudas.

(16) Vid. las sentencias del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (SSTSXG) de 2 de diciembre de 1997 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, *RJ* 1998/8251), 5 de noviembre de 1998 (*RJ* 1999/1247), 15 de diciembre de 2000 (*RJ* 2001/4332), 17 de enero de 2002 (*RJ* 2002/6954) y 13 de marzo de 2002 (*RJ* 2002/6973); así como las sentencias de las Audiencias Provinciales de La Coruña, de 4 de abril de 2000 (*ARP* 2000/1710), 9 de febrero de 2001 (Actualidad Civil, *AC* 2001/442) y 21 de mayo de 2001 (Jurisprudencia de Audiencias, *JUR* 2001/225813), Lugo de 4 de diciembre de 1996 (*AC* 1996/2266), 21 de octubre de 1998 (*AC* 1998/8149), 14 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/65643), 11 de abril de 2002 (*JUR* 2002/154382) y 16 de septiembre de 2002 (*AC* 2002/1922), Orense de 10 de febrero de 1996 (*AC* 1996/224), 16 de abril de 2001 (*JUR* 2001/172248) y 15 de octubre de 2002 (*AC* 2002/1502), y Pontevedra, de 4 de octubre de 1995 (*AC* 1995/1932).

(17) Entre otras, vid. las sentencias del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6602), 28 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6449), 18 de enero de 2001 (*RJ* 2001/1319), 27 de noviembre de 2001 (*AI* 2001/9529), 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002/5904), o 1 de julio de 2003 (La Ley, núm. 5843, 5 de septiembre de 2003); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de octubre de 1999 (*RJ* 2000/749); o las sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante, de 4 de febrero de 2000 (*ARP* 2000/431).

En todo caso, volviendo al tema terminológico, en la Ley 4/1995, mientras que en el artículo 95, según se ha adelantado, se aludía al *alimentista* como la parte contractual obligada a la cesión o entrega de bienes, lo que se reiteraba en el artículo 97, sin embargo, a continuación, en el artículo 98, se hacía mención del *cesionario*, que, a lo que parece, es el otro contratante, el que está obligado a prestar alimentos, apareciendo en el último de los preceptos del capítulo, el artículo 99, la nueva denominación de *cedente* para aludir al que anteriormente se denominó alimentista, quien cede o entrega los bienes.

Incluso, en este artículo 99/1 se compatibilizan todas las denominaciones posibles, alimentista frente a cesionario y también «cedente» o «perceptor» de la prestación alimenticia frente a «obligado a prestar alimentos» y, así, se dice que «el *alimentista* podrá rescindir el contrato...»: «a) por conducta gravemente injuriosa o vejatoria del *obligado a prestar alimentos*»; «b) incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia, siempre que no sea imputable a su *perceptor*», o «c) cuando el *cesionario* no cuidase o no atendiese en lo necesario al *cedente*...», todo ello, por supuesto, sin que en ninguno de los preceptos de la Ley dedicados al vitalicio se especifiquen de modo concreto las partes contractuales y su denominación, a salvo el contenido anteriormente transcrito del artículo 95.

Pues bien, ninguna duda cabe de que, como había destacado A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN (18), la médula del contrato de vitalicio radica en el valor de la asistencia alimenticia, que en 1995 se configuraba con cierto detalle en amplios términos en el número 2 del artículo 95, comprendiendo tal prestación alimenticia el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica y las ayudas y cuidados, incluso afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes, lo que, igualmente, se recoge en el actual apartado 1 del artículo 148, cuando señala que la prestación alimenticia deberá comprender el sustento, la

y 15 de junio de 2001 (AC 2001/2406); Asturias, de 31 de mayo de 2002 (JUR 2002/193171); Badajoz, de 18 de septiembre de 2000 (AC 2000/1875), 20 de septiembre de 2001 (AC 2001/1947) y 17 de enero de 2002 (AC 2002/1128); Baleares, de 18 de mayo de 1999 (AC 1999/5811), 23 de junio de 1999 (AC 1999/7876), 12 de febrero de 2001 (AC 2001/1406) y 2 de mayo de 2001 (JUR 2001/211769); Barcelona, de 3 de noviembre de 1999 (JUR 1999/4993), 10 de diciembre de 1999 (AC 1999/2539), 22 de marzo de 2002 (JUR 2002/152166) y 5 de abril de 2002 (JUR 2002/153394); Castellón, de 15 de septiembre de 1999 (AC 1999/1853); Córdoba, de 29 de marzo de 1995 (AC 1995/419); Cuenca, de 14 de enero de 1997 (AC 1997/31); Girona, de 14 de marzo de 2002 (AC 2002/886); Granada, de 21 de febrero de 2001 (JUR 2001/126322); Huesca, de 9 de marzo de 1995 (AC 1995/420); Jaén, de 12 de abril de 2000 (AC 2000/3507), y 8 de octubre de 2002 (AC 2002/2222); Las Palmas, de 15 de enero de 2001 (JUR 2001/132099); Santa Cruz de Tenerife, de 9 de septiembre de 2002 (JUR 2002/280438); Segovia, de 24 de junio de 1999 (AC 1999/8847); Sevilla, de 29 de abril de 2002 (AC 2002/1432); Valencia, de 26 de octubre de 1999 (AC 1999/7757), y Zaragoza, de 8 de junio de 1999 (AC 1999/1236).

(18) Cfr. «Derecho Civil», en *Estudios de Derecho Civil*, tomo II, Aranzadi, Navarra, 1992, pág. 318, con cita en tal sentido de J. REINO CAAMAÑO, «El retracto legal y la libre contratación», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1918, pág. 274 y sigs.

habitación, el vestido y la asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes (19), siendo acertado mantener ese contenido mínimo legal imperativo incluyendo ahora no sólo cesión de bienes sino también de derechos a cambio de los alimentos en el artículo 147.

En consecuencia, sería más correcto denominar al obligado a la prestación principal —de alimentos— «cedente» si se quiere utilizar esta expresión en lugar de la más ajustada «alimentante», que no se usa en ningún precepto de la Ley de 1995 ni en la vigente de 2006, pero nunca «cesionario», que en los artículos vistos de la Ley 4/1995 se contraponen al «alimentista», o como equivocadamente se le denomina también, al «cedente», constituyendo, en cualquier caso, un verdadero caos terminológico, indicativo de una deplorable técnica legislativa, entremezclar y hasta yuxtaponer, tales expresiones, como se había hecho en 1995, de modo indiscriminado y sin ningún criterio firme y claro formado al respecto.

La explicación de tal desatino terminológico estriba en que todo este capítulo de la Ley 4/1995 procedía de la combinación sin un mínimo análisis crítico de los dos textos propuestos al Parlamento: el que se presentó el 22 de marzo de 1991, que hablaba de «alimentista», y el que se elevó por el Consejo de Cultura Gallega el 11 de julio del mismo año 1991, que utilizaba las expresiones de «cedente» y «cesionario».

Ahora bien, el problema es que en la Ley vigente 2/2006 se vuelve a hablar de cedente (arts. 149/1, 153, 154 y 156), alimentista o alimentistas (149/3; 151 y 154), cesionario o cesionarios (152, 153/1-3.^a, 155 y 156) sin que, una vez más, en ninguno de los preceptos del texto legal vigente se concreten, al margen del contenido genérico del citado artículo 147, las partes del contrato.

De nuevo, pues, se dice que el vitalicio puede constituirse a favor del «cedente» de los bienes o de un tercero en el artículo 149/1, añadiéndose que en ningún caso podrá constituirse contemplando la vida de un tercero que no sea el «alimentista», aludiéndose en el artículo 152 al desistimiento del «cesionario» refiriéndose los cuatro últimos preceptos del capítulo en cuestión a la resolución por parte del cedente y a sus consecuencias para él y para el cesionario, apareciendo en el artículo 154 de nuevo el «alimentista».

(19) LORENZO MERINO, F. J. («Contratos: Arrendamientos rústicos. Aparcería. Vitalicio», en *Derecho Civil Gallego*, Consejo General del Poder Judicial y Xunta de Galicia, Madrid, 1996, pág. 214), para quien la obligación alimenticia se contraponen a la entrega de bienes o capital que le corresponde al alimentista, todo ello al amparo de la legislación de 1995 que puede predicarse de la similar redacción ahora vigente.

IV. FORMA

Por otra parte, tampoco la sistemática empleada se había cuidado en 1995 y, así, en el segundo artículo del capítulo correspondiente, se advertía, en su primer número, que las normas previstas serán de aplicación cualquiera que fuera la calificación jurídica que las partes atribuyesen al contrato, lo que se correspondía con una monolítica doctrina del Tribunal Supremo al respecto, para, de seguido, en el número 2 de dicho artículo 96, precisar que el contrato se formalizará en documento público, sin que, por lo demás, se especifique en ningún momento la sanción para la contravención de esta última exigencia (20).

En cualquier caso, la razón justificativa de tal agrupación en un mismo precepto de dos disposiciones tan dispares como la de la sujeción a la nueva normativa del contrato alimenticio con independencia de la denominación de las partes y la de la exigencia de formalización en documento público, se debía, otra vez, a que este nuevo artículo 96 procedía de la conjunción indiscriminada de los dos textos que se presentaron como Proyectos y, así, el número 1 se correspondía con el número 2 del artículo 57 de la Propuesta de Compilación, de 22 de marzo de 1991, mientras que el número 2 del artículo 96 constituía una de las frases que integraban el artículo 85 del Proyecto presentado por el Consejo de Cultura Gallega.

En el texto vigente, al menos, ya no aparece la previsión respecto de la independencia de la denominación jurídica de las partes para la aplicación de las normas de la Ley, por temor, bien fundado, al fraude o a la simulación (21), y se mantiene en un solo precepto, el artículo 149, la obligatoriedad de la formalización en escritura pública, especificándose de modo correcto que ello será necesario «para que tenga efectos frente a terceros», quedando, sin ninguna duda, patente su presupuesto para la eficacia del contrato en la línea del artículo 1.280 del Código Civil.

(20) Vid. las distintas opciones a que daba lugar el silencio legal sobre el particular de la sanción en caso de que no conste el vitalicio en escritura pública, con arreglo a la legislación derogada de 1995, REBOLLEDO VARELA, A. L., «O contrato de vitalicio na Lei 4/1995, do 24 de maio de Dereito Civil de Galicia», en *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio)*, Revista Xurídica Galega, BARREIRO PRADO, J. J., SÁNCHEZ TATO, E. A., VARELA CASTRO, L. (coords.), págs. 288 y 289.

(21) LOSADA DÍAZ, A., *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, cit., págs. 511 a 514, ya había advertido que el vitalicio es un contrato que ha dado lugar a un gran número de litigios, porque al tener que usar formas indirectas de contratación (compraventa simulada con contrato privado complementario o sin él), era preciso acudir generalmente al Juzgado para conseguir sentencia que desenmascare la verdadera naturaleza del mismo, por lo que proponía la conveniencia de regular adecuadamente el contrato de «o vitalizo» como contrato autónomo, independiente del de renta vitalicia y con las características propias que exige su vigencia en el país, y conseguir además que sea tratado fiscalmente asimilándolo al de compraventa.

Desde luego, resulta acertada la supresión del desafortunado recordatorio de la doctrina más general de la prevalencia de la realidad subyacente sobre el *nomen iuris* en sede de vitalicio, siendo de celebrar que se hubiera acogido la propuesta efectuada ya por los relatores de la sección V del III Congreso de Derecho Gallego que abogaban por la supresión del referido párrafo primero del artículo 96 por superfluo e improcedente, y sin que tampoco apareciera ninguna referencia a ésta en la propuesta de la comisión superior para el estudio del Derecho Civil gallego en la pasada legislatura, y todo ello bien entendido que su existencia en realidad no era más que un reflejo condicionado por la efectiva existencia de este contrato bajo fórmulas jurídicas bien diferentes, incluso simuladas (22).

En efecto, como se recuerda en la sentencia del TSJG, de 29 de abril de 2004 (23), es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la de que la determinación de la conceptualización jurídica relativa a un contrato constituye una cuestión de interpretación del mismo en orden a su calificación, doctrina esta que precisamente también se trajo a colación (con cita de la STS 601/2001, de 15 de junio) en la STSJG 12/2002, de 13 de marzo, centrada en la calificación de donación pura y simple que el Tribunal *a quo* efectuó en relación a un contrato denominado (por quienes lo celebraron) cesión onerosa a cambio de asistencia personal y prestación alimenticia.

En dicha sentencia del TSJG, de 29 de abril de 2004, se incide, con independencia de la calificación que le atribuyen las partes que lo conciertan, en las obligaciones principales que del contrato se desprenden para los contratantes: de un lado, ceder bienes, y de otro, cuidar, alimentar y atender hasta el día de su fallecimiento al cedente, resaltando que a la Audiencia no se le escapa la constatada circunstancia histórica de que los interesados en celebrar un contrato de vitalicio evitaban (por cautela) tal denominación utilizando, v. gr., la de compraventa por alimentos, algo que bien muestran, *ad exemplum*, las SSTS de 29 de mayo de 1972 y 1 de julio de 1982, confirmatorias de las dictadas por la Audiencia Territorial de A Coruña, recurridas en casación, lo que, igualmente, se reitera en la sentencia del TSJG de 8 de junio de 2004 (24).

(22) Para el derecho derogado de 1995, REBOLLEDO VARELA, Á. L., *O contrato de vitalicio*, cit., págs. 281 y 282, siendo que hasta la Ley de 1995, y de acuerdo con el Código Civil, dicho contrato simulado solía incluirse en el ámbito más propio de las donaciones remuneratorias [SSTS de 23 de mayo de 1987 (RJ 1987/3557) y de 2 de abril de 1990 (RJ 1990/2682)].

(23) RJ 1877/2006, en la cual se parte de la doctrina jurisprudencial que se expone en el texto en cuya virtud la calificación de un contrato está atribuida al Juzgador de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación —aún en caso de duda— si no es ilógico, inverosímil o contrario a las normas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, citando, por todas, la STS 227/2003, de 12 de marzo.

(24) RJ 5348/2005 sobre contenido del contrato de vitalicio, con desarrollo del principio de autonomía de la voluntad y necesidad de cuidados y ayudas.

Respecto de la necesidad de la formalización del contrato en escritura pública, ya hemos advertido que tanto en el sistema civil gallego como en el español tiene mejor acogida la exigencia de forma en el campo de la eficacia que en el de la validez, habiéndose propuesto al respecto en el III Congreso dos opciones, consistentes en que o bien se suprima la norma del artículo 96.2 de la Ley de 1995, lo que nos llevaría a acudir a los postulados del Código Civil y a la doctrina del Tribunal Supremo al respecto; o bien especificar en el precepto legal que será necesaria la escritura pública a los meros fines de producir efectos frente a terceros, lo cual, finalmente, de acuerdo con el artículo 150 propuesto por la Comisión, prosperó, lo que considero mejor, por ser más clara y dilucidar cualquier duda al respecto, habida cuenta de la regulación que se sustituye y de que en Galicia muchos contratos de vitalicio se formalizan en documento privado (25).

V. CONCEPTO

El vitalicio se puede considerar un contrato aleatorio que define la doctrina como aquellos en que la entidad del riesgo a que cada contratante se expone no puede ser conocido ni valuado en el acto de la formación del contrato: tal entidad se revelará luego según el curso de los acontecimientos. Su causa es el hecho de que para cada parte es objetivamente incierto en el acto de conclusión del contrato si le resultara una ventaja o por lo menos una ventaja proporcionada al sacrificio que debe realizar.

Bajo el contrato de renta vitalicia y como modalidad del mismo se articulaba esta regulación del vitalicio, bajo la interpretación jurisprudencial, siendo que la renta vitalicia está regulada en el artículo 1.802 del Código Civil, que lo considera como aquel contrato aleatorio por el que se obliga

(25) Véase, de acuerdo con la legislación derogada de 1995, LORENZO MERINO, F. J., «Los contratos en el Derecho Civil de Galicia», en *Derecho Civil de Galicia*, cit., pág. 95, para quien no debía interpretarse como una exigencia de forma *ad solemnitatem* o como requisito esencial de validez, sino, como en los demás contratos onerosos, una mera forma *ad utilitatem*, pues su formalización pública será imprescindible para que produzca efectos contra terceros y para que el vitalicio pueda desplegar las consecuencias que las leyes les vinculan a los instrumentos públicos, pero no para que exista *inter partes*. En sentido contrario, LETE DEL RÍO, J. M., *Capítulo III. El vitalicio*, cit., págs. 672 a 674, considera que esta cuestión del valor de la forma debe resolverse a la luz de la categórica expresión legal del entonces artículo 96 «se formalizará» (que ahora es parecido en el art. 150, «habrá de formalizarse») y que evidentemente no es una indicación, sino una exigencia; es decir, con evidente carácter imperativo se exige la escritura pública con el fin de crear un título que permita proscribir, en la medida de lo posible, toda incertidumbre, manteniendo también CARPIO GONZÁLEZ, J., «Ley de Derecho Civil de Galicia. Estudio de la reforma», en *Boletín informativo del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 177, octubre de 1995, pág. 2712, que dicho término, se puede considerar una forma de ser, dado el tecnicismo en cuanto a la transmisión y extinción».

al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión (26).

Hasta la fecha de su consagración legal en Galicia en 1995, el vitalicio, al que, por lo demás, se le han atribuido diversas denominaciones (27), y varias definiciones doctrinales (28) tenía sus fuentes en las declaraciones jurisprudenciales, tales como la sentencia de 28 de mayo de 1965 (29), que declara que las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos en la extensión que convengan, dando lugar al denominado «vitalicio» que no es una modalidad de la renta vitalicia

(26) Según el citado artículo 1.802 del Código Civil, «el contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión». Para un comentario a este precepto, vid. GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentarios al artículo 1.802», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., DÍAZ ALABART, S. (dirs.), t. XXII, vol. 1.º, Madrid, 1982, pág. 395 y sigs.

(27) Entre las denominaciones que se le atribuyen figura también como contrato de pensión alimentaria, contrato de alimentos vitalicios, cesión de bienes a cambio de alimentos o incluso como «contrato de asistencia rural» (DELGADO DE MIGUEL, J. F., «Perfiles jurídicos de un contrato de asistencia rural: La cesión de bienes a cambio de alimentos», en *Libro Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. V, Madrid, 1988, pág. 171). Sobre la denominación del contrato, vid. CALVO ANTÓN, M., «El contrato de alimentos como figura contractual independiente», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo a junio de 1989, págs. 639 a 642.

(28) Así, RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. («La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio», en *Libro Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. III, Madrid, 1988, pág. 726), dice que es el contrato por el que una persona (cedente) transmite el dominio, otro derecho real o la facultad de simple goce y disfrute sobre determinados bienes, a otra (alimentante), a cambio de la obligación que ésta contrae, para con aquél o para con un tercero (alimentista), de prestarle de por vida, o por el tiempo que se fije, alimentos y asistencia en la extensión convenida, manteniéndolo en régimen de convivencia si así se hubiese pactado, mientras que GUILARTE ZAPATERO, V. (*Comentarios al art. 1.802*, cit., pág. 397) lo considera como el contrato en cuya virtud una de las partes, a cambio de la entrega de unos bienes determinados, se obliga a prestar a la otra alimentos, con la extensión que se convenga, durante la vida de ésta», manifestando al respecto CHILLÓN PEÑALVER, S. (*El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Madrid, 2000, págs. 24 a 25), que es aquél por el cual una o varias personas (alimentista o cedente) se obligan frente a otra u otras (alimentante o cesionario) a transmitir el dominio de un bien mueble o inmueble, u otro derecho real o incluso la facultad de goce o disfrute de un bien o derecho, a cambio de ser alimentado (generalmente *in natura*) y atendido o asistido con convivencia o sin ella, durante el tiempo que se pacte (generalmente la vida del alimentista) y con la extensión que asimismo se acuerde en la medida variable, según las necesidades del alimentista», concluyendo MILLÁN SALAS, F. («El contrato vitalicio», en *Actualidad Civil*, núm. 23, de 4 a 10 de junio de 2001, pág. 832), que, a su entender, es el contrato por el que una persona (cedente) transmite el dominio, un derecho real limitado (por ejemplo, el usufructo) o la facultad de simple uso y disfrute de determinados bienes, a otra (cesionario) que se obliga a prestar alimentos al cedente o a una tercera persona (alimentista) durante la vida de esta última, salvo que se pacte un plazo menor.

(29) RJ 1965/3172.

sino un contrato autónomo, innominado y atípico, en lo que, igualmente, insiste la posterior STS de 3 de noviembre de 1988, que incide en su carácter de contrato aleatorio, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen a éste en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, y que tiene como causa, para una de las partes, la transmisión que la otra hace de un capital o de unos bienes, y para esta, el alojamiento, la manutención y toda clase de asistencia y de cuidados durante su vida que aquella se obliga a prestarle, o la satisfacción de una pensión de alimentos.

Se rige, pues, por los pactos y cláusulas establecidas, siempre que no sean contrarias a las leyes, moral, buenas costumbres y también le son aplicables las normas generales de las obligaciones, sobre todo lo cual se vuelve a pronunciar en los mismos términos expuestos en 1965 y 1988 el Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de julio de 2002 y de 1 de julio de 2003, con iguales términos para definir el contrato de vitalicio y contraponerlo y diferenciarlo de las otras instituciones señaladas afines.

Es el contrato en cuya virtud una de las partes, a cambio de la entrega de unos bienes determinados, se obliga a prestar a la otra alimentos, vivienda, vestido, asistencia médica, etc..., con la extensión que se convenga entre las partes, durante la vida de ésta, y el TS en sentencia de 13 de julio de 1985 (30), nos dice que por el convenio de vitalicio «una persona recibe de otra un capital o unos bienes determinados, a cambio de lo cual se obliga a darle alojamiento, manutención y sostenimiento durante toda su vida».

Estamos ante un contrato que tiene como finalidad, pues, la de asegurar una prestación alimenticia a través de una cesión de bienes, y en el que el contenido ético ofrece un especial relieve, por el juego de los intereses que en él confluyen (31), manteniendo al respecto el Tribunal Supremo, entre otras muchas, en la sentencia de 9 de julio de 2002 (32), que la particularidad de los vitalicios es la de vivir «en familia», es decir, la de la prestación de asistencia, atención y cuidado, y sobre todo cariño a la persona acogida, ya que no se entiende una convivencia o atención no deseada por alguna de las partes contratantes, dado que por encima de lo establecido, de ámbito económico o patrimonial, incide el necesario ajuste de dos o más personas en

(30) Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1985/4045.

(31) En concreto para Galicia la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 4 de mayo de 1993, en la cual por virtud de la libertad contractual, las partes pueden acordar que una de ellas le entregue a la otra, no una cosa o un conjunto de cosas muebles o inmuebles, sino un patrimonio, y recibir no una determinada cantidad de dinero o productos en especie, sino todo lo que sea necesario para la vida, en razón a las necesidades materiales y espirituales del cedente, pudiendo llegar a convivir juntos, proporcionándole alimentos, vestido, alojamiento, asistencia médico-farmacéutica en caso de enfermedad, y rodeado, en suma, de afectos y cuidados al cedente.

(32) *RJ* 2002/5904.

carácter, costumbres o aficiones para lograr la convivencia, es decir, en lo que se denomina congeniar».

Respecto de su posible utilización para vulnerar derechos legítimos o para burlar incluso el pago del impuesto de sucesiones se ha producido, entre otras, la sentencia del TSJG, de 15 de diciembre de 2000 (33), que desarrollaremos a continuación, al hablar de los caracteres, así como la citada sentencia de 18 de octubre de 2005 (34), sobre procedencia de simulación relativa en caso de donación y contrato de vitalicio con finalidad de desheredación fuera de testamento sin expresión de causa legal.

En concreto, en esta sentencia de 18 de octubre de 2005 del TSJG (35), se reproduce el texto del recurso en que se recuerdan, acertadamente, algunos aspectos, que veremos a continuación, de la naturaleza —onerosa y sinalagmática— del contrato de vitalicio, así como su causa que no puede ser otra que la función o resultado económico-social, objetivo que el negocio cumple —la entrega o cesión de bienes a cambio de una prestación alimenticia comprensiva, al menos, de sustento, habitación, vestido, asistencia médica, ayudas y cuidados incluso afectivos— y en cuya atención el ordenamiento jurídico le otorga vali-

(33) *RJ* 4332, donde se aborda con detalle el concepto y naturaleza del contrato en caso de estipulación a favor de un tercero, así como sus requisitos, en un caso de simulación absoluta por falta de causa, ante la inexistencia de incerteza o aleatoriedad (art. 1.790 CC), dada la edad y grave enfermedad del otorgante, por lo que no se puede apreciar la causa onerosa o aleatoria del contrato, que realmente se hizo para proceder a la vulneración de los derechos legítimos.

(34) *RJ* 7545, en la cual se concluye, junto con la sentencia de primera instancia y la dictada en grado de apelación, que las donaciones, ya sean puras y simples ya se entiendan como remuneratorias, y el contrato de vitalicio constituyen negocios simulados y fraudulentos. Existe simulación relativa (art. 6.4 CC) porque bajo los negocios aparentes —vitalicio y donación— no queridos se oculta otro realmente querido —el de desheredación— de modo que aquellos no se sustentan en la causa verdadera que objetivamente cumplen (art. 1.276 CC) sino que se encaminan a un resultado o función distintos y como sucede que este fin —desheredación fuera de testamento y sin expresión de causa legal de acuerdo con el art. 849 del Código Civil— es contrario al ordenamiento jurídico, su causa es ilícita en los términos de los artículos 1.275 del Código Civil en relación con su artículo 6.3, de donde se deduce, sin lugar a dudas, su nulidad radical sin que esta declaración suponga infringir la regulación legal del vitalicio, ya que las partes, en el decir de la contestación a la demanda, han elevado la finalidad particular perseguida a causa determinante de los contratos, de manera que no obedecen a la que nominalmente expresan.

(35) En esta sentencia, de 18 de octubre de 2005, se señala que no hay duda alguna de que estas características y elementos, en especial su onerosidad, aunque en ocasiones sea difícil valorar en términos cuantitativos la prestación del alimentante, van a determinar con carácter general la validez del contrato desde el instante en que la Ley reconoce la causa de las respectivas atribuciones patrimoniales y obligacionales, pero naturalmente esto no significa que el contrato de vitalicio, como cualquier otro, no pueda estar aquejado de un vicio que lo invalide ya sea por falta de algunos de sus elementos esenciales que lo convertirán en incompleto o viciado en los términos del artículo 1.261 del Código Civil (sentencia del TSJG de 15 de diciembre de 2000), ya sea porque, aunque los requisitos del negocio se ajusten a la Ley, sin embargo no cumpla o persiga el fin o la función que le son propios en cuyo caso estaremos en presencia de un negocio irregular o anómalo.

dez de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.274 del Código Civil, sin que la necesidad del alimentista integre la causa, sino que queda reducida a uno de los posibles motivos subjetivos que los contratantes persiguen sobre la base o a través de la función objetiva del negocio y que, en principio, es irrelevante en términos jurídicos, sin perjuicio de lo que luego se expondrá, pues la satisfacción de la necesidad asistencial puede conducir a la celebración de muy diversos contratos —laborales, de hospedaje, de prestación de servicios, etc.—.

Por último, sobre el tema de las legítimas (que en la Ley gallega ha sufrido una importante disminución), en la sentencia citada de 8 de junio de 2004 del TSJG (36) se recuerda la doctrina legal en cuya virtud la disposición patrimonial que a través del contrato (oneroso) de vitalicio se realiza en favor del cesionario no puede estimarse como una vulneración de las legítimas, y mucho menos cuando su celebración se produce —como en el caso enjuiciado— por mor del estado de necesidad del transmitente, no tanto económica sino de atenciones y cuidados (los que efectivamente le proporcionó la alimentante, en particular desde que quedó viudo), de modo que es la (jurisprudencia) que explica que no quepa predicar respecto de la finalidad del contrato litigioso el defraudar la posición jurídica de un heredero legitimario y sí la de remediar una situación de necesidad consecuenta a la de soledad en la que se encontró el cedente al enviudar, y que inmediatamente le condujo a celebrar el vitalicio, objeto de controversia por un descendiente suyo que en testamento fue (el mismo día) reconocido por aquél como hijo no matrimonial y al que en pago de su legítima le legó tres fincas, pero del que no consta que mantuviera relación alguna con su padre, lo que, en último término, contribuye a destacar la ayuda y cuidados que con anterioridad (al vitalicio y al testamento) le venía dispensando a él y a su esposa la sobrina carnal de ésta y que después de la muerte de su mujer le continuó dispensando una vez asumió la obligación para ella derivada de la escritura de cesión de bienes por alimentos otorgada a su favor, esto es, la de prestarle «sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según su posición social, teniéndolo en su casa y compañía».

VI. CARACTERES

Es un contrato, aparte de formal y solemne en los términos vistos y con los matices apuntados, consensual, bilateral y oneroso (37), pronunciándose

(36) *RJ* 5348/2005, en la cual se asume la jurisprudencia acogida por la Audiencia con cita de las SSTs de 6 de mayo de 1980, 30 de noviembre de 1987 y 31 de julio de 1991, que se cita en el texto.

(37) Acerca de los caracteres, REBOLLEDO VARELA, A. L., *Dereito*, cit., págs. 278 a 280, y LETE DEL RÍO, J. M., *Comentarios*, cit., págs. 655 a 660, quien considera que se trata de un contrato real y unilateral.

sobre dicho primer carácter consensual, la STS de 10 de enero de 2001 (38), cuando sostiene que la concurrencia de las declaraciones de voluntad constituyeron, con el objeto y la causa, el contrato de vitalicio, que es sinalagmático al derivarse obligaciones de carácter recíproco para las dos partes, consistentes en la entrega de bienes por el alimentista y la prestación de alimentos para el llamado cesionario durante toda su vida.

Respecto del carácter bilateral del contrato de vitalicio, ya hemos señalado que como partes contratantes figuran una o varias, produciéndose al respecto el Tribunal Superior de Xustiza de Galicia en su sentencia de 15 de diciembre de 2000 (39), cuando señala que para apreciar una pluralidad de contratantes, en la posición de alimentistas, se requiere que la cesión o entrega comprenda bienes de cada uno o bienes comunes que supera la pretendida unilateralidad de cierta doctrina jurisprudencial, pues ahora no cabe duda de que, desde la perfección, surgen obligaciones para cedente y cesionario y se admite la resolución a instancia tanto de uno como de otro, bien por pacto expreso o no, según concluye la propia jurisprudencia (40).

En concreto, en la citada sentencia del TSJG, de 15 de diciembre de 2000, se solicita que se declare el carácter fraudulento de un contrato de vitalicio por falta de causa, por inexistencia de riesgo para los demandados y por vulneración de los derechos hereditarios que la actora tenía como hija del otorgante de dicho contrato, señalándose en la sentencia, tras puntualizar que el contrato de vitalicio es un contrato innominado o atípico, bilateral, oneroso y de carác-

(38) *RJ* 2001/1319, manteniéndose por la doctrina que tanto la renta vitalicia como el vitalicio son contratos puramente consensuales y sinalagmáticos, entre otros, BADENAS CARPIO, *La renta vitalicia onerosa*, Pamplona, 1995, pág. 314; GOMA SALCEDO, «Principales problemas del contrato de renta vitalicia», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1960, pág. 403 y sigs.

(39) La STSXG de 15 de diciembre de 2000 (*RJ* 2001/4332) aclara que cuestión distinta es si en el contrato de vitalicio cabe designar, como beneficiario de la pensión alimenticia pactada, un tercero ajeno a la relación contractual, o dicho de otro modo, si en el contrato de vitalicio caben las estipulaciones a favor de tercero, manifestándose en el III Congreso de Derecho Gallego que ningún obstáculo o prohibición se podía deducir de los artículos 95 y 99 de la Ley de 1995 para entender que en el seno de un contrato de vitalicio se estipule como beneficiario de la pensión alimenticia un tercero, ajeno a la relación contractual, por lo que se debe fijar como fecha final de la obligación de prestar alimentos, y determinar así su carácter aleatorio, el de fallecimiento de ese tercero.

(40) Sobre ello, BELLO JANEIRO, D., *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega: la Ley 4/1995, de 24 de mayo*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1999, pág. 159; LORENZO MERINO, F. J., «Los contratos en el Derecho Civil de Galicia», en *La Ley de Derecho Civil de Galicia: balance...*, op. cit., pág. 94; REBOLLEDO VARELA, Á. L., *O contrato vitalicio na Lei 411995...*, cit., págs. 279 a 280; MILLÁN SALAS, F., «El contrato vitalicio», en *Actualidad Civil*, núm. 23, de 4 a 10 de junio de 2001, pág. 836, así como las SSTs de 8 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/3891), 17 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6602); SSTSXG de 2 de diciembre de 1997 (*RJ* 1998/8251), de 5 de noviembre de 1998 (*RJ* 1999/1247), 11 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/4238), y 17 de enero de 2002 (*RJ* 2002/6954).

ter aleatorio, en el que la entrega de bienes por el alimentista constituye un elemento esencial, que, en principio, es posible, como hemos adelantado, admitir la estipulación a favor de un tercero en un contrato de vitalicio, bien a título de liberalidad, de cumplimiento de una obligación preexistente o de crédito de una obligación futura, para considerar que, dado que en el caso de autos la mujer del otorgante del contrato aparecía como beneficiaria de la pensión alimenticia y como usufructuaria del inmueble objeto de cesión, se entiende que a título de liberalidad, entonces, de acuerdo con todo ello, es lo cierto que la edad y la grave enfermedad del otorgante impedían apreciar la causa onerosa o aleatoria del contrato, y permitían deducir que en realidad se hizo para revestir un fraude de los derechos legitimarios.

Partiendo del mínimo asistencial legal imperativo como contenido básico del contrato a que se refiere el artículo 148, resulta corolario apodíctico la regulación ahora novedosa contenida en el segundo apartado de dicho precepto cuando sanciona que, salvo que en el título constitutivo se hiciera constar lo contrario, en todos los casos de pluralidad de obligados, la prestación alimenticia tendrá carácter solidario, añadiéndose que podrá pactarse que los obligados cumplan dicha prestación alimenticia de modo conjunto e indivisible, lo cual se cohonesto, precisamente al hilo de dicha solidaridad, con la previsión del actual artículo 149/2 en cuya virtud será válido el vitalicio entre ascendientes y descendientes, todo ello sin perjuicio de la obligación de alimentos establecida por la Ley, significando así de manera nítida la diferencia entre el vitalicio y la regulación de los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

En cuanto a la onerosidad, la obligación de alimentos y asistencia tiene como contraprestación los bienes que se entregan o ceden, en un intento de las partes por obtener un beneficio o equivalencia a través de sus respectivas prestaciones, y eso a pesar de que esta relación, dada su aleatoriedad, no implique necesariamente una estricta correspondencia económica (41), lo que tendrá que ser tenido en cuenta a la hora de obstaculizar la posible impugnación con base en el hipotético perjuicio en la legítima de los herederos forzosos del constituyente, incluso en el caso extremo de agotar todos sus bienes.

En la sentencia del TSJG, de 8 de junio de 2004 (42), sobre contenido del contrato de vitalicio, con desarrollo del principio de autonomía de la

(41) La sentencia de 23 de febrero de 1951 declara que no caracteriza el contrato oneroso la equivalencia e igualdad de las prestaciones o promesas contrapuestas, que si hubiera de concurrir en todo contrato sería contraria al fundamental principio que preceptivamente establece el artículo 1.255 del Código Civil, manifestando sobre el particular LETE DEL RÍO, J. M., *Capítulo III. El vitalicio*, cit., pág. 657, que, dado el carácter oneroso, el constituyente viene obligado al saneamiento de los bienes entregados por evicción y vicios ocultos», todo ello al amparo de la Ley derogada de 1995.

(42) *RJ 5348/2005*, donde se parte de que la sentencia del Juzgado, estimatoria de las peticiones subsidiarias de la demanda, entiende que el controvertido contrato de vitalicio —que no sería nulo de pleno derecho— se disimuló relativamente encubriendo en realidad

voluntad y necesidad de cuidados y ayudas, se señala que no tiene relevancia la «existencia de las legítimas» cuando, como es el caso, el vitalicio se celebra ante el estado de necesidad, no tanto económica, como de atención y cuidados, tal cual el especialmente requerido por el cedente en situación de viudedad y cuando, además, existe una proporcionalidad mínima entre los alimentos a prestar y la aportación patrimonial, sin olvidar la naturaleza aleatoria del contrato, «que si duró la vida del beneficiario de los alimentos escasamente dos años, bien pudo serlo mucho más y a tener en cuenta también las prestaciones precedentes a la esposa»; de manera que, en definitiva, ni tan siquiera «cabe examinar la petición subsidiaria para la reducción de donación alguna, que no existe».

Se trata de un contrato *intuitu personae* en la medida en que la relación obligatoria que de él se deriva se fundamenta en la confianza mutua que ambas partes se profesan, lo que resulta singularmente notorio en los supuestos en que exista pacto de convivencia del alimentista con el cesionario de los bienes (43).

En concreto, en la sentencia del TSJG, de 24 de mayo de 2006 (44), se destaca que el elemento más característico del vitalicio, que lo diferencia de otras figuras contractuales próximas, y que lo tipifica como contrato galle-

una donación mixta modal y remuneratoria —considerada válida— de la que ordena su reducción por ineficacia «al exceder del tercio de libre disposición» hasta «conseguir el pago de la legítima de dos tercios de caudal hereditario del causante que le corresponde al actor» y asimismo ordena la satisfacción en bienes de la herencia de la porción legítima reduciendo la institución de herederos testamentariamente establecida a favor de la demandada, la donación recibida por ésta y el legado del que es beneficiario su codemandado hermano, mientras que la sentencia de la Audiencia, al acoger favorablemente la apelación, la absuelve íntegramente —junto a su hermano— de la demanda, concluyendo que el contrato de vitalicio celebrado y objeto del litigio, ya se encuadre en el de renta vitalicia (*sic*) ex artículos 1.802 y siguientes del Código Civil (CC) o en el que regulan los artículos 95 a 99 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (LDCG) de 1995, resultaría plenamente admisible atendiendo a la doctrina jurisprudencial que lo ha venido caracterizando a partir de la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de mayo de 1965.

(43) Sobre el tema, DELGADO DE MIGUEL, J. F., «Perfiles jurídicos de un contrato de asistencia rural: la cesión de bienes a cambio de alimentos», en *Libro homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. V, Madrid, 1988, págs. 176 y 177, que señala que si bien es cierto que el carácter *intuitu personae* influye decisivamente a la hora de escoger la persona que realice los deberes de asistencia pactados, no es menos importante para éste ya no sólo las características personales de aquél con quien ha de convivir en el futuro o prestarle su ayuda personal, sino también el tiempo de duración del mismo», produciéndose acerca del particular, AZURZA HOSCO, «Renta vitalicia resoluble (estudio de su posibilidad)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1949, pág. 1059.

(44) RJ 3620/2007, donde, tras la declaración contenida en el texto, se concluye que no se puede apelar a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, cuando, como es el caso, y estando expresamente pactado, la cedente es persona de avanzada edad, con arraigo en su lugar de residencia en Galicia, del que no se le puede desvincular, si ese no fuese, como no lo fue, su deseo expreso.

go, es la prestación de cuidados y atenciones personales, al margen de la de alimentos y otras atenciones, que no pueden dejarse en manos de terceros.

Es aleatorio, en la doble faceta que proporciona la duración de la vida del cedente de los bienes y titular de los alimentos, y el coste variable de las necesidades de éste dependiente de circunstancias tan mutables como su buena o mala salud y la próspera o adversa evolución de la economía familiar, como ya vimos anteriormente (45), teniendo en cuenta el «aleas» ambos contratantes como parte esencial del contrato, según concluyen las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998 y de 17 de enero de 2002 (46), y teniendo presente que las escasas probabilidades de prolongación de la vida del alimentista pueden llegar a conllevar la estimación judicial de la inexistencia de causa onerosa o aleatoriedad, tal y como se contempla en la STS de 26 de mayo de 1997, así como en la STSXG de 15 de diciembre de 2000 (47).

Específicamente, en esta última sentencia de 15 de diciembre de 2000, la cuestión planteada en este pleito se centra en la interpretación de una cláusula testamentaria en virtud de la cual el testador legaba a su esposa el tercio de libre disposición y el usufructo universal y vitalicio de las otras dos terceras partes, disponiendo además que quedaría reducido a la legítima estricta el heredero que se opusiese a dicha cláusula, ante lo cual los herederos interpusieron demanda alegando que el testador lesionó su legítima estricta, concluyendo el Tribunal Superior de Justicia que el principio de la intagibilidad cualitativa de la legítima no impide en el Derecho común la validez de la

(45) REBOLLEDO VARELA, A. L., *O contrato vitalicio na Lei 4/1995...*, cit., págs. 278 a 279, considera por ello que su extinción podrá determinar la obligación del pago de la prestación de alimentos, lo que conlleva que dependen del azar el tiempo de su eficacia, durante la vida del pensionista o alimentista, así como el número de rentas a pagar o la extensión o cuantía de las prestaciones, que dependerán de las cambiantes necesidades del cedente, todo ello con arreglo a la legislación de 1995 ahora derogada.

(46) Igual que sucede en la renta vitalicia a que se refieren las SSTs de 10 de julio de 1979 (*RJ* 1979/2949) y de 9 de febrero de 1990 (*RJ* 1990/673), refiriéndose al «aleas» la STS de 17 de enero de 2002 (*RJ* 2002/6954), resaltándose en la STS de 28 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6449), la esencialidad de esta característica, al referirse a que los demandados conocían el carácter irreversible y la inminencia de la muerte del alimentista, que suprimiría la aleatoriedad esencial del contrato de vitalicio, por conocerse la seguridad e inminencia de la muerte. Sobre todo ello, por todos, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.^a ed., Madrid, 1995, pág. 484.

(47) En la STS de 26 de mayo de 1997 (*RJ* 1997/4234) se estima la inexistencia de causa onerosa en un contrato de vitalicio en que el beneficiario tenía una edad de noventa y un años, padecía una afección crónica mental y era considerado como enfermo senil, mientras que en la STSJG, de 15 de diciembre de 2000 (*RJ* 2001/4332), las escasas probabilidades de prolongación de la vida del alimentista al tiempo de formalizar el contrato (falleciendo a los ochenta y dos años de edad) impiden apreciar causa onerosa o aleatoriedad, siendo de significar, en los referidos parámetros de la razonabilidad y de la lógica, que no había por que exigir a la demandante, y hoy aquí recurrente, más pruebas sobre el estado de enfermedad de su padre en cuanto la facilitada era suficiente para la viabilidad con éxito de su pretensión».

llamada *cautela socini*, así como que en el caso de autos el testador incluyó una disposición de este tipo y, puesto que todos los legitimarios se oponen a la misma, la Sentencia establece que debe reducirse el legado usufructuario en favor de la viuda al tercio de mejora, instituyendo herederos a los demandantes en plena propiedad del tercio destinado a legítima corta y en nuda propiedad sobre el destinado a mejora.

Sobre aleatoriedad y onerosidad así como también acerca de la vulneración de la legítima, se ha producido la sentencia del TSJG, de 30 de julio de 2004 (48), precisamente sobre nulidad de vitalicio por falta de aleatoriedad en un caso en que se hacen dos contratos de vitalicio en los cuales se estipula la misma contraprestación por parte de la cesionaria de los bienes: «...alimentar, cuidar y asistir con provisión médica, médico-quirúrgica y farmacéutica, así en salud como en enfermedad al cedente mientras viviera y en todo caso dichas obligaciones tendrían la extensión máxima que establece el artículo 142 del Código Civil, a saber, lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, dichas prestaciones serán satisfechas por la cesionaria mientras el cedente habitara en su domicilio actual o en el que de común acuerdo fijaran y en la medida en que lo solicitara o precisara el cedente».

En el caso enjuiciado por esta sentencia, de 30 de julio de 2004, se trataba de valorar jurídicamente si esa contraprestación es o no causa suficiente para el alimentista en el segundo contrato al alegarse que éste carece de causa al haberse pactado en el primero la misma obligación alimenticia a cargo de la cesionaria, vulnerándose además la legítima correspondiente a los recurrentes como herederos forzosos al haberse otorgado al tiempo otro testamento en el que se dispone en favor de aquélla del tercio de libre disposición (49).

(48) *RJ* 5282/2005, en un caso en que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima el segundo pedimento de la demanda relativo al reintegro a la herencia del dinero retirado de las cuentas bancarias que figuraban a nombre del causante, tras su fallecimiento, pero desestima el primero de los pedimentos relativo a la declaración de nulidad del segundo contrato de vitalicio constituido, con declaración de que los bienes inmuebles comprendidos en dicho contrato pasen a formar parte de la masa hereditaria del mencionado causante, entendiendo el Juzgador de Primera Instancia que el segundo vitalicio concertado entre tío y sobrina demandada fue válido porque tío y sobrina pasaron a vivir a una morada distinta, cambiando las circunstancias y haciéndose más gravosas para la sobrina cesionaria de los bienes comprendidos en el primer contrato de vitalicio, justificándose así el segundo contrato que contiene otra cesión de bienes, sin que se haya probado que ello haya limitado la legítima de los herederos forzosos. La Audiencia Provincial confirma el fallo y da validez al segundo contrato de vitalicio considerando que se produjo una novación extintiva perfectamente válida, lo que se revoca por el TSJG.

(49) Los recurrentes articulan un primer motivo de casación por infracción de los artículos 1.255, 1.261, 1.274 y 1.275 del Código Civil en cuanto aplicables al segundo contrato de vitalicio, que se regula en el artículo 95 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, aduciendo que este segundo contrato carece de causa e integra una cesión gratuita de bienes.

Así las cosas, se recuerda que conforme al artículo 1.274 del Código Civil, en los contratos onerosos, y el vitalicio lo es, «se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte» y en el contrato de vitalicio, la causa para el alimentista cedente de los bienes es la prestación de alimentos en la extensión pactada, tras lo que se añade que el contrato es también aleatorio y es evidente que si en el primero de ellos se había pactado la prestación alimenticia con la máxima extensión, el cambio de domicilio y la variación de las circunstancias estaban comprendidos ya en aquella estipulación y no se justifica la segunda cesión de bienes a cambio de lo mismo a lo que ya venía obligada la cesionaria, de suerte que, en todo caso, aunque se hiciesen mayores las necesidades del alimentista, esa variación estaría comprendida en la propia aleatoriedad del contrato, que quedaría eliminada en caso de variar la prestación de uno sin variar la prestación del otro (50), por todo lo cual, aunque la onerosidad del contrato hace difícil su impugnación basada en el posible perjuicio de la legítima de los herederos del cedente, este carácter oneroso mantiene la validez del primer contrato de vitalicio, pues habría que probar una extraordinaria desproporción entre las prestaciones, pero no sostiene el segundo contrato ya que, como hemos visto, se rompe la aleatoriedad y no tiene causa distinta del primeramente acordado.

También se pueden comprobar los caracteres típicos del vitalicio en la sentencia del TSJG, de 29 de abril de 2004 (51), donde se declara que el contrato de vitalicio se perfeccionó entre los contratantes y para uno y otro resultó obligatorio al haber consentido en los bienes a ceder y en la extensión de la prestación alimenticia, y en nada obsta a dicha perfección que los bienes no hubiesen sido entregados (si es que no lo fueron), requisito éste, el de la entrega, exclusivamente necesario para la consumación del contrato: argu-

(50) En la sentencia, además, se considera que, como dice el artículo 1.275 del Código Civil, «los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno», y por otra parte es claro también que se vulnera el derecho a la legítima de los recurrentes, porque si al tiempo se dispone por testamento de todo el tercio de libre disposición en favor de la sobrina, al disminuirse el dividendo, esto es, el montante de la herencia con la cesión gratuita de bienes amparada en un segundo contrato de vitalicio, se minoraría necesariamente el importe de los dos tercios de legítima.

(51) *RJ* 1877/2006, en la cual se concluye que, declarado por la sentencia de primera instancia (y no contradicho por la Audiencia) que la cantidad que en el contrato se dice recibida «en este acto» por el cedente de los bienes en realidad no se entregó, queda sin explicar cómo puede la recurrente aducir en casación, de entrada en el motivo primero, que, en efecto, no está acreditada la entrega de la cantidad (tal y como ella misma sostuvo en su escrito de demanda), y a continuación, en el motivo segundo, que el vitalicio es un contrato «donde no existe precio alguno», lo que, desde luego, confirma el de la litis, en el que la suma es de por sí figurada al ser recíproca o querida como equivalente de la obligación de ceder bienes no la de pagar por ellos un precio cierto en dinero, sino la de «cuidar, alimentar y atender» al cedente «en todas sus necesidades, hasta el día de su fallecimiento».

mento *ex* artículos 95.1 LDCG y 609, párrafo segundo, 1.095, 1.254 y 1.261 del Código Civil, y *ad exemplum* STSJG 27/2003, de 19 de septiembre, en la que la Sala comparte la apreciación del Tribunal *a quo* en orden a calificar como vitalicio un contrato (también celebrado antes de la entrada en vigor de la LDCG de 1995 y por los contratantes denominado de compraventa) que no dejaba de reunir sus notas típicas por el hecho de que el cedente de los bienes se reservase el usufructo de los mismos, y sin que resulte acreditado o declarado, ni por asomo, que el fallecimiento del alimentista apareciese como conocido, inmediato o próximo al tiempo de formalizar el contrato, y no con una certeza absoluta sino relativa (52).

El vitalicio es un contrato autónomo, pues hoy pueden considerarse ya superadas las dudas sobre la autonomía de este contrato con respecto al de la renta vitalicia: en este sentido, que es también el del Derecho Comparado (53), de acuerdo con su propia doctrina extranjera (54) se pronun-

(52) En esta sentencia del TSJG, de 29 de abril de 2004, se concluye, por todo lo que se dice en el texto, que es intrasladable al caso enjuiciado una doctrina como la jurisprudencial que, v. gr., refleja la STSJG 31/2000, de 15 de diciembre; doctrina según la cual, tratándose de supuestos que permiten alcanzar tal certeza relativa (y en los que están en disputa derechos hereditarios de los legitimarios), sí se puede concluir, en términos de lógica y razonabilidad, que no existe aleas ni causa contractual, «bien porque esa proximidad, relativamente cierta de muerte, presenta como verosímil una imposibilidad real de la contraprestación alimenticia, bien porque esa proximidad reduce dicha contraprestación a tal grado que, aún teniendo en cuenta su dificultosa evaluación económica por el carácter frecuentemente personalísimo y afectivo de los cuidados, se revela como palmariamente desproporcionada en relación a los bienes cedidos».

(53) En el ámbito del Derecho Comparado en Alemania (*Altenheil*) se trata de la concesión de manutención, habitación y hasta dinero para gastos corrientes a favor del agricultor que, a cambio, cede su propiedad, mientras que en Francia (*bail a nourriture*), consiste en que una persona recibe de otra un capital o unos bienes determinados, y a cambio queda obligado a darle alojamiento, manutención y sostenimiento durante toda su vida, regulándose en el Derecho italiano el *contrato oneroso di vitalizio alimentare o di mantenimento*, por el que una de las partes se obliga a satisfacer a la otra todo lo necesario para cubrir las exigencias de la vida de una persona, para concluir con la regulación en Suiza, cuyo Código Federal de obligaciones de 1911, contiene el *contrat d'entretien viager*, que, de acuerdo con su artículo 521 es el contrato por el que una de las partes queda obligada frente a la otra a transmitirle un patrimonio o algunos bienes a cambio de la obligación de mantenerla y de cuidarla durante toda su vida.

(54) En relación a la doctrina comparada respecto de Alemania, resultan clásicos ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Derecho de Obligaciones*, traducción y anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., 3.^a ed., adaptada por FERRANDIS, L., t. II, vol. 2.º, segunda parte, Barcelona, 1996, pág. 773; para Francia: COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, anotado por DE BUEN, t. IV, Madrid, 1925, pág. 636; GHESTIN, *Traité de Droit Civil. Les principaux contrats spéciaux*, París, 1996, pág. 602; GAVALDA, «¿Un renouveau du bail a nourriture?», en *Revue Trim. De Droit Civil*, 1953, pág. 637; en Italia: DELLA PIETRA, «In tema di rendita vitalizie e di vitalizio alimentare», en *Rivista Diritto e Giurisprudenza*, 1962, pág. 337; MARINI, *Trattato di Diritto Privato, diretto da P. Rescigno*, vol. 13, Torino, 1985, pág. 35, y *Codice Civile*, a cura di P. RESCIGNO, Milano, 1992, pág. 2006; y para Suiza: ENGEL, *Contrats de Droit suisse*, Berne, 1992, págs. 630 a 638.

cia hoy la generalidad de la doctrina patria (55) y la jurisprudencia de nuestro TS (56), siendo también distinto de la donación (57), y todo ello al margen de los parecidos con otras figuras jurídicas en el territorio español (58).

(55) En referencia a la distinción del vitalicio con la renta vitalicia, la sentencia de 14 de noviembre de 1908 afirmaba que no es contrato de renta vitalicia la venta de fincas con la estipulación de que el comprador tenía que mantener en su casa al vendedor, tanto sano como enfermo, para posteriormente decir la sentencia de 16 de diciembre de 1930, que tampoco era renta vitalicia el contrato cuando aquella no consiste en una cantidad fija y determinada, sino que tiene que variar según sean las necesidades del rentista. Sin embargo, introduciendo grandes elementos distorsionadores en la figura, la sentencia de 1 de julio de 1982 (*RJ* 1982/4213) considera que el contrato de vitalicio no es más que una modalidad de renta vitalicia y que le son aplicables todas las disposiciones destinadas a regularla (en este sentido, QUIÑONERO CERVANTES, E., *La situación jurídica de renta vitalicia*, Murcia, 1979, pág. 73; BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, pág. 128 y sigs).

(56) Sentencias de 28 de mayo de 1965 (*RJ* 1965/3172), 6 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1785), 1 de julio de 1982 (*RJ* 1982/4213), 18 de abril de 1984 (*RJ* 1984/1952), 13 de julio de 1985 (*RJ* 1985/4054), 30 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987/8708) y 3 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988/8407), en las que se indica que el contrato por el que las partes, al amparo del principio de libertad de estipulación, pactan que una de ellas se obligue respecto de la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen, no es una modalidad de la renta vitalicia sino un contrato autónomo innominado y atípico, lo que, igualmente, se mantiene en las posteriores sentencias de 9 de febrero de 1990 (*RJ* 1990/673), 21 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5676), y 8 de mayo de 1992 (*RJ* 1992/3891), así como las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 16 de octubre de 1989 (*RJ* 7048) y de 26 de abril de 1991 (*RJ* 3169).

(57) En la sentencia de 6 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1785), el contrato de vitalicio se diferencia de la donación onerosa, con la que guarda cierta semejanza, en el carácter aleatorio del primero y en que el alcance de la donación onerosa y la cuantía de la contraprestación del cesionario depende de la vida del alimentista. Vid. CARRASCO PERERA, A., «Comentario a la sentencia de 3 de noviembre de 1988», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 477, 1988, pág. 987). En cuanto a la distinción con la donación remuneratoria, la STSJ de Navarra, de 13 de octubre de 1992 (*RJ* 1992/9427), dice que resulta un tanto atípica, como remuneratoria, una donación efectuada, no en atención a unos méritos o «servicios prestados al donante» (art. 619 CC), sino en consideración a una asistencia posterior al acto de liberalidad y que se les imponen como obligación a los donatarios.

(58) Así, pueden tomarse en cuenta la «dación personal», institución consuetudinaria del Alto Aragón, aludida en el artículo 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (Lei 15/1967, de 8 de abril, modificada por la Ley 3/1985, de 21 de mayo), por la que un célibe o viudo sin hijos u otros descendientes se asocia con todos sus bienes a una casa o familia, y se obliga a trabajar en la medida de sus aptitudes en beneficio de ésta, y se instituye heredero universal al fin de sus días a cambio de ser mantenido y asistido, sano y enfermo, con todo lo necesario, así como vestido y calzado según su clase y que, en el momento de su fallecimiento, se costeen al entierro, funeral, misas y sufragios de costumbre en la parroquia; o en la «pensión alimenticia» de Cataluña —ajena a los censuales, violarios y vitalicios regulados en su derecho escrito—, en virtud de tal contrato una persona se obliga a prestar alimentos en su domicilio en compensación de la cesión de bienes, por lo general inmuebles, que le hace el alimentado, durante su vida, con la particularidad de que si surgen desavenencias y la separación, los alimentos se sustituyen por una pensión en efectivo.

Por último, la ausencia de norma legal específicamente dictada para su regulación con la excepción de esta Ley gallega vigente y su precedente de 1995, permitía afirmar que nos encontramos ante un contrato atípico, lo que ha subrayado también el TS, al que le serían aplicables los pactos lícitos de los contratantes, las normas generales de las obligaciones y contratos y, en último término, los preceptos del Código Civil relativos a los alimentos entre parientes (art. 142 y sigs.) y al contrato de renta vitalicia (art. 1.802 y sigs.), pero sólo en cuanto sean compatibles con la esencia de este contrato y las estipulaciones de las partes. Estos criterios, con las salvedades en el sistema de fuentes establecidas en la Ley gallega así como, por supuesto, su consagración legal en Galicia, son importantes a la hora de salvar y suplir las lagunas que la legislación plantea.

VII. CAPACIDAD DE LAS PARTES Y OBLIGACIONES

En el cedente de los bienes se requiere la capacidad de disposición del derecho o facultades que transmite; mientras que en el cesionario, la única capacidad exigible es la general para obligarse. Parece que, incluso, puede constituirse el vitalicio en favor de persona distinta del cedente de los bienes de acuerdo ya con la regulación de 1995, lo que, ahora, aparece expresamente previsto en el artículo 149/1, en cuyo caso los conflictos que pueden derivarse de la relación triangular entre el cedente de los bienes, alimentista y cesionario-alimentante deben resolverse partiendo de la idea de que esa relación se concluye con la entrega de los bienes, y a partir de ella el contrato no genera derechos y obligaciones más que para las dos últimas partes.

En cuanto a la concreta delimitación de la obligación de alimentar, o prestación alimenticia, habrá de estarse a lo pactado, bien se empleen fórmulas descriptivas o de remisión a los artículos 142 y siguientes (quizá las más empleadas en la práctica); siendo que el régimen de convivencia, en su caso, requiere un expreso compromiso de las partes formulado de manera clara e indubitada, por lo que si el contrato sólo comprometió a prestar «habitación», sin más especificaciones, tal convenio no impone la convivencia bajo un mismo techo, como ya señaló la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 1985 (59).

(59) La falta de amparo en la vejez y la desvalía eran particularmente acusadas en Galicia y en otras zonas deprimidas a las que no llegó o llegó tardíamente el Estado de Bienestar. En el escenario de las tierras altas de Becerreá, Ancares, Cebreiro o Piedrafita, el anciano en situación de soledad y desamparo, con bienes pero sin hijos, se encontraba delante de una sombría perspectiva para sobrevivir en las duras exigencias de las tierras de montaña y el vitalicio presentaba una solución. *Revista Xurídica Galega*, núm. 18, comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, de 2 de diciembre de 1997, pág. 67.

En la sentencia del TSJG, de 7 de abril de 2004 (60), se trató precisamente sobre cumplimiento de la prestación en el domicilio en un contrato de vitalicio en que se estipuló que las obligaciones debían ser cumplidas en la vivienda del alimentante o en la que fijen las partes de mutuo acuerdo, trasladándose a otra casa los alimentistas ante lo cual la alimentante insta un requerimiento notarial poniendo a su disposición su domicilio.

En esta decisión judicial se asume plenamente la sentencia recurrida que establece con claridad que en el contrato vitalicio se estipuló que: «las obligaciones habrán de cumplirse en la casa en la que actualmente habita la demandada, o en la que de común acuerdo fijen», a la que los demandantes nunca trasladaron su domicilio de forma permanente, y que en un principio la «asistencia» contratada se prestó bien en el domicilio de los demandantes bien en el de la demandada, por ésta y por su propia madre, y que a raíz de la separación de la demandada y su esposo (sobrino de los demandantes) se

(60) *RJ* 5378, en la cual, con amparo en el artículo 2.1.º de la Ley Gallega de Casación 11/1993, interpone la parte recurrente el primero de los motivos del recurso, en el que denuncia la infracción por parte de la sentencia recurrida, por inaplicación o aplicación incorrecta, del artículo 99, apartados *b)*, *c)* y *d)* de la Ley 4/95 de Derecho Civil de Galicia, en relación con los artículos 1.256 y 1.258 del Código Civil. Parte la recurrente de que la resolución recurrida admite la existencia de un incumplimiento parcial de sus obligaciones por parte de la alimentante respecto de los alimentistas, si bien entiende inaplicable la cláusula de resolución contractual al considerar que el incumplimiento fue provocado por la actitud pasiva y/u obstativa de los alimentistas. Sobre esa base, la recurrente entiende que la conclusión no es correcta, y ello con fundamento a tres hechos: *a)* Porque la Sala olvida (o soslaya) el acreditado hecho de que, como lugar efectivamente establecido para la efectividad de las prestaciones, ambas partes fijaron consensuadamente el piso que la alimentante y su marido poseían en el casco urbano de Tomiño. *b)* Porque la Sala olvida (o soslaya) algo tan obvio como que la atribución del referido piso urbano al esposo de la alimentante, en proceso de separación consensual, no resulta en absoluto imputable a los alimentistas, sino que, evidentemente, obedeció a los pactos privados de la propia alimentante con su esposo. *c)* Porque la Sala olvida que la alimentante rechazó de plano, en conciliación instada por los alimentistas, el señalamiento de un lugar «neutral» para la prestación de sus obligaciones alimenticias. En consideración a tales afirmaciones fácticas, entiende que la falta de efectividad de la prestación debida es imputable a la alimentante, y también la manifiesta desaparición de la afectividad. A la luz de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil considera que el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes, y que la determinación del piso urbano como habitación de los alimentistas, supuso una concreción de las posibilidades contempladas en la cláusula segunda del contrato de vitalicio, lo que se traduce en un nuevo convenio entre las partes. Entiende también que existió mala fe por parte de la alimentante, lo que infringe el artículo 1.258 del Código Civil, por no haber exteriorizado acercamiento o comunicación con los alimentistas distinto al frío requerimiento notarial efectuado por aquella y a su rechazo a prestar sus obligaciones en un lugar neutral. Y, por último, si por sus obligaciones familiares no puede cumplir las obligaciones contractuales, no debió asumirlas, y que no cumplió con un contenido esencial del contrato, cual es el cumplimiento de tipo asistencial que en este contrato prima sobre el económico, como preceptúa el artículo 95 LDCG; por lo que concluye que la Sala de instancia infringe los preceptos citados, al no haber contemplado las anteriores circunstancias, con manifiesta mala interpretación de la prueba obrante en autos.

fueron a convivir con éste en su domicilio, donde se prestó en gran parte la atención derivada del contrato.

Asimismo, se añade que, ante las dificultades que se le presentaban a la alimentante para cumplir sus obligaciones (a lo que no es ajeno el hecho de que el ex-esposo de aquélla llevara al domicilio que compartía con sus tíos, los demandantes, a su compañera sentimental, llegando el ex-esposo a prohibir a la demandada que fuese allí), se efectuó un requerimiento notarial a los actores poniendo a disposición su domicilio, de conformidad con lo estipulado, para recibir las prestaciones pactadas, sin que en ningún caso se establezca que se fijó consensuadamente un lugar distinto para las prestaciones, y sin que sean relevantes, a los efectos de la resolución contractual pretendida los pactos de la separación efectuada, pues los alimentistas siempre dispusieron del domicilio de la demandada para que ésta pudiese cumplir sus obligaciones contractuales (61).

La obligación de asistencia contenida en el contrato de vitalicio es de carácter personalísimo; pues resulta evidente que ambas partes han tenido en cuenta sus respectivas cualidades personales como dato esencial para celebrar el contrato, lo que veda la transmisibilidad *inter vivos*, tanto activa como pasiva, de la prestación alimenticia; en cuanto a la *mortis causa*, el enfrentamiento entre el carácter personalísimo y no transmisible de la obligación (que impediría su efecto frente a los herederos del obligado, art. 1.257 CC) y la necesidad de no frustrar la propia finalidad del contrato (subvenir a las necesidades del alimentista de por vida), debe concluir haciendo primar esta segunda opción (62).

En concreto, por lo que se refiere a la dimensión temporal del contrato, respecto de la prestación alimenticia y su duración, el artículo 151 de la Ley vigente contempla que la obligación de prestar alimentos durará hasta el fallecimiento del alimentista contrario (63), y se transmitirá, de nuevo, salvo

(61) También se añade que no tiene igualmente relevancia, a efectos de un posible incumplimiento, el hecho de que se rechazase el señalamiento de un lugar «neutral» para realizar las prestaciones, puesto que estaba en su derecho de hacerlo, máxime dadas sus circunstancias personales (tres hijos menores, uno de ellos minusválido, y su propia madre, persona mayor, en su domicilio), lo que, además de excluir la pretendida mala fe, por otra parte, ni se deduce así de la conciliación celebrada, ni, lo que es, como dijimos, esencial, se recoja como hecho probado.

(62) En la sección V, «PEDRO GONZÁLEZ LÓPEZ», del III Congreso de Derecho Galego, los responsables de elaborar la ponencia titulada «Obrigacións e contratos», con el tema «El contrato de vitalicio», que eran NOGUEIRA ROMERO, S., LIAÑO FLORES, J. M., LORENZO MERINO, F. J. y PEÓN RAMA, V., destacaron precisamente que la idea de asistencia no implica un presupuesto de situación de necesidad en el alimentista (nota diferencial con la obligación legal de alimentos), sino que la esencia del contrato radica en que el cedente dispone de bienes con los que satisfacer sus necesidades y optó por asignar este contrato para tal fin, con la modalización que la idea de incertidumbre sobre la cuantía de estas necesidades y sobre la duración de su vida introduce sobre lo que sería un puro contrato conmutativo.

(63) La posibilidad de pacto en contrario de la duración del contrato se excluyó tajantemente en el III Congreso de Derecho Gallego para evitar situaciones de despro-

pacto en contrario, a los sucesores del obligado a prestarlos, sin que ahora, a diferencia del texto de 1995, se contenga la distinción entre herederos y legatarios y supliendo el verbo «durar» al contenido en el anterior texto legal «subsistir», todo lo cual, al igual que la mayoría del texto, finalmente vigente, fue propuesto por la Comisión Superior para el Estudio y Desarrollo del Derecho Civil Gallego (64).

Al respecto, ya hemos adelantado que en el texto vigente se prohíbe de modo expreso, en el artículo 149/3, que se pueda constituir el vitalicio contemplando la vida de un tercero que no sea el alimentista o alimentistas, sin que, como hemos dicho, se requiera ni la convivencia ni la carencia de herederos forzosos (65).

En todo caso, respecto del segundo apartado del citado artículo 151, se trata de una consecuencia obligada derivada de la permanencia de la obligación alimenticia más allá de la propia vida del alimentante, en íntima unión a la reiterada función asistencial del contrato por lo que, en todo caso, deviene inevitable sostener la transmisibilidad pasiva frente a las consecuencias negativas que se derivarían de su carácter personalísimo de la posición del deudor, siendo más preciso hablar, como se hace ahora, en lugar de herederos o legatarios, de sucesores del obligado a prestarlos y con carácter solidario, de acuerdo con el artículo 148/2, salvo pacto en contrario, de suerte que sólo se permita la liberación de alguno de ellos con el consentimiento del acreedor de la prestación.

En cuanto a los bienes adquiridos por el cesionario a través de este contrato, nada impide, en principio, la plena disponibilidad de los mismos por

tección y encajar mejor con la total cobertura de las necesidades del contrato. *Libro del III Congreso* en Foro Gallego, 2003, núms. 191-192, cit., págs. 337 y 568, todo lo cual fue finalmente tenido en cuenta, por ser bien consistente su fundamento en el texto finalmente vigente.

(64) El borrador de la propuesta de reforma de la LDCG de la COMISIÓN SUPERIOR PARA O ESTUDIO DO DESENVOLVEMENTO DO DEREITO CIVIL GALEGO puede consultarse en el *Libro-Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, Colegio Notarial de La Coruña, Colegios Notariales de España, D. L., Madrid, 2002, siendo la misma constituida por Decreto de 8 de abril de 1999 y con el fin de contribuir al cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional 2.ª de la Ley de 1995, teniendo lugar el 13 de septiembre de 1999 la primera sesión de constitución formal de la citada Comisión Superior para o Estudio do Desenvolvemento do Dereito Civil Galego, bajo la presidencia del Conselleiro de Xustiza, Interior y Relacións Laborais, cuyo texto sirvió de base al finalmente vigente en este ámbito de vitalicio con la única alteración, tanto en el artículo 153 cuanto en la equiparación de la Disposición Adicional Tercera y Cuarta, entre matrimonio y pareja de hecho, que no se contenía en la propuesta de la Comisión.

(65) Ni en 1995 ni en la Ley vigente se tuvo presente la exigencia de que el alimentista y cedente de los bienes careciera de herederos forzosos, que se solicitaba en el Primer Congreso de Derecho Gallego, considerándose incluido, al referirse a los cuidados afectivos, la facultad de acogimiento a personas en situaciones de desamparo y soledad, sin que tampoco se exija convivencia real de alimentante y alimentista, aunque sí que es preciso que concurren los elementos objetivos expuestos arriba.

aquél, pues la posible aplicación del artículo 1.124 deja a salvo siempre los derechos adquiridos por tercero de buena fe; salvo, claro está, el supuesto de condición resolutoria explícita inscrita en el RP (art. 11 LH). Cabe plantearse si podría ampararse la resolución del contrato y del asiento registral en perjuicio de tercero en base al artículo 37.1 de la LH, en relación con el artículo 1291.5 del Código Civil, y el 99 de la Ley Gallega de 1995, que ahora pasa a ser, bajo la más atinada denominación de resolución en el artículo 153 de la vigente Ley de 2006.

Entendemos que dentro de la literalidad de la interpretación del artículo 37 de la LH, al hacer constar la causa del contrato como contrato vitalicio, pactado con arreglo al ordenamiento jurídico gallego, debía entenderse como causa de resolución las establecidas en el artículo 99 de la mencionada Ley de Derecho Civil de Galicia, objeto de rescisión con el mencionado artículo 1291.5 del Código Civil, que ahora figuran, bajo la más correcta denominación de resolución en los artículos 153 a 156 de la Ley vigente de 2006.

Por ello, de la interpretación de este artículo, las causas de resolución que se establecen en la propia Ley gallega tienen vigencia frente al tercero de buena fe, siempre que conste del contenido de la inscripción, que constará por el mero hecho de referenciarse la causa del contrato de vitalicio (66).

Ya la Ley gallega 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, permitía resolver el contrato de vitalicio a instancia del cesionario y el alimentista podía rescindirlo en determinados casos (67), lo cual ahora ocupa, como veremos, con más acierto técnico el contenido de los artículos 153 a 156 con la más atinada denominación de resolución.

Su atipicidad ha desaparecido en Galicia, en donde, como novedad llamativa, desde 1995 se admitía la resolución a instancia del cesionario con un preaviso de seis meses al alimentista. En todo caso por la propia naturaleza jurídica del vitalicio se debe acudir para integrar su regulación a otras instituciones del Derecho como la renta vitalicia, el derecho de alimentos, las donaciones y la regulación genérica de los contratos bilaterales onerosos, aplicándose siempre en cualquier caso, en primer lugar los pactos, cláusulas y condiciones establecidas por las partes (68).

Llegados a este punto, cabe hacer una referencia al posible fraude de la legítima de los herederos forzosos mediante la figura del vitalicio. Es evidente que con la actual regulación del vitalicio se puede obtener el fraude de la

(66) REBOLLEDO VARELA, A. L., en *Dereito Civil de Galicia*, pág. 302, entiende que es necesario, para que tenga eficacia frente al tercero de buena fe, el pactar una condición resolutoria.

(67) NIETO ALONSO, A., *Donación Onerosa y Vitalicio*, Editorial Trivium, Madrid, 1998, pág. 226.

(68) Vid. sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 2 de diciembre de 1997, *Revista Xurídica Galega*, núm. 18, pág. 56.

legítima de todos o parte de los legitimarios por el simple hecho de la entrega de bienes a cambio de la pensión siendo de todo punto exagerada la entrega de capital en relación con la pensión a percibir por el pensionista. Procede por ello el examen de la normativa fiscal de tributación por la aplicabilidad analógica que podemos traer a colación en el ámbito del derecho material.

Fiscalmente hay que tener en cuenta que se ha determinado la tributación para la transmisión de los bienes objeto del vitalicio al tipo impositivo del 6 por 100 o al 4 por 100, según se trate de inmuebles o muebles, y para la tributación de la pensión el 1 por 100 de la cantidad resultante de la capitalización de la pensión anual fijada (en el caso de que se fije, aún cuando se trataría de una renta vitalicia distinta del vitalicio), según los años de edad del pensionista con arreglo a la normativa del usufructo, y para el caso de que no se fije la resultante de la capitalización al interés del Banco de España del valor de los bienes (desde el punto de vista fiscal conviene darle una valoración al deber de alimentos con lo que se evita que esa valoración la haga la Consellería de Facenda, sin perjuicio de posible inspección).

En todo caso, si la diferencia entre los bienes transmitidos y la capitalización de la pensión excediese del 20 por 100 y de 12.000 euros, tributará en cuanto al exceso al tipo impositivo que corresponda según el impuesto de sucesiones y donaciones, en sentido similar a las disposiciones de la Ley de Tasas (art. 14.6 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

La aplicabilidad analógica de esta norma en el ámbito del derecho material es evidente, y así podemos entender que si la transmisión de bienes excede en más de 12.000 euros de la capitalización de la pensión, se entenderá donación y ésta deberá ser colacionada en el cómputo de legítimas. Pero ¿estamos con esta aplicación analógica excluyendo la aleatoriedad del contrato?, es claro que no, pero establecemos criterios para el cómputo de esta aleatoriedad, tal y como se establecen criterios de valoración para el usufructo. Con ello estamos estableciendo normas necesarias para el control cuantitativo de la legítima que corresponde a legitimarios y que podría ser violado en favor de extraños o de otros legitimarios distintos, todo ello a pesar de que el aludido carácter oneroso puede ser efectivamente alegado como impedimento para causar perjuicio a la legítima de los herederos del constituyente en términos que también adelantamos y se plantearon en la STS de 6 de mayo de 1980 (69).

(69) *RJ* 1980/1785, en la cual se concluye que no se defraudan los derechos legitimarios de las hijas de los cedentes, puesto que el padre tuvo que otorgar el contrato de vitalicio para poder obtener un domicilio así como las atenciones precisas para los últimos años de su vida, habida cuenta que sus propias hijas no le prestaron ni la referida atención ni el aludido domicilio. Vid. GOMA SALCEDO, *Principales problemas...*, cit., pág. 333; REBOLLEDO VARELA, Á .L., *O contrato vitalicio na Lei 4/1995...*, cit., págs. 303 a 307,

Al respecto del posible fraude de la legítima, aparte las ya vistas sentencias del TSJG, de 15 de diciembre de 2000 y 30 de julio de 2004, a cuya exposición me remito para evitar aquí reiteraciones, resultan oportunas las declaraciones contenidas en la también citada sentencia del TSJG, de 18 de octubre de 2005 (70), sobre procedencia de simulación relativa en caso de donación y contrato de vitalicio con finalidad de desheredación fuera de testamento sin expresión de causa legal, donde se recuerda que desde la sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de abril de 1941, se viene admitiendo la posibilidad excepcional de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad (condición, modo, etc.), viniendo a constituir parte de aquélla, a modo de causa impulsiva o determinante, tanto de su licitud, como de su ilicitud, si son reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes (71).

En atención a lo anterior se concluye, junto con la sentencia de primera instancia y la dictada en grado de apelación, que las donaciones, ya sean puras y simples, ya se entiendan como remuneratorias, y el contrato de vitalicio constituyen negocios simulados y fraudulentos, aunque en el caso se desestima el motivo en casación por ser cuestión de hecho sometida a la libre apreciación de instancia (72), tras lo que se añade que el testamento al

manifestándose en el mismo sentido que en el último apartado del texto *supra*, MILLÁN SALAS, F., *El contrato vitalicio*, cit., pág. 836, y LETE DEL RÍO, J. M., *Capítulo III. El vitalicio*, cit., pág. 657.

(70) *RJ 7545*, donde la difunta otorga testamento abierto en el que instituye heredera a su hija, hoy actora, doña Julia, y lega a su convecina el tercio de libre disposición en el que se ha de incluir el dinero depositado en la Caja de Ahorros; posteriormente, la difunta, que rechaza a su hija, aunque no a la inversa, porque a los diecisiete años ésta se casó con determinada persona en contra de su voluntad, pacta un vitalicio con la convecina en virtud del cual, a cambio de veinte fincas que componían su patrimonio, ésta se obliga a dar alimentos, asistencia y cuidados, teniéndola en su compañía si fuere necesario y sufragando todos cuantos gastos se le originen en caso de enfermedad. Posteriormente, da en ocasiones sucesivas una importante cantidad de dinero, insistiéndose en la contestación a la demanda en que este conjunto de contratos es manifestación de la clara, reiterada y continuada voluntad de la difunta de desheredar a su hija de modo que, en el decir de la contestación, nos encontramos ante una desheredación tácita y fáctica derivada de la ruptura de relaciones materno filiales. Esta exteriorización de la voluntad de las partes elimina la dificultad de la prueba de la intención de los contratantes que en la mayoría de los casos ha de obtenerse a partir de presunciones e indicios.

(71) En apoyo de tal declaración se citan las sentencias del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 1983, 30 de diciembre de 1985, 21 de noviembre de 1988 y 11 de abril de 1994, por citar algunas recientes, tras lo que se reproducen las palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1993, acerca de que: «La simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante el fedatario público». En la misma línea pueden citarse las de 19 de junio de 1997, 29 de septiembre de 1993 o 2 de abril de 2001.

(72) En la sentencia se sigue diciendo, como hemos adelantado, que existe simulación relativa (art. 6.4 CC) porque bajo los negocios aparentes —vitalicio y donación— no

que se ha hecho referencia, como incluso se indica en el motivo, no ha sido objeto del proceso por lo que, en principio, es válido y eficaz.

En concreto, se razona que no se comprende cómo la sentencia recurrida en casación puede vulnerar el artículo 657 del Código Civil, que se limita a indicar el momento de la apertura de la sucesión y así la herencia ha de comprender el patrimonio del difunto en ese momento según su artículo 659. Cuestión distinta será que esa masa patrimonial sea una u otra, pero por ello ni se infringe el artículo 818 del Código Civil, que es una norma de valoración de la legítima, cuestión esta que sólo de modo muy remoto se relaciona con el proceso, en la medida en que la desheredación ha de proyectarse sobre un legitimario; ni se desatiende la voluntad de la testadora ex artículo 675 cuando lega el tercio de libre disposición a su convecina al tiempo que, como regla de partición, ordena que en dicho tercio se incluya el numerario existente en la Caja de Ahorros (73).

Siguiendo con la normativa adelantada, a continuación, en el artículo 97 del texto de 1995 se disponía la duración, en principio, vitalicia, como su propio nombre indica, de la obligación de prestar alimentos «hasta el fallecimiento del alimentista», si bien se permitía pacto en contrario al respecto, siendo, en cualquier caso, dicha obligación transmisible a los herederos o legatarios del obligado a satisfacer tales alimentos, según se concluía en este precepto, que ahora aparece, en términos ya vistos, regulado en el artículo 151 con las únicas modificaciones de sustituir «subsistirá» por el nuevo verbo, más riguroso, «durará», y con la desaparición de la distinción entre herederos y legatarios que ahora aparecen ya referidos como «sucesores del obligado» a prestar los alimentos (74).

queridos se oculta otro realmente querido —el de desheredación—, de modo que aquellos no se sustentan en la causa verdadera que objetivamente cumplen (art. 1.276 CC), sino que se encaminan a un resultado o función distintos, y como sucede que este fin —desheredación fuera de testamento y sin expresión de causa legal de acuerdo con el art. 849 del Código Civil— es contrario al ordenamiento jurídico, su causa es ilícita en los términos de los artículos 1.275 del Código Civil en relación con su artículo 6.3, de donde se deduce sin lugar a dudas su nulidad radical sin que esta declaración suponga infringir la regulación legal del vitalicio ya que las partes, en el decir de la contestación a la demanda, han elevado la finalidad particular perseguida a causa determinante de los contratos, de manera que no obedecen a la que nominalmente expresan.

(73) En la sentencia recurrida, precisamente porque no se pronuncia sobre el testamento, ya que no ha sido cuestionado, no se alude a la reducción de disposiciones testamentarias inoficiosas a las que se refiere el artículo 817 del Código Civil y sobre las donaciones a extraños reguladas en el artículo 819 del Código Civil se indica que no constituyen donaciones sino negocios simulados y fraudulentos para desheredar en contra de lo establecido imperativamente, de modo que no resulta de aplicación tal precepto, así como no se infringe el artículo 1.255 del Código Civil porque la libertad contractual tiene por límite la ley.

(74) La Ponencia presentada sobre el contrato de vitalicio al III Congreso de Derecho Gallego dedicó gran parte de la misma a comentar la necesaria modificación de dicho ar-

VIII. EXTINCIÓN

En el siguiente precepto de la Ley 4/1995 se facultaba al que se denominaba «cesionario», el que está obligado a prestar alimentos para resolver en cualquier tiempo el contrato, previa notificación con seis meses de antelación de tal intención, con el reconocimiento del derecho a la mitad de las ganancias obtenidas con su trabajo, lo que, al margen de su admisibilidad por pacto (75), se permitía antes incluso de la Ley de 1995, pero por parte no del cesionario sino del cedente o, si se quiere, alimentista (76), y ahora aparece en dos párrafos en el actual artículo 152.

En concreto, en el artículo 152 de la Ley vigente, como veremos a continuación, se dice que el «cesionario» podrá desistir (lo que antes, incorrectamente, se llamaba resolver) del contrato en cualquier tiempo, con previa notificación fehaciente al cedente con seis meses de antelación, añadiéndose en el segundo párrafo que el cesionario que quiera desistir habrá de proceder a la restitución de los bienes y derechos recibidos en virtud del contrato, así como de sus frutos, sin más cargas o gravámenes que los preexistentes a la cesión.

título 97 de la LDCG y los problemas interpretativos que su regulación presentaba, según puede comprobarse en la revista *Foro Galego*, 2004, siendo que el artículo 1.257 del Código Civil recoge la regla general respecto del segundo aspecto contemplado en el citado artículo 97, manifestándose al respecto de la interpretación de esta parte del artículo 97 de la LDCG que, o bien en una primera aproximación puede entenderse que se trata de asimilar la obligación a un gravamen real del bien cedido o de configurarla como una obligación *propter rem*, o estimarse que se trata de fijar por ley un gravamen que afecte a los legatarios y no sólo a los herederos, o considerarse que se limita el legislador a recordar que no sólo los herederos sino también los legatarios pueden, por voluntad del cesionario causante, quedar sujetos a la obligación, siendo tales modificaciones recogidas en el III Congreso de Derecho Galego finalmente recogidas en el texto vigente.

(75) Así, con arreglo a la Ley de 1995, LETE DEL RÍO, J. M. (*Capítulo III. El vitalicio*, cit., págs. 680 y 681) o MILLÁN SALAS, F. (*El contrato vitalicio*, cit., págs. 847 y 848) consideran que el desistimiento unilateral es posible tanto por parte del alimentista como por parte del cesionario, aunque la Ley no lo conceda o el contrato no lo prevea.

(76) Así, las SSTs de 28 de mayo de 1965 (RJ 1965/3172) y de 2 de julio de 1992 (RJ 1992/6502) apreciaron la validez del pacto de revocación unilateral a favor del alimentista, sin más consecuencias que la de pagar lo estipulado para tal eventualidad, por lo general en régimen de convivencia y, en todo caso, con cuidados y atenciones personales y ante las posibles fricciones que la dificulten y el régimen convenido, manteniendo al respecto, con arreglo a la Ley de 1995, LORENZO MERINO, F. J., *Los contratos en el Derecho Civil de Galicia*, cit., pág. 95, que esta concesión de la Ley al cesionario de los bienes y no como en la citada jurisprudencia al cedente, implica una clara desigualdad porque deja la efectividad del contrato a manos de la parte presumiblemente más fuerte, mientras que vincula de modo definitivo al alimentista y, así, la primera reduce su interés la dimensión aleatoria del negocio y la segunda ve incrementada su perjuicio.

1. DESISTIMIENTO

En dicho vigente artículo 152 se comienza por facultar al llamado de nuevo «cesionario», y no, pues, como admitía la jurisprudencia, al cedente o, si se prefiere, alimentista, para desistir (y no, como antes se denominaba, impropia-mente, resolver) del contrato en cualquier tiempo, siempre y cuando haya tenido igualmente lugar, lo que resulta consecuencia con la lógica buena fe, la pre- via notificación, que ahora se especifica que ha de ser fehaciente, al cedente de nuevo con seis meses de antelación, obligando el segundo párrafo de este pre- cepto al cesionario que quiera desistir a proceder a la restitución de los bienes y derechos recibidos en virtud del contrato, así como de sus frutos, sin más cargas o gravámenes que los preexistentes a la cesión, pudiendo haberse apro- vechado, como solicitamos en el III Congreso, que en interés y por voluntad del cedente (en las hipótesis de que se pueda realizar otro vitalicio) la devolu- ción del bien cedido pueda entenderse producida con anterioridad.

La principal discrepancia del texto vigente con el anterior estriba preci- samente en las consecuencias de lo que ahora, con todo rigor, se llama desis- timiento, que nada tiene que ver con la resolución contractual a pesar de la denominación, también impropia, del texto de 1995: admitido de modo indubi- tado el derecho del cesionario a no seguir en el momento en que lo tenga por conveniente con la obligación dimanante del contrato de vitalicio, a lo que no puede oponerse el cedente, por disposición legal, parece también consecuente la previsión de una consecuencia negativa para dicho cesionario, consistente en 1995 en el derecho sólo a la mitad de las ganancias obtenidas con su trabajo, lo que, en la actualidad, de modo más favorable para los intereses del cesionario, se cifra en la restitución de bienes y derechos recibidos, así como sus frutos sin otras cargas o gravámenes que los preexistentes a la cesión (77).

Desde luego, el cedente sólo puede desistir si ello hubiese sido previamen- te pactado en atención al aspecto personal de la relación, lo cual no supone ninguna excepción a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, como bien puntualizan V. PEÓN RAMA y M. ROVIRA SUEIRO (78), que recuerdan que el desistimiento supone, en principio, sólo el cese hacia el futuro, pero no la inexistencia de la relación contractual y que, con todo, hubiera resultado oportuno también establecer una norma como la del artículo 1.792 del Código para

(77) En todo caso, lo que tendría que primarse es la garantía del cedente, debiéndose facilitar, en todo caso, la continuidad del contrato sin hacer más atractivo de lo debido el desistimiento, sobre todo teniendo en cuenta que su presupuesto pasa indefectiblemente por la devolución del bien, sin más cargas o gravámenes que los preexistentes a la cesión y en un estado de conservación similar, tal y como se precisa en el último apartado de este artículo 152.

(78) «El contrato de vitalicio de la Ley de Derecho Civil de Galicia como solución asistencial privada para las personas dependientes», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, pág. 848.

resolver las eventuales «incompatibilidades de caracteres» que permita reconducir el vitalicio a renta vitalicia, que es la mejor solución.

2. RESOLUCIÓN

Para concluir este capítulo, en la Ley 4/1995 figuraba el artículo 99 en el cual, en términos anteriormente apuntados, se permitía por su parte al alimentista, el que cede o entrega los bienes, para rescindir (*rectius*, resolver) el contrato (79), de modo contrario a la disposición del artículo 1.805 del Código, tanto en la Ley gallega por conducta injuriosa o vejatoria del otro contratante, cuanto porque este último no le cuidase o atendiese en lo necesario, «según la posición social y económica de las partes y en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la búsqueda del mantenimiento de la calidad de vida», así como, también, por incumplimiento, total o parcial, de la prestación alimenticia no imputable a su perceptor y, por último, «por el no cumplimiento de lo demás pactado».

En el número dos de dicho artículo 99 se preveía que, salvo pacto en contrario, la rescisión conllevaba la obligación de indemnizar los gastos ocasionados, los cuales podrían ser objeto de compensación total o parcial con los frutos percibidos de los bienes objeto de cesión, tras lo que finalizaba con la sujeción a la correspondiente decisión judicial a falta de acuerdo entre las partes.

En la actualidad, la regulación de la resolución del contrato de vitalicio, que tanta conflictividad ha suscitado ante los Tribunales de Justicia (80),

(79) Precisamente la característica del vitalicio es que su facultad resolutoria depende de la voluntad del alimentista dentro de la regla de la buena fe, considerando LORENZO MERINO, F. J. (*Contratos: arrendamientos rústicos...*, cit., pág. 215), que era válida la cláusula —que acompañaba al acto de cesión de bienes— que estableciese que en cualquier momento en el que quisiera el alimentista readquirir la finca podía hacerlo, con la obligación de abonar los gastos, los derechos reales, la manutención, etc.

(80) En la STS de 1 de julio de 2003 (*La Ley*, núm. 5843, de 5 de septiembre de 2003), se dice que el contrato de vitalicio, de naturaleza sinalagmática —cesión de bienes a cambio de la prestación alimenticia de por vida a favor de cedentes que se va a llevar a cabo en el domicilio de los cesionarios—, está sometido a condición resolutoria y—está sujeto a transmisión al cumplimiento de la obligación de alimentos contraída—, si bien en el caso no se advierte incumplimiento de la prestación imputable a los alimentistas, que mantienen su voluntad de observar las obligaciones a su cargo; sino que por el contrario, es la actora quien vulnera el desarrollo de la convivencia alimenticia pactada al mantener una conducta obstativa a la efectividad de la misma, al abandonar voluntariamente el domicilio de los alimentantes—, por lo que decae la petición de resolución contractual, puesto que, en iguales circunstancias, no resulta posible la permanencia del sistema alimenticio convenido en los estrictos términos pactados (cfr. STS de 9 de julio de 2002), produciéndose la STSXG, de 5 de noviembre de 1998 (*RJ* 1999/1247), sobre un supuesto de incumplimiento grave del alimentista, así como las sentencias de la AP de Pontevedra, de 4 de octubre de 1995 (*AC* 1995/1932), acerca de resolución por falta de atención y ayuda por los cesionarios con sus cedentes e inexistencia de una voluntad de cumplir

se contiene mucho más detallada en los artículos 154 a 156, después de reconocer su posibilidad el precedente artículo 153 en parecidos términos a la regulación derogada antes vista, a favor del cedente, mejor denominado, como hemos dicho, que el alimentista en el artículo 99 de la Ley de 1995, y de nuevo por conducta gravemente injuriosa o ultrajante (frente al término «vegetatorio» del antiguo art. 99) no sólo, como antes, de la persona obligada a prestar alimentos, sino también de su cónyuge o pareja o de los hijos con los que conviva respecto del alimentista, lo que aparece derivado de su aspecto propiamente asistencial.

Asimismo se contempla la resolución, que antes, impropriamente, se denominaba rescisión (81), cuando siempre ha sido, dados sus términos, una aplicación específica del artículo 1.124 del Código Civil (82), precisamente a consecuencia del carácter bilateral y recíproco del contrato, por incumplimiento, tanto total como parcial, ligada, pues, al aspecto alimenticio del contrato, y con la salvedad, siempre de que no sea imputable a su perceptor, tanto, como en el texto derogado, de la prestación alimenticia, cuanto, como ahora se precisa, «de los términos en que fue pactada» (83).

con su parte de contrato ni personal ni materialmente; Ourense, 10 de febrero de 1996 (AC 1996/224), por incumplimiento de obligaciones por cesionario en relación a la falta de asistencia y cuidado al cedente en las condiciones pactadas; Lugo, 14 de diciembre de 2000 (JUR 2001/65643), en que no se concluye que el incumplimiento de las obligaciones fuera por culpa exclusiva de ninguno de los partícipes en el contrato, sino que más bien se fue produciendo un deterioro paulatino de la afección, que es requisito imprescindible para alcanzar una convivencia cuasi-familiar.

(81) En relación con los artículos correspondientes al contrato de vitalicio, como ya hemos adelantado, y luego de estudiar la nota sobre la diferencia de los conceptos «resolución» y «rescisión», la Ponencia recomienda mantener el término de «resolución», por lo que el ponente del G. P. del Bloque Nacionalista Galego retira sus enmiendas números 9, 11 y 12. Por otro lado, también hemos destacado que la Ponencia recomienda la aceptación de la enmienda número 10 del G. P. del Bloque Nacionalista Galego, que se repite como transaccional en los apartados 1.1.^a y 3, en los que se sustituye la expresión «marido y mujer» por la de «ambos cónyuges». Al respecto, de la resolución, no cabe ninguna duda del acierto del cambio terminológico frente al anterior de rescisión tanto por tratarse de obligaciones recíprocas como por el hecho de que los casos que el precepto cita constituyen supuestos de puro incumplimiento contractual, además de ser propias de la resolución las consecuencias que se señalan, al incluir la restitución de las prestaciones, tal y como señaló, con arreglo al texto derogado de 1995, REBOLLEDO VARELA, A. L., *O contrato vitalicio na Lei 4/1995...*, cit., pág. 296, nota 51.

(82) Vid., atinadamente, PEÓN RAMA, V./ROVIRA SUEIRO, M., «El contrato de vitalicio de la Ley de Derecho Civil de Galicia como solución asistencial privada para las personas dependientes», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, pág. 847. Puede consultarse, al respecto, la Resolución de la DGRN, de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989/7048), que revoca la decisión del Registrador denegando la inscripción.

(83) Ello ha sucedido en los casos en que el preceptor no facilita precisamente el cumplimiento para obtener la resolución, sobre lo cual versan la SAP de Navarra, de 7 de marzo de 1992 (Aranzadi Civil, 489) o la SAP de Girona, de 21 de abril de 1995 (AC 1995/1320).

Justamente, en la citada sentencia del TSJG, de 7 de abril de 2004 (84), en un caso de cumplimiento de la prestación en el domicilio en un contrato de vitalicio, se denuncia la infracción, por inaplicación del artículo 1.124 del Código Civil y de la Jurisprudencia que lo interpreta, lo que no se estima, porque, al margen de que parte de un relato fáctico subjetivo y parcial y no de los hechos probados de la sentencia, se añade que la frase entrecomillada de la resolución de la Audiencia, sobre la que monta su argumentación la recurrente, que parte de la expresión «aunque se admitiese a efectos dialécticos un incumplimiento parcial por parte de la demandante-apelada», supone que no estaríamos en un supuesto de incumplimiento con efectos resolutorios por la exigencia jurisprudencial de que el incumplimiento ha de ser propio, verdadero y referente a esencia de lo pactado sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias (STS de 31 de julio de 2002 y las en ella citadas).

Con tal punto de partida, se considera que la mentada expresión no es más que una mera reflexión jurídica sobre una hipótesis que no es del caso, para reforzar más, si cabe, la argumentación jurídica que establece y que descansa en los hechos probados que establece, para concluir que: «tal incumplimiento no se da, cuando es provocado por la actitud pasiva a tal efecto, de la otra parte, puesto que, de los hechos relacionados, se deduce claramente que la obligada a la asistencia, la apelante, ha probado y mantenido en todo momento su voluntad de observar las prestaciones a que se había comprometido, siendo la parte actora-apelada, quien, sin duda, ha vulnerado el desarrollo de la convivencia necesaria en casos como el presente, al no establecerse definitivamente,

(84) *RJ* 5378, donde estima la recurrente que la sentencia recurrida al establecer que: «según se deduce de la doctrina del Tribunal Supremo al interpretarlo (...), aunque se admitiera a efectos dialécticos un incumplimiento parcial por parte de la demandada-apelada del contrato de referencia, dicho incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato» (Fundamento 5.º), y entender por ello inaplicable al caso dicho precepto (en cuanto regulador, como señala la recurrente, de la resolución de las obligaciones recíprocas del cual dimana, como supuesto aquí específico, lo dispuesto en el art. 99 de la LDCG), está vulnerando aquella otra corriente jurisprudencial, complementaria de la citada en la sentencia, como recuerda la STS de 2-7-1992, que establece que para la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil no es precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento de lo pactado (que aquí se da), pues basta o es suficiente que la actitud de una de las partes frustre las legítimas aspiraciones de la otra (y cita diversas SSTs en idéntica línea interpretativa). Y, sigue argumentando la recurrente, en el presente caso se nos presenta un ejemplo manifiesto de incumplimiento contractual, habilitador de la resolución del contrato, puesto que los alimentantes, que han cumplido no sólo la prestación de ceder la propiedad de la totalidad de sus bienes, sino también la de ponerse a disposición de la alimentante para paliar las consecuencias del acuerdo de repartición ganancial celebrado por la demandada y su esposo, han visto totalmente frustradas sus legítimas aspiraciones de ser atendidos, siquiera por su avanzada edad, como se merecían, teniendo en cuenta el negativo resultado de la conciliación celebrada con la demandada alimentista.

como se había pactado, en el domicilio de la obligada, manteniendo, por el contrario, una conducta obstativa para la efectividad de la misma» (85).

En la aludida sentencia del TSJG, de 8 de junio de 2004 (86), se recuerda que la sentencia de la Audiencia combatida en casación subraya que no se puede hablar de falta de causa y ni siquiera de un contrato con causa falsa encubridor de otro con realidad causal (vitalicio simulado y donación disimulada) dado que hay cesión de bienes y contraprestación de servicios asistenciales; obligaciones estas que se configuran como recíprocas o equivalentes hasta el punto de que la segunda de las estipulaciones del celebrado contrato de la litis es ilustrativa de la concurrencia de una resolución específica convenida, efectiva en la hipótesis de acontecer el incumplimiento de la prestación alimenticia, propia de un contrato sinalagmático como es el vitalicio (de por sí sujeto a condición resolutoria tácita) y a la postre ejemplificadora de una práctica después reconocida *ex lege* en el artículo 99 LDCG de 1995, en cuyo apartado 1 se facultaba al alimentista a «rescindir» (*rectius*, resolver) el contrato en caso, entre otros, de incumplimiento de dicha prestación por el alimentante (en este sentido y en concreto, STSJG 12/2004, de 29 de abril).

También en la sentencia de 24 de mayo de 2006 (87), el TSJG tuvo ocasión, con arreglo a la Ley de 1995, de pronunciarse acerca de la interpre-

(85) En esta sentencia se establece con nitidez que el incumplimiento contractual es imputable a los actores y no a la demandada, lo cual entronca con la doctrina jurisprudencial que exige para poder ejercitar la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil, que quien la ejercitase no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriese como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, cosa que aquí no ocurre (SSTS de 29-3 y 6-7-1997, 5-7-1999 y 11-2-2003). Por lo demás, sólo resta añadir que la apreciación del incumplimiento está encomendada al libre arbitrio de los tribunales de instancia, por ser un problema eminentemente fáctico, que debe ser respetado en casación, mientras no se haya impugnado en forma y con éxito el relato fáctico de la resolución recurrida —lo que aquí como ya dijimos antes, ni se ha producido ni tan siquiera intentado— (por todas, SSTS de 2-6-1986 y 18-4-2002).

(86) *RJ* 5348/2005, donde se asume acreditado en las dos sentencias de instancia, frente a lo que gratuita y contrariamente afirma el recurrente, que el estado de salud del cedente de los bienes era «bueno» cuando suscribió el vitalicio y que deba descartarse el poder «predecirse» entonces el final de sus días, esto es, lejos de estar probado que su fallecimiento apareciese como conocido, inmediato o próximo al tiempo de formalizar el contrato, y no con una certeza absoluta sino relativa, resulta intrasladable al caso enjuiciado la doctrina jurisprudencial recogida desde la STSJG 31/2000, de 15 de diciembre; doctrina según la cual, tratándose de supuestos que permiten alcanzar tal certeza relativa, y en los que están en disputa derechos hereditarios de los legitimarios, sí se puede concluir, en términos de lógica y razonabilidad, que no existe aleas ni causa contractual, «bien porque esa proximidad relativamente cierta de muerte presenta como verosímil una imposibilidad real de la contraprestación alimenticia, bien porque esa proximidad reduce dicha contraprestación a tal grado que, aún teniendo en cuenta su dificultosa evaluación económica por el carácter frecuentemente personalísimo y afectivo de los cuidados, se revela como palmariamente desproporcionada en relación a los bienes cedidos».

(87) *RJ* 3620/2007, en la cual el motivo del recurso estima que la sentencia recurrida hace abstracción de la postura adoptada por la actora y no contempla que, siendo impu-

tación del contrato de vitalicio y su rescisión, adoptándose la procedencia de resolución de contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos con reserva de usufructo por incumplimiento contractual porque la prestación de cuidados y atenciones personales, al margen de la de alimentos y otras atenciones, no puede dejarse en manos de terceros.

En este caso, la sentencia de la Audiencia, dando respuesta a la cuestión planteada por los demandados-recurrentes, quienes sostenían que no ha existido una desatención y abandono absoluto de su obligación contraída en el contrato con respecto a la actora, de atenderla durante su vida, prestándole alimentos y cuidados en su más amplia acepción, con inclusión de asistencia médica y farmacéutica (cláusula tercera), niega con rotundidad que los demandados cumplieren con la citada obligación, dando, acto seguido, un más que cumplido razonamiento a la luz de la prueba practicada, de porqué llega a tal conclusión del incumplimiento contractual (88).

Refuerza así la sentencia la constatación del incumplimiento contractual, que es la base desde cualquier perspectiva legal (CC o LDCG), para declarar resuelto el contrato, haciéndose hincapié en este último apartado del razonamiento de la resolución objeto de recurso, porque la recurrente, se ampara en que por la actora no se cumplió literalmente lo estipulado en la cláusula quinta del contrato, para defender lo indefendible, esto es el incumplimiento de sus obligaciones contraídas con aquélla, olvidándose de que la facultad de resolver las obligaciones caso de incumplimiento, es cláusula implícita en las

table a ésta el estricto incumplimiento de la prestación alimentaria, no debe proceder la resolución del contrato a su instancia. Analiza seguidamente la recurrente el contrato y sus cláusulas tercera y quinta, y concluye afirmando que de las sentencias de ambas instancias en modo alguno se constata que los demandados (uno de los cuales es ahora recurrente en casación), no quisieran asistir o prestar cuidados a la actora, y si sólo que no conviven con ella, para fundamentar sus resoluciones. Realiza, a continuación, unas consideraciones fácticas y sobre el elenco probatorio, para concluir que la actora se niega a convivir con los demandados, y que faltando a lo dispuesto en la cláusula quinta del contrato no requirió notarialmente a los demandados para que lo cumplieren como aquélla establece para el caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los cesionarios, por lo que sostiene que el incumplimiento contractual es imputable exclusivamente a la actora y no debe entrar en juego la condición resolutoria pactada ni la contemplada en el repetido artículo 99, que recoge la configuración tradicional del vitalicio en Galicia.

(88) Repara expresamente la sentencia recurrida en lo estipulado en la cláusula quinta, que establecía que: «En caso de incumplimiento por parte de los cesionarios de las obligaciones por ellos asumidas por esta escritura, la cedente los deberá requerir notarialmente para que lo hagan y, transcurrido un mes desde dicho requerimiento quedará resuelto de pleno derecho la transmisión efectuada, volviendo la finca cedida a poder de la cedente, con el carácter que es dueña (*sic*), y sin obligación por su parte de abonar cantidad alguna por los alimentos ya recibidos». Y concluye la sentencia que se requirió notarialmente a los demandados recurrentes para que accedieran a resolver de común acuerdo el contrato que los vinculaba, dado el incumplimiento de lo pactado sobre cuidados y prestaciones alimentarias, siendo cierto que los demandados contestaron su voluntad de cumplir sus obligaciones, pero tal manifestación no se compaginó con su conducta posterior.

recíprocas *ex* artículo 1.124 del Código Civil, esto es, sin necesidad de que sea estipulada expresamente, una vez constatado el cumplimiento de la suya por quien ejercita dicho derecho, y que en nuestro caso se constata, pues en el contrato la actora transmitió en el acto a los demandados la nuda propiedad de unos bienes con reserva de usufructo.

O si se prefiere, esta sentencia de 24 de mayo de 2006 recurre a la cita *ex* artículo 99.1, apartados *b)*, *c)* y *d)* LDCG de 1995, que de igual forma permitían al alimentista resolver (mejor que «rescindir», como se recuerda también en esta sentencia del TSJG de 24 de mayo de 2006) el contrato, caso de incumplimiento total o parcial de la prestación de alimentos, siempre que no sea imputable al perceptor; o cuando el cesionario no cuidase o no atendiese en lo necesario al cedente; o por el no cumplimiento de lo demás pactado. Apartados estos dos últimos que cobran relevancia en el presente pleito, puesto que al marcharse a Canarias los cesionarios, mal podían cumplir con la obligación de cuidar personalmente a la actora, que en virtud de lo estipulado en el contrato podría elegir el lugar de prestación de alimentos y cuidados (cláusula tercera), bien en su propio domicilio, bien en el de los cesionarios —de ahí la invocación que se hace al apartado *d)* del repetido apartado 1 del art. 99 de la Ley Civil gallega de 1995.

En definitiva, se concluye en esta sentencia del TSJG, de 24 de mayo de 2006, que la actora tenía la opción de efectuar el requerimiento notarial según lo estipulado en el contrato, o acudir directamente a la Ley para resolver el contrato, porque lo esencial en ambos casos para dicho fin era el incumplimiento constatado de las obligaciones típicas del vitalicio por parte de los demandados, tanto con anterioridad como con posterioridad al requerimiento, que quíerase o no era una interpelación por parte de la actora exigiendo sus derechos contractuales, a la que los demandados hicieron caso omiso en cualquier sentido, como constata la sentencia.

Pues bien, en la jurisprudencia del TSJG, sobre resolución por incumplimiento de los alimentantes de las estipulaciones de los contratos de vitalicio y de compraventa celebrado entre alimentista y alimentantes, con la consiguiente restitución por los alimentantes de los bienes objeto de cesión así como por el alimentista del valor de la prestación alimenticia recibida, debiendo el vendedor devolver el precio de la compraventa, intereses y gastos de la transmisión, se produjo, con arreglo a la Ley de 1995, la sentencia de 10 de octubre de 2003 (89), en que, asumiendo la decisión de las sentencias

(89) *RJ* 377/2004, donde se razona que el pleito que llega a su fin con la presente sentencia fue decidido en las instancias de manera sustancialmente coincidente, al menos en relación a las pretensiones principales de la actora y apelante, recurrida en casación: se declara la resolución del contrato de vitalicio celebrado en escritura pública de 26 de enero de 1996 entre los litigantes, esto es, entre, de una parte, el aludido demandante en su condición de alimentista o cedente y, de otra, los demandados (hermana y cuñado, respec-

de instancia acerca de la resolución del vitalicio y la nulidad de la compraventa, se centra únicamente en dilucidar los efectos jurídicos de tales declaraciones (90).

En particular, en esta sentencia se trata de dilucidar la procedencia o no de que el alimentista (a instancia del cual se resuelve el vitalicio) resulte obligado a indemnizar a los alimentantes (en los términos del art. 99.2 LDCG de 1995) «los gastos ocasionados», esto es, el valor de la prestación alimenticia recibida, lo que para la Sala de lo Civil del TSJG no ofrece duda ante la resolución del vitalicio ex artículo 99.1 LDCG, y, en el caso enjuiciado, por causa del no cumplimiento solidario en el que incurrieron los alimentantes de la obligación por ellos asumida en la primera de las estipulaciones del contrato litigioso (la que a la letra dice —en concordancia con el art. 95.2 LDCG de 1995— «prestación alimenticia del cedente, es decir, sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a sus circunstancias» y que —en concordancia con el art. 97 LDCG— se configura subsistente «hasta el fallecimiento del

tivamente, de aquél) en su condición de alimentantes solidarios o cesionarios; y, a su vez, se declara la nulidad del contrato de compraventa celebrado en escritura pública poco tiempo después, el siguiente 28 de junio, entre los mismos litigantes (el actor como vendedor y los demandados como compradores). Ambos pronunciamientos se contienen en la sentencia del Juzgado, confirmada en ambos extremos por la de la Audiencia: la resolución del contrato de vitalicio, de la que en realidad trata el artículo 99.1 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (LDCG), es estimada procedente al acreditarse, en los términos del caso *b)* de dicho precepto, el incumplimiento total —no imputable a su preceptor— de la prestación alimenticia a partir del 5 de noviembre de 1999; y la nulidad (radical) del contrato de compraventa es así reputada por falta de causa para los compradores, que ya eran propietarios de los bienes supuestamente entonces transmitidos (les habían sido antes cedidos en virtud del contrato de vitalicio). Precisa, sin embargo, la sentencia de la Audiencia que el contrato de compraventa es nulo, además, por simulado, no sólo por el bajo precio fijado en el mismo en relación al número de fincas que se dicen vendidas y por el periodo de tiempo tan breve que había transcurrido desde la celebración del vitalicio, sino también por la no entrega de todo ese precio.

(90) Así, resuelto que fuere el vitalicio, se solicita que se condenase al alimentista a indemnizar en los términos previstos en el entonces vigente artículo 99.2 LDCG por los gastos ocasionados durante la vigencia del contrato (desde la fecha de su celebración hasta la que dejaron de prestar alimento), siendo que posteriormente vieron revocada por la Audiencia semejante decisión puesto que, al no dar por probada la existencia de unos gastos «a los que hicieron frente» (los demandados) durante el periodo de tiempo señalado, el órgano de apelación concluyó que no puede «deferirse para ejecución la doble probanza, que sería referida a su existencia y a su cuantificación»; y el otro aspecto de la contienda al que se atiende se encuentra conectado a la declaración de nulidad del contrato de compraventa, toda vez que se pretendía que el vendedor ha de restituirles, en su condición de compradores, no el precio que las sentencias de instancia acreditan realmente percibido por aquél y sí el escriturado (5.000.000 de pesetas), y además con sus intereses, junto a los gastos por ellos sufragados como consecuencia de la transmisión, asumidos a su cargo en la estipulación tercera del contrato de compraventa; intereses y gastos sobre los que las dos sentencias de instancia guardan silencio a pesar de ser una «consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual» ex artículo 1.303 del Código Civil (CC).

cedente, y se transmitirá a los herederos o legatarios de los cesionarios»), no es concebible sino como un supuesto específico de aplicación del genérico artículo 1.124 del Código Civil (en este sentido, la STSJG 27/2003, de 19 de septiembre, y las en ella mencionadas) y, por lo que aquí importa, ha de colocar a los contratantes en idéntica situación a la que se hallarían si el contrato no se hubiera celebrado.

A continuación se razona en esta sentencia, de 10 de octubre de 2003, que dicho efecto jurídico implica la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, a saber, la restitución (por los alimentantes) de los bienes objeto de cesión y la restitución (por el alimentista) del valor de la prestación alimenticia recibida, susceptible de «compensación total o parcial con los frutos percibidos de los bienes objeto de cesión» (inciso primero *in fine* art. 99.2 LDCG de 1995) (91), de suerte que la ineficacia sobrevenida del vitalicio es claro que impide dejar en beneficio de un contratante (el alimentista en este caso) la prestación que del otro ha recibido (los alimentantes) antes de la resolución: so pena de consentir un enriquecimiento injusto, es consecuencia natural y lógica de la resolución el restituir a cada contratante las cosas y valores de sus respectivas prestaciones (92).

Por otra parte, en la citada sentencia del TSJG, de 29 de abril de 2004 (93), se abordan los caracteres del vitalicio según su configuración consuetudinaria,

(91) En el caso, la existencia de la prestación alimenticia se da por probada o efectivamente recibida en la medida en que consta acreditado que los alimentantes dejaron de prestar alimentos o, lo que es igual, *facta concludentia*, que hasta entonces y desde que el vitalicio fue concertado cumplieron con esa su obligación, no siéndoles exigible (dicho sea en contraposición a la Audiencia) que, además de tener que probar la existencia de los gastos ocasionados (existencia deducible, insistimos, del cumplimiento de la prestación), les correspondiese también el tener que probar el hecho negativo de que el alimentista no hubo «hecho frente al pago» de dichos gastos durante la vigencia del contrato.

(92) En esta sentencia se considera acreditado, asimismo, que no existen frutos compensables, por lo que habrá de fijarse en ejecución de sentencia, tal y como lo solicitaron los alimentantes recurrentes en casación en su reconvención, el importe de la indemnización de la que son acreedores por los «gastos ocasionados» o valor de la prestación alimenticia recibida por el alimentista recurrido en casación durante la vigencia del vitalicio, teniendo en cuenta, al respecto, el pactado alcance de la misma y que unos y otro convivieron de manera habitual a lo largo de ese periodo de tiempo.

(93) *RJ* 1877/2006, donde, ante la alegación de la incapacidad que obsta a la prestación del consentimiento contractual válido requerido por el artículo 1.261 del Código Civil, se recuerda que ello exige, a salvo su declaración judicial como determina el artículo 199 del Código Civil, una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa, ya que la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente, y tal cuestión —de hecho— no cabe ser revisada en casación (así, por todas, STS 546/2001, de 30 de mayo), de suerte que huelga, pues, el tener que esforzarnos más en descartar que se haya producido la vulneración de los artículos 385 y 386 LEC por causa, según afirma la recurrente, de que «no se ha probado la capacidad en el momento de la firma del contrato» y menos por existir prueba que, también en opinión de la recurrente, acreditaría su incapacidad, puesto que «no se puede declarar acreditado que... en el momento de suscribir el contrato padeciese una patología neuropsiquiátrica que supu-

en especial la aleatoriedad, en un caso de rescisión de la compraventa en que el comprador se obliga a cuidar, alimentar y atender al vendedor ante el incumplimiento de la prestación alimenticia, con la obligación del alimentista de indemnizar al alimentante por el valor de la prestación alimentaria recibida.

En esta sentencia de 29 de abril de 2004 se dice que la estipulación contractual conforme a la cual el incumplimiento de la prestación alimenticia produciría la «rescisión» del contrato con la particularidad, entre otras, de que el perceptor de los alimentos vendría obligado a «indemnizar» a la alimentante en una suma diaria, cifra en la que los contratantes valoran los cuidados y asistencia recibidos hasta el momento de dicha rescisión, no es sino ilustrativa de la concurrencia de una resolución específica convenida, efectiva en la hipótesis de acontecer el incumplimiento de la prestación alimenticia, propia de un contrato sinalagmático como es el de vitalicio (de por sí sujeto a condición resolutoria tácita) (94).

Antes, pues, de ser representativa la indicada estipulación de que el cumplimiento del contrato ha quedado al arbitrio de uno de los contratantes con infracción del artículo 1.256 del Código Civil, en dicha sentencia del TSJG se concluye que lo es de una *interpartes* acordada modalidad de cesación del vínculo (ineficacia contractual sobrevenida) y de sus efectos (los exigidos por la resolución) (95).

siese incapacidad para otorgar cualquier contrato con suficiente conocimiento del acto dispositivo que realizaba y libertad para manifestar sus deseos» así como que el doctor que lo atendió manifestó que «no podía afirmar si su capacidad para la comprensión y ejecución de actos voluntarios estuviese alterada», por lo que «a falta de prueba en contrario» y «sabido que la capacidad de las personas se presume», ha de entenderse que «no tenía mermadas sus facultades mentales» para otorgar el contrato o que no carecía de «aptitud para querer y entender en el momento de contratar».

(94) Se añade, en dicha sentencia del TSJG, de 29 de abril de 2004, que la resolución citada en el texto es, a la postre, ejemplificadora de una práctica después reconocida *ex lege* en el artículo 99 LDCG de 1995, en cuyo apartado 1 se faculta al alimentista a «rescindir» (*rectius*, resolver) el contrato en caso, entre otros, de incumplimiento de dicha prestación por el alimentante, y en cuyo apartado 2 se prevé como consecuencia anudada a la «rescisión» la obligación —en defecto de pacto contrario— de «indemnizar» al alimentante los gastos ocasionados o valor de la prestación alimenticia recibida (en este sentido, STSJG 29/2003, de 10 de octubre).

(95) Incluso se añade a ello, si se quiere para mejor percatarnos de la razón por la que sucumbe la denunciada infracción del artículo 1.276 del Código Civil, que ya *ex abundantia* la sentencia de la Audiencia destaca que no se puede hablar de falta de causa (hay cesión de bienes y contraprestación de servicios asistenciales) y ni siquiera de un contrato con causa falsa encubridor de otro con realidad causal (compraventa simulada y vitalicio disimulado), hipótesis que en último término conduciría a apreciar que la demandante y recurrente en casación carece de legitimación o acción, por su condición de heredera voluntaria, como lo es una hermana de un causante fallecido intestado, para impugnar un negocio jurídico contractual concluido por éste con otro heredero de la misma clase (una sobrina) y que en su faceta disimulada es válido (en este sentido, SSTs de 24 de octubre de 1995 y 1094/1999, de 14 de diciembre).

Siguiendo con la exposición de la vigente Ley de 2006, igualmente se reitera la tercera causa de resolución del anterior artículo 99 en los casos en que el cesionario no cuidase o no atendiese en lo necesario «al alimentista» (que en el texto derogado se llamaba «cedente»), todo ello siempre según la posición social y económica de las partes, al igual que antes, «en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la búsqueda del mantenimiento de su calidad de vida» (96), siendo tanto esta causa como la primera propiamente ligadas al aspecto asistencial del contrato, mientras que, como hemos dicho, está vinculada al lado alimenticio la segunda referida al incumplimiento.

La nueva regulación precisa en los dos últimos apartados del vigente artículo 153, de modo acertado, que la acción de resolución podrá ser ejercitada por cualquiera de los cedentes respecto a los bienes cedidos, lo que es una lógica consecuencia y confirmación del carácter bilateral y recíproco del contrato, y que si la cesión se hizo conjuntamente por ambos cónyuges, la resolución instada por el cónyuge sobreviviente conllevará la ineficacia total del contrato.

En el siguiente precepto, artículo 154, de modo también certero, se especifica que la acción de resolución sólo se transmitirá a los herederos del cedente en los casos en que el alimentista fuera un tercero y sólo podrá ser ejercitada en vida de este, lo cual resulta coherente precisamente con el tipo de contrato a favor de dicho tercero que ha de llevar aparejada esta facultad de resolución para el cedente y sus herederos.

En el artículo 155 se especifica que si en virtud de pacto la prestación alimenticia tuviera que realizarse de manera conjunta e indivisible por los cesionarios, entonces el cedente podrá resolver el contrato cuando alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 153.1 fuera preferible a cualquiera de aquellos, añadiéndose que, también será causa de resolución el desistimiento de alguno de los obligados a prestar la deuda alimenticia de manera conjunta e indivisible.

Para concluir, el artículo 156 considera que en todos los casos de resolución, se lleva a cabo una precisión más acertada que la anterior Ley de 1995 pues lo lógico es que el cesionario incumplidor, y no el cedente, sufra las consecuencias negativas de su incumplimiento y, así, de modo correcto, en el texto vigente se sanciona que el cedente recuperará los bienes y derechos cedidos, quedando sin efecto las enajenaciones y gravámenes que el cesiona-

(96) En la SAP de Ourense, número 144/2001 (Sección 2.ª), de 16 de abril de 2001 (*JUR* 2001/172248) se mantiene que en los supuestos de contrato de vitalicio, conforme a la legislación de 1995, la voluntad del disponente de poner fin a la relación que lo une con el alimentante no implica por sí mismo el incumplimiento de éste ni es un motivo suficiente para solicitar la resolución del contrato, que sólo podrá tener lugar en los supuestos en que se acredite de modo cierto y eficaz, a los efectos pretendidos, que la extinción de la relación de alimentos tiene su causa en la conducta del alimentante e incluso, en este caso, la cedente debe de requerir a la obligada a prestarle alimentos, de forma fehaciente, para ello.

rio hiciera (97), con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la legislación hipotecaria, a cuyos problemas nos hemos referido con anterioridad dando por concluida la aproximación a la regulación vigente del contrato de vitalicio en Galicia.

IX. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

En el último de los capítulos del Título VII de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, se reproduce el contrato introducido en 1995 como novedad, basada en los usos tradicionales y la nueva realidad, el vitalicio, por el cual una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión de bienes o derechos por el que se denomina alimentista, dándose en su nueva regulación solución al problema de la resolución negocial y consiguiente devolución de bienes así como indemnización de gastos ocasionados.

La inclusión de tal contrato del vitalicio, que no se reguló en la Compilación de 1963, debe de aplaudirse pues responde, en efecto, a una auténtica necesidad sentida en Galicia para dar una adecuada solución a los problemas derivados de la proliferación de situaciones de desamparo y soledad surgidas del progresivo envejecimiento de la población, según, expresamente, se ponía de relieve en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991.

La médula del contrato de vitalicio radica en el valor de la asistencia alimenticia, que se configura con cierto detalle en amplios términos, comprendiendo tal prestación alimenticia el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica y las ayudas y cuidados, incluso afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes, precisándose que el contrato, para que tenga efectos frente a tercero, se formalizará en documento público, desapareciendo ahora la anterior disposición, en el mismo artículo, de la, innecesaria, sujeción a la nueva normativa del contrato alimenticio con independencia de la denominación de las partes.

(97) De acuerdo con el derogado artículo 99/2 de la Ley de 1995 se preveía la restitución de frutos y prestaciones de alimentos con la admisión de pactos en contrario, a pesar de la frecuencia en que el pacto expreso de resolución por incumplimiento vaya acompañado de otro perfectamente válido [STS de 2 de julio de 1992 (*RJ* 1992/6502); vid., en contra, BADENAS CARPIO, «La renta vitalicia onerosa», *op. cit.*, pág. 262], por lo que, en un supuesto de este tipo, el cesionario nada podía reclamar por la prestación de alimentos y cuidados ya realizada, y si además se conviene la devolución de los frutos percibidos por el cesionario, entonces eso se considera como cláusula penal por incumplimiento con la consiguiente facultad moderadora por los tribunales (REBOLLEDO VARELA, Á. L., *O contrato vitalicio na Lei 4/1995...*, cit., pág. 303 y notas 75 y 76; Díez PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil...», *op. cit.*, pág. 487).

A continuación se dispone la duración, en principio, vitalicia, como su propio nombre indica, de la obligación de prestar alimentos «hasta el fallecimiento del alimentista», siendo, en cualquier caso, salvo pacto en contrario al respecto, dicha obligación transmisible a los sucesores del obligado a satisfacer tales alimentos.

En la Ley se faculta al que se denomina «cesionario», el que está obligado a prestar alimentos, para desistir en cualquier tiempo el contrato, previa notificación fehaciente con seis meses de antelación de tal intención, con la restitución de los bienes y derechos recibidos en virtud del contrato, así como de sus frutos, sin más cargas o gravámenes que los preexistentes a la cesión

Por su parte, se permite al alimentista, el que cede o entrega los bienes, resolver el contrato tanto por conducta gravemente injuriosa o vejatoria del otro contratante, su cónyuge o pareja o hijos con los que convivía, cuanto porque éste otro contratante no le cuidase o atendiese en lo necesario «según la posición social y económica de las partes y en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la búsqueda del mantenimiento de la calidad de vida», así como, también, por incumplimiento, total o parcial, de la prestación alimenticia no imputable a su perceptor.

La resolución conlleva que el cedente recuperará los bienes y derechos cedidos, quedando sin efecto las enajenaciones y gravámenes que el cesionario hiciera.

RESUMEN

CONTRATO VITALICIO GALICIA

En la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, se reproduce el contrato introducido en 1995, el vitalicio, por el cual una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión de bienes o derechos, dándose solución a la resolución negocial y devolución de bienes e indemnización de gastos ocasionados.

La inclusión de tal contrato, no regulado en la Compilación de 1963, pretende solucionar situaciones de desamparo y soledad surgidas del progresivo envejecimiento de la población, radicando su esencia en el valor de la asistencia ali-

ABSTRACT

LIFETIME CONTRAC GALICIA

Galicia's Act 2/2006 on civil law reprises the lifetime support contract introduced in 1995, under which one or more persons undertake to provide support, to the extent, with the breadth and under the terms the parties set, to another person or persons in exchange for property or rights, providing a solution for the cancellation of the contract, the return of property and reimbursement for expenses.

The inclusion of the lifetime support contract, which was not regulated in the 1963 Compilation, is intended to solve the situations of helplessness and loneliness that are arising due to the gradual aging of the population. Its essence lies

menticia en amplios términos, comprensiva del sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica y las ayudas y cuidados, incluso afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes.

El contrato, para que tenga efectos frente a tercero, se formalizará en documento público, estableciéndose la obligación de prestar alimentos «hasta el fallecimiento del alimentista», siendo dicha obligación transmisible, salvo pacto en contrario, a los sucesores del obligado.

El «cesionario» puede desistir, previa notificación fehaciente con seis meses de antelación, con la restitución de los bienes y derechos recibidos, así como de sus frutos, facultándose al alimentista para resolver el contrato por conducta gravemente injuriosa o vejatoria del otro contratante, su cónyuge o pareja o hijos con los que convivía, porque no le cuidase o atendiese en lo necesario o por incumplimiento, total o parcial, de la prestación alimenticia no imputable a su perceptor, con la recuperación de los bienes y derechos cedidos, quedando sin efecto las enajenaciones y gravámenes.

in the value of support, taking the term «support» broadly to include food, board, clothing, medical aid and personal, even emotional, aid and care, suited to the circumstances of the parties.

So that the contract will have third-party enforceability, it is formalised in a public document where the obligation is established to provide support «until the decease of the support recipient». Unless otherwise agreed, this obligation can be transferred to the successors of the obligated party.

The «transferee» may desist on six months' notice delivered by reliable means and in that case must return the property and rights received and the fruits thereof. The support recipient has the power to cancel the contract in the event of grossly injurious or humiliating conduct by the other party, that party's spouse or partner or children living with the party, if the other party fails to care for the support recipient or attend to the support recipient's needs, or if there is full or partial failure to provide support that cannot be attributed to the support recipient. In that case the support recipient recovers the assigned property and rights, and any disposals and encumbrances are rendered void.

(Trabajo recibido el 27-1-2009 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)

La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice Foral de 1925 al artículo 72 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona

por

M.^a TERESA DUPLÁ MARÍN.
Catedrática de Derecho Romano
de la Facultad de Derecho de ESADE (URL). Barcelona

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO: LOS NUEVOS MODELOS FAMILIARES Y EL DEBATE SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL ROL DE SUS MIEMBROS.
- II. LOS ORÍGENES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA: EL ARTÍCULO 2 DEL APÉNDICE FORAL DE 1925.
- III. LA COMPILACIÓN DE 1967: LA AUTORIDAD FAMILIAR CONJUNTA Y LA AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS.
- IV. NOVEDADES DE LA LEY DE CORTES DE ARAGÓN, DE 16 DE MAYO DE 1985: LA PARTICIPACIÓN DEL PADRASTRO EN LA AUTORIDAD FAMILIAR CONSTANTE MATRIMONIO Y LA AUTORIDAD FAMILIAR SOBRE LOS HIJASTROS TRAS EL FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE PROGENITOR.
- V. LA ACTUAL REGULACIÓN EN LA LEY 13/2006, DE 27 DE DICIEMBRE, DE DERECHO DE LA PERSONA.

I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO: LOS NUEVOS MODELOS FAMILIARES Y EL DEBATE SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL ROL DE SUS MIEMBROS

Alrededor de los años setenta del siglo pasado se inicia en Estados Unidos un movimiento social que tiene como objetivo la reclamación de derechos por parte de los llamados *stepparents* (1), padrastros o madrastras, movimiento que crece y se extiende por todo el mundo hasta el momento actual. Aumentan las llamadas *stepfamilies*, término utilizado por los distintos agentes sociales y la doctrina para identificar a aquellos núcleos familiares generados por la unión o el matrimonio de personas que aportan hijos menores surgidos de previas relaciones y que conviven en el nuevo núcleo familiar.

En Europa no somos menos y a día de hoy podemos afirmar que el panorama social y legal, así como las políticas que nos rodean son incipientes, en algunos casos imprecisas, e incluso escasas. Se habla de familias reconstituidas o ensambladas, *famiglie ricostituite*, *ricomposte*, *aperte*, *famille recomposée*, etc..., y aparecen regulaciones concretas, directas o indirectas, al respecto en Reino Unido, Alemania, Suiza, Holanda, Francia, etc..., regulaciones que pretenden dar respuesta a las necesidades reales de un nuevo modelo de familia cada vez más habitual en nuestra sociedad (2).

Pero dicho esto, y como advierte la doctrina (3), la mayoría de los sistemas legales mundiales no han logrado, en las últimas décadas, ampliar su concepto de familia para incluir plenamente estos nuevos modelos familiares. Este es el grave problema ante el que nos encontramos, a lo que debemos sumar que los grandes debates sociológicos (4), políticos y jurídicos (5) se suelen centrar en

(1) El prefijo *step* es similar al sufijo *-astro*, lo cual conlleva una clara connotación negativa que ha provocado la búsqueda y empleo de otros términos tales como *remarried family*, *REM family*, *second family*, *two-fams* o *blended family*.

(2) TAMAYO HAYA, *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, 2009.

(3) ENGEL, «Familias ensambladas en todo el mundo: Análisis comparativo de los enfoques legales en países seleccionados», en *Actualización de Derecho de Familia*, 2005, pág. 1. www.familiassiglo21.org.ar/download/familias.htm

(4) Vid., al respecto, interesante introducción al tema de GARRIGA GORINA, «Les relations paterno-filiales de fet», en *RJC*, núm. 1, 2005, págs. 10-18.

(5) Vid., entre otros, VISCHER, E. y VISCHER, J. S., *Step-Families: a wide to working with step parentes & stepchildren*, California, USA, 1979; MADDOX, *Step-parenting*, Unwin Paperbacks, 1980; BURGOYNE D. CLARK, *Making a go of it -A study of step-families in Sheffield*, 1984; MEULDERS-KEIN y THERY (coord.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Paris, 1993; ABRANTES DUARTE, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu actual regime*, Lisboa, 1994, págs. 1-224; COSTA, *Divorcio, monoparentalidad e recasamento*, Lisboa, 1994; TEYBER, *Ajudando as crianças a conviver com o divorcio*, São Paulo, 1995; SMITH, *Madrastras mito & realidade: como desempenhar este dificil papel*, Pato Alegre, 1995; GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, Madrid, 1997; DELINSKI, *O novo direito de filiação*, São

cuestiones muy diversas y colaterales, tales como el reconocimiento de los miembros de estas familias en determinadas prestaciones sociales y fiscales (6); las consecuencias, positivas y negativas, de dichas uniones en lo que se refiere al desarrollo psicológico y en la vida de los hijos menores de edad; la posibilidad de adopción de los mismos por parte de los padrastros o madrastras y su regulación; y desde un punto de vista estrictamente jurídico-privado, el que aquí nos interesa: la participación o, incluso, la delegación de la patria potestad o custodia a favor de los padrastros o madrastras (7).

Frente a todo este proceso de cambio resulta evidente que, familias reconstituidas, padrastros, madrastras e hijastros han existido siempre, eso sí, con un matiz concreto y diferente, a saber: que la causa principal que las originaba era el previo fallecimiento de alguno de los cónyuges, lo cual, en cuanto a la estructura interna de la nueva familia, simplificaba todo tipo de planteamiento. Hoy la realidad es distinta, y la causa principal de este nuevo modelo familiar son las crisis y posteriores rupturas matrimoniales o convivenciales, siendo dos los elementos que, a mi juicio, lo caracterizan y lo hacen más complejo: uno, la existencia de hijos menores del cónyuge o pareja procedentes de otra relación y que viven con el progenitor; y dos, la pervivencia del otro progenitor que no convive en dicho seno familiar.

Centrados ya en nuestro país, la proliferación, a lo largo de las últimas décadas, de las rupturas matrimoniales, ha generado una fuerte presencia y debate social, si bien en términos generales puede afirmarse, por un lado, que existe un cierto desconocimiento de los precedentes legislativos existentes, y por otro, que son escasas y dispersas (8) las propuestas legislativas o norma-

Paulo, 1997; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Ejercicio de la patria potestad y tutela de los derechos del menor. 50 aniversario de la declaración universal de derechos humanos*, Cádiz, 1999; FERES-CARNEIRO (coord.), *Casal e familia: entre a tradição e a transformação*, Rio de Janeiro, Nau, 1999; DA CUNHA PEREIRA, *Concubinato e uniao estavel de acordo com o novo codigo civil*, 6.ª ed., Brasil, 2001; VV.AA., MAZZONNI (coord.), *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte*, Milano, 2002; CRETNEY, *Family Law in the twentieth century. A history*, Oxford, 2003; SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal*, 2.ª ed., Porto, 2003; CAMARA GROENINGA y DA CUNHA PEREIRA (coords.) *Direito de familia e psicanalise. Rumo a uma Nuova Epistemologia*, Brasil, 2003; DA CUNHA PEREIRA, *Direito de Familia. Uma abordagem psicanalitica*, Belo Horizonte, 2003; GARIBO PEYRÓ, *Los Derechos de los niños: una fundamentación*. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2004.

(6) De entre las de mayor impacto baste recordar la aprobación en noviembre de 2007 de la Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social que recoge, respecto de la pensión de viudedad, una de las reclamaciones más controvertidas de los últimos tiempos, esto es, el reconocimiento de la prestación de viudedad a las parejas de hecho —por ejemplo, caso de las parejas de etnia gitana— con convivencia acreditando hijos comunes, reconocimiento que se extiende también al auxilio por defunción y a las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

(7) Vid., por todos, ENGEL, *Familias ensambladas en todo el mundo...*, cit., págs. 18-59.

(8) En concreto: A) Una breve referencia en el Código Civil, artículo 1362.1.º, relativo a las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, en el que se señala lo siguiente: «Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen

tivas que han surgido y han visto la luz hasta el momento. En este sentido cabe apuntar que los debates sociales y políticos están desviando la atención hacia una serie de temas transversales, por supuesto de mucho calado e importancia (9), pero impidiendo avanzar en la cuestión de fondo y, a mi juicio, previa y fundamental: el funcionamiento interno de dichos nuevos modelos familiares, en concreto, las relaciones entre los nuevos miembros —padrastros, madrastras— y los hijos menores del cónyuge o pareja progenitor que conviven en el seno de dichas familias. Quizá la ausencia, en nuestro Derecho común, de un reconocimiento expreso de esta modalidad familiar y, como consecuencia de ello, de una regulación concreta, sean ambas algunas de las razones que justifiquen el hecho de que tampoco a día de hoy podamos hablar de la existencia de una denominación, ni social, ni jurídica, comúnmente reconocida y aceptada para dicha realidad (10).

por alguna de las siguientes causas: 1.^a El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar al reintegro en el momento de la liquidación». Del que no quiero dejar de resaltar, en este momento, cuatro ideas básicas: 1.^a) la referencia se hace en sede de gananciales, y más concretamente en la sección 3.^a, relativa a las cargas y obligaciones de dicha sociedad, de lo que debemos interpretar que, en su momento, la preocupación del legislador, y de ahí su enfoque, redacción y encaje, estaba centrada en los gastos que deben imputarse a la sociedad de gananciales constante matrimonio y al tiempo de la liquidación de la sociedad; esto es, se pone de manifiesto una conciencia clara de la posible existencia de dichos gastos y de su necesaria regulación jurídica; 2.^a) que habla de los hijos no naturales que conviven en el hogar familiar, por tanto, que debe darse el hecho objetivo de la convivencia; 3.^a) que contempla exclusivamente los gastos de alimentación y de educación de estos hijos no naturales; y 4.^a) en síntesis, que para que la sociedad de gananciales asuma, por precepto legal, estos gastos, se deben dar los siguientes requisitos: a) subjetivo: hijos no naturales convivientes; b) objetivo: gastos de alimentación y educación; c) formal: matrimonio previo del padre o madre natural sometido al régimen económico legal común. B) El reciente proyecto de libro 2.^o del *Codi Civil de Catalunya* que en su artículo 236-14 regula *ex novo* este nuevo modelo familiar. Vid., al respecto, DUPLÁ MARÍN, *Potestad parental catalana y autoridad familiar aragonesa: breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente*, Actas del V Congreso de Derecho Civil catalán, Tarragona, 2009; y C) Las referencias concretas del Derecho Foral aragonés, completan, a día de hoy, la regulación existente al respecto en nuestro país.

(9) Vid., al respecto, interesante trabajo de GARRIGA GORINA, «Les relacions paternofilials de fet (II)», en *RJC*, núm.4, 2005, págs. 9-26. Y, por vía de ejemplo, DUPLÁ y BARDAJÍ, «Decisiones y consentimientos respecto de la salud del menor (A propósito del Decreto 90/2008, de 22 de abril, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, micropigmentación y piercing, así como los requisitos higiénico-sanitarios que tienen que cumplir los establecimientos en que se realizan estas prácticas)», en *Los avances del Derecho ante los avances de la medicina*, Madrid, 2008, págs. 456-473.

(10) En este sentido también apuntar que no existe una referencia concreta a este modelo de familia en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, ni en

En definitiva, la amplitud y alcance del tema son, sin duda alguna, evidentes. Siendo esto así, entiendo, como punto de partida y contexto del trabajo, que hay determinados aspectos del Derecho de Familia, y más concretamente, de los nuevos modelos familiares, la patria potestad y la filiación, que merecen, al menos, una reflexión y revisión en nuestro Derecho común a la vista de las nuevas necesidades reales de nuestra sociedad, y planteo el mismo como muestra de un modelo —el aragonés— y pauta de actuación a tener en cuenta en una futura, y entiendo, próxima y necesaria regulación jurídica del tema que estoy abordando. En este sentido, y en cuanto al contenido y *modus operandi* del mismo, se hace preciso apuntar que el trabajo se centra en el análisis de la evolución histórico-jurídica que ha sufrido la regulación de la figura del padrastro o madrastra en Aragón a lo largo de cerca de un siglo, poniendo, *a priori*, el acento en un hecho relevante: nos encontramos ante el único precedente jurídico existente en nuestro país, anterior incluso a muchas legislaciones internacionales cercanas a la nuestra, y tomadas por el legislador como referente en sus debates y reflexiones actuales a la hora de afrontar la necesaria y nueva regulación de la figura en estudio.

Todo ello en el pleno convencimiento de que una vez más debemos aprovechar nuestra propia experiencia jurídico-histórica para enfocar de nuevo el derecho como un auténtico producto histórico en constante evolución y vivo, y que éste debe ser, sin duda, el principio que debe subyacer a lo largo de cualquier tipo de reflexión. Por supuesto, también han marcado mis reflexiones documentos y trabajos de distintas procedencias y enfoques ajenos al mundo jurídico, como, por ejemplo, *Le rapport Dekeuwer-Defossez*, «*Renover notre droit de la famille*», que presentado en septiembre de 1999, contiene algunas de las preocupaciones esenciales del grupo de trabajo en su elaboración, tales como la clarificación de los términos de la filiación, la búsqueda del equilibrio entre lo biológico y lo afectivo y, en lo que respecta al tema que nos ocupa, el intento de clarificar los estatutos y posición concreta de las personas que se ocupan de los menores, sin estar en situación de parentalidad, antes que optar por la delegación de *l'autorité parentale* (11).

su vigésima segunda edición de 2001, ni tenemos información de que esté previsto en la vigésima tercera edición, si bien es cierto que en esta última dicho término aparece «enmendado», entendiéndose por familia, en términos generales, el «*Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*». A *sensu contrario* sí que está acuñado, por ejemplo, en Francia, donde, aparece el término *Famille recomposée* en el ámbito de la sociología y es definido como «*une famille conjugale où les enfants sont issus d'une union antérieure de chacun des conjoints*» (*Petit Larousse*). Coloquialmente se denominan, por su complejidad, *familias mosaïques* o *à tiroirs* o *en réseau*.

(11) En este sentido, un estudio belga sobre ésta comienza indicando que a finales del año 2006 este tipo de familia reconstituida ya constituye un 10 por 100 del conjunto de las familias en nuestras sociedades y que según el INSEE (*Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques*), esto llegará a representar en breve el 40 por 100 de los

En definitiva, y en un intento de proteger, no sólo el interés del menor, sino también el derecho de éste a tener una familia, el argumento de fondo que subyace en muchas de las reflexiones con las que me he encontrado se nutre de la creencia de que es fundamental poder encontrar el equilibrio entre las responsabilidades de los padres biológicos y las de los padrastros y madrastras que se insertan en el seno de una nueva familia reconstituida, así como también encontrar la reciprocidad en las relaciones entre padres/hijos, y en el caso que nos ocupa, padrastros/hijos del cónyuge o pareja. Quizá haya llegado el momento, y en esto el Derecho aragonés es moderno, pionero y modelo a tener en cuenta, de regularizar y ordenar la posición de los terceros que, de hecho, no de derecho, día tras día adquieren y ejercen una serie de responsabilidades cotidianas respecto de los menores de la familia, sin mermar con ello la posición de los padres, convivientes o no, pero progenitores (12). El reto es complejo, pero no por ello imposible, y una muestra de ello nos la proporciona la evolución histórico-jurídica que vamos a analizar en las siguientes páginas.

Así, por vía de síntesis, la regulación aragonesa en materia de relaciones padrastros-hijastros tiene su origen (13) en el Apéndice Foral de 1925 (14),

matrimonios en Francia. Vid. *Quelle autorité parentale dans les familles recomposées? Analyses de la FAPEO*, en www.fapeo.be.

(12) En este sentido, la nueva redacción otorgada al artículo 154 del Código Civil, respecto del contenido de la patria potestad, por Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en cierto modo facilita la regulación que aquí proponemos al sustituir el párrafo relativo a la corrección por el del ejercicio de la patria potestad con respecto a la integridad física y psicológica de los hijos, lo cual, en definitiva, permite implícitamente el ejercicio de dicha corrección, poniendo énfasis en la limitación expresa del mismo a la integridad del menor; referencia, a mi juicio, muy oportuna, cuando en el ejercicio de funciones propias de la patria potestad entran terceros no progenitores, como en el caso que nos ocupa.

(13) Si bien no el más remoto. Vid. *infra*, pág. 6, n. 22.

(14) Elaborado, tal y como preveía la Ley de Bases del Código Civil español, tras su promulgación, por los juristas aragoneses que formaron comisiones que redactaron Proyectos completos: el de 1899 —Proyecto de Código Civil de Aragón—, en la comisión nombrada por la Diputación de Zaragoza y presidida por Mariano Ripollés, y el de 1904, en la comisión presidida por Gil Berges y que fue publicado bajo el título *Proyecto de Ley en el cual se contienen como Apéndice del Código Civil general las instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar en concepto de excepción del mismo Código para el territorio de Aragón*. En 1925, el Gobierno de España promulga el *Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón*, texto en el que intervino Marcelino Isabal y que aun procediendo del Proyecto de 1904 contiene, como apunta CASTÁN Y TOBEÑAS, importantes diferencias de forma, extensión y contenido. El descontento con el texto final se manifiesta muy rápidamente y los juristas aragoneses proponen de inmediato su reforma. Finalmente, en 1935, el Gobierno nombra una nueva Comisión de juristas aragoneses que empezó a trabajar para la reforma del Apéndice y que aprobó una «Ponencia preparatoria» de gran importancia tras la guerra en el proceso de elaboración de la Compilación. Vid., al respecto, CASTÁN Y TOBEÑAS, *Derecho Civil Foral*, 2.^a ed., Madrid, 1932, págs. 22 y 26-29; y más recientemente, DELGADO ECHEVERRÍA, «La recupe-

que antecede a la Compilación del Derecho Civil de Aragón aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril, que supuso, en su día, una renovación sustancial de este derecho. Como apunta la doctrina, la excelente calidad técnica de la Compilación contribuyó a su prestigio y a su aplicación habitual, y sus normas han estado vigentes sin modificación hasta 1978 y, luego, con las modificaciones precisas para adaptar ésta al marco constitucional, a través de la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón (15), mantenida casi íntegramente hasta las reformas de 1999 (16). La actividad legislativa en materia civil, posterior de las Cortes de Aragón, ha sido muy productiva (17), para culminar el proceso en la nueva *Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona* (18), lo que nos permite, a día de hoy, y como veremos, muy especialmente en el tema que nos ocupa, esto es, las relaciones entre padrastros e hijastros, confirmar la existencia de un proceso de desarrollo y profundización de las normas contenidas en la originaria de legislación de principios del siglo pasado.

En lo que respecta al régimen jurídico de los llamados *stepparents*, padrastros y madrastras, podemos anticipar que el Derecho Foral aragonés, en una manifestación más de su carácter moderno y libre (19), reconoce a estos una especial posición jurídica ya en el Apéndice Foral de 1925, y que ésta sufre un proceso de asentamiento y de caracterización jurídica desarrollado en tres fases: la primera, en la Compilación de 1967; la segunda, en la citada Ley de 21 de mayo de 1985, y la tercera y última, a través de la última regulación, la más completa de todas, contenida en la Ley de Derecho de personas de finales de 2006. Por todo ello es imprescindible insistir, antes

ración del Derecho Civil de Aragón», en *Aragón, veinte años de Estatuto de Autonomía, 1982-2002*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2002, pág. 175 y sigs.

(15) BOA, núm. 39, de 23 de mayo de 1985; BOE, núm. 161, de 6 de julio de 1985.

(16) La Comunidad Autónoma de Aragón asumió la competencia legislativa otorgada por la Constitución (art. 149-1-8.^a) para la *conservación, modificación y desarrollo* de su Derecho Civil propio, en su Estatuto de Autonomía de 1982 y las Cortes de Aragón, por la citada Ley de 21 de mayo de 1985, incorporaron al Ordenamiento Jurídico aragonés el texto de la Compilación de 1967, modificándolo en aquello que era necesario en atención a los principios constitucionales. El texto de la Compilación de 1967, con las modificaciones que la misma ley establece, *se adopta e integra en el Ordenamiento Jurídico aragonés*, es decir, no opera ya como ley estatal, sino como ley aragonesa.

(17) Ley 1/1999, de 24 de febrero, *de sucesiones por causa de muerte* (BOA, núm. 26, de 4 de marzo de 1999; BOE, núm. 72, de 25 de marzo de 1999); Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a *parejas estables no casadas* (BOA, núm. 39, de 6 de abril de 1999; BOE, núm. 95, de 21 de abril de 1999); Ley 2/2003, de 12 de febrero, *de régimen económico-matrimonial y viudedad* (BOA, núm. 22, de 24 de febrero de 2003; BOE, núm. 62, de 13 de marzo de 2003).

(18) BOA, núm. 149, de 30 de diciembre de 2006; BOE, núm. 23, de 26 de enero de 2007.

(19) Carácter anunciado ya desde muy antiguo. Vid., por todos, COSTA, *La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*, págs. 35-70, Madrid, 1883.

de adentrarme en el análisis concreto de la evolución y desarrollo de dicha función, en que estamos ante la única regulación existente en el territorio español a lo largo de muchos años y hasta el día de hoy sobre dicha materia. Ya RAMOS (20) advertía, hace más de un siglo, al hablar del Derecho aragonés, de lo admirable de dicha legislación, formada, según el autor, por diminutas colecciones legales que contienen disposiciones jurídicas que ya en ese momento —finales del siglo XIX— se miraban como concesiones del progreso y disposiciones modernas.

2. LOS ORÍGENES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA: EL ARTÍCULO 2 DE LA COMPILACIÓN FORAL DE 1925

El punto de partida de cualquier reflexión sobre el tema que nos ocupa, sin duda alguna, está en la peculiar fisonomía de la familia aragonesa que se sustenta, desde sus orígenes, en los conceptos de libertad civil, de independencia de sus miembros, así como en la igualdad (21). En este sentido apuntar que, frente a la clásica concepción de la patria potestad (22), apare-

(20) «Capacidad de los menores para contratar y obligarse», en *Legislaciones Forales. Estudios sobre Derecho Civil*, 2.^a parte, Madrid, 1892, pág. 17 y sigs.

(21) Vid., al respecto, por todos, MARTÍN-BALLESTERO, «El Derecho de Familia en Aragón (según la Compilación de 8 de abril de 1967)», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LVII, 1968, págs. 588-602.

(22) Si bien no es momento ahora de entrar en un estudio detallado de la misma, simplemente recordar que una famosa Observancia, la 2.^a, *Ne pater vel mater pro filio teneatur*, lib. II, de Justicia, Martín Díaz Daux indicaba que *Item de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*, es decir, se ha dicho que en Aragón, «por costumbre del Reino, no conocemos la patria potestad» y ésta ha sido desde siempre, para algunos, una nota absolutamente original de este Derecho Foral, aunque, para otros, una simple precisión terminológica de escasa trascendencia práctica, pero, eso sí, políticamente correcta. Desde hace tiempo, sin embargo, se ha interpretado el significado propio de aquella Observancia en el sentido de que en Aragón no se ha practicado nunca la patria potestad al modo romano, es decir, aquella que convertía al *paterfamilias*, en un primer momento, en la única persona en sentido jurídico de todo el grupo familiar bajo cuyo poder absoluto estaban la mujer, los hijos y los esclavos, lo mismo que los objetos inanimados de su patrimonio. Hubo en Aragón, como en Francia, una clara reacción contra la patria potestad romana, a pesar de que, como apunta la doctrina, la patria potestad ha sido consagrada antes por la naturaleza que por la ley. A lo que hay que sumar el que es equiparable a la de Derecho Común español en los términos en que se manifiesta, más adelante, la Resolución de 4 de febrero de 1888, de la Dirección General de Registros. Es cierto que la *potestas* del *paterfamilias* romano, por lo que a los hijos se refiere, y también a la mujer, evolucionó desde sus inicios y, de poder absoluto que incluía el *ius vitae necisque*, pasó a ser una potestad de función protectora: de derecho del *pater* a deber del mismo. Con todo, si bien nunca se superó la limitación de su atribución al *pater*, si se fue limitando la amplitud de poderes del padre sobre los bienes adquiridos por los hijos a través del desarrollo y evolución de los peculios. Vid., por todos, GARCÍA-ATANCE ALVIRA, «*De consuetudine regni non habemus patriam potestatem*», en *ADA*, VI, 1951-52, págs. 156-172;

ce el concepto de Autoridad paterna (23), actual Autoridad familiar, que si bien tiene, como la patria potestad, un doble componente personal y patrimonial, sólo el primero de ellos, el personal, aparece directamente ligado a la autoridad familiar, lo que posibilita, en definitiva, que ambos puedan ejercerse por personas distintas (24). Dicho esto, como matizó en su día SÁNCHEZ ROMÁN (25): «*de ningún modo significa que carezcan los padres de poder jurídico, directivo y de representación respecto de sus hijos, y de la necesaria autoridad para mantener el orden familiar*», y más tarde, MERINO HERNÁNDEZ (26): «*llámese como se quiera, lo cierto es que ésta es una institución ética, fundada en la naturaleza humana, y cuyo contenido sustantivo no puede variar de forma importante entre unos y otros sistemas de Derecho*».

Volviendo al tema que nos ocupa, una incipiente regulación jurídica de la situación del cónyuge (27), que no pareja de hecho, no progenitor, la hallamos en el artículo 2 del Apéndice Foral de 1925 (28), en el que se

CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad en los Derechos Forales*, Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, año XIV, núm. 54, Zaragoza, 1974, págs. 53-66; DELGADO ECHEVERRÍA, «Estudio preliminar y comentario a los artículos 9.º a 14.º», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón (DGA)*, Zaragoza, 1988, págs. 405-411; MOTIS DOLADER, *Consuetudine regni non habemus patriam potestatem: un supuesto de tutela y curatela en la judería de Daroca en el s. XV*, IUS FUGIT, vol. I, 1992, Zaragoza, págs. 89-123; MERINO HERNÁNDEZ, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo», en *RDP*, tomo XXXIII, vol. I, pág. 116; NAVARRO VIÑALS, *Legislación de Derecho Civil de Aragón*, Barcelona, 2008, pág. 52.

(23) Por ser este un término, según la doctrina, más adecuado y suave que el romano de patria potestad. Vid., al respecto, VIDIELLA Y JASSA, *Estudios de Derecho aragonés, La capacidad jurídica restringida por la edad. Suplementos de la incapacidad y privilegios de los incapaces*, Zaragoza, 1903, págs. 44-56; RAMOS, *Capacidad de los menores*, cit., págs. 135-145.

(24) Parece ser que lo mismo que ocurre, entre otros Derechos medievales, en el francés de costumbres donde se consagra la máxima «*Droit de puissance paternelle n'a lieu*».

(25) En *Estudios de Derecho Civil*, tomo V, 2.ª ed., vol. 2.º, *Derecho de Familia*, Madrid, 1898, págs. 1569 y 1580. Continúa el autor apuntando la obligación del padrastro de prestar alimentos sin derecho alguno a repetir lo gastado con este motivo incluyendo en la palabra hijastros a los hijos bastardos o naturales, así como la del cónyuge supérstite respecto de los hijos del difunto.

(26) En *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 117 y 133.

(27) Si bien hay que tener en cuenta, como advierte GARCÍA-CANTERO, «El derecho de la persona en la Compilación Aragonesa», en el *Libro Homenaje a Jesús López Mendel*, tomo I, Madrid, 1999, pág. 330, que en el Derecho aragonés histórico ya hay precedentes en el Fuero 3.º, *De tutoribus*, y en el Fuero 2.º, *De alimentis*, de autoridad familiar ejercida por personas distintas a los padres, en concreto, abuelos y abuelas, padrastrós y madrastras.

(28) Que tiene como precedentes: el Proyecto de Código Civil de Aragón editado por una comisión de la Diputación de Zaragoza en 1988 y que se conoce con el nombre de proyecto Ripollés; los proyectos de Apéndice de Franco y López, de 1899; el proyecto de Gil Berges, de 1904; y el proyecto Pinies. Dicho lo cual, se puede decir que proviene del

establece lo siguiente: «La autoridad paterna mientras tanto que no se extinga legalmente, con respecto a las personas de los hijos menores de edad, a quienes el Código denomina también hijos no emancipados, en cuanto les sea favorable, se ejercerá guardando las siguientes reglas: 1.^a) No se podrá separar a los hijos e hijastros de la compañía del cónyuge supérstite, aunque pase a otro matrimonio, mientras haga efectiva la obligación legal de alimentarlos, a menos que exista para la separación motivo de moralidad o de mal tratamiento (29). 2.^a) No existiendo estos motivos, el padre o madre viudo retendrá a su lado a sus hijos, siquiera haya habido lugar a proveerlos de tutor (30)».

La regla primera de dicho artículo contemplaba ya el supuesto objeto de nuestro estudio, al citar, junto al caso de los hijos, el de los hijastros, y sometiendo ambos a la misma regulación. Así, para el caso de fallecimiento del cónyuge progenitor, y sólo en este caso, la norma prevé expresamente la posibilidad de que el hijastro continúe en la compañía de su padrastro o madrastra, sin más límites que el cumplimiento por éste del deber de prestar alimentos, y el de que no exista motivo de moralidad o maltratamiento para la separación. Se trata, a mi juicio, de una incipiente regulación que lo que hace, principalmente, es empezar a considerar a los padrastros como parte integrante de un núcleo familiar, presuponiendo, en vida del cónyuge progenitor, una convivencia y alimentos a favor de los hijastros, y perpetuando, de forma natural, ambas, para el caso de fallecimiento de éste. De lo cual

Proyecto de Apéndice publicado en 1904 por la Comisión Foral Aragonesa reunida en virtud del Real Decreto de 24 de abril de 1899. Vid. sobre éste, entre otros, el interesante trabajo de JUNCOSA MOLINS, *La codificación del Derecho Foral aragonés. Observaciones al Proyecto de apéndice al Código Civil publicado en 1904 por la Comisión Foral aragonesa reunida en virtud del Real Decreto de 24 de abril de 1889*, 1909, Zaragoza, págs. 5-20 y 29-35. Y, sobre el Apéndice y los trabajos citados por MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, *Introducción a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, cit., pág. 654, n. 11.

(29) Fórmula que se repite, esta vez *a sensu contrario*, en el artículo 12.3.^a del Apéndice: «Las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa del padre o de la madre, en cuya compañía vivan, más que con licencia de los mismos, salvo cuando sea para tomar estado de matrimonio o profesión religiosa, cuando los citados padre o madre hayan contraído ulteriores nupcias, o cuando para la separación ellos den motivo de moralidad o de mal tratamiento». Vid., al respecto, ALONSO Y LAMBÁN, «Un punto de vista sobre el § 3.º del artículo 12 del Cuaderno Foral de la Ley de 20 de diciembre de 1952», en *ADA*, VI, 1951-52, págs. 490-491.

(30) Precepto tachado, en su día, por CASTÁN Y TOBEÑAS, *Derecho Civil Foral*, cit., pág. 37, de «bien intencionado», pero que podía conducir, en lo que respecta a los hijos, «a consecuencias poco aceptables, ilógicas e incluso poco prácticas», al pretender conjugar la tradición foral con el sistema del Código Civil y posibilitando *in fine* que el hijo, cuya madre viuda se casa nuevamente, pueda permanecer en la compañía de ésta, pero sometido a un tutor. A no ser, como apuntó en su momento RIVERA ITURBE, «Sobre la vigencia en Aragón del artículo 168 del Código Civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VIII, Madrid, 1944, págs. 432-435, que el padre hubiese dispuesto por testamento lo contrario.

se deduce que el legislador no contempla, en esos primeros momentos, ni la posibilidad de delegar la autoridad paterna en la figura del padrastro o madrastra —en caso de fallecimiento del progenitor—, ni la de participar en la misma —constante matrimonio, esto es, en vida del progenitor— sino simplemente, y en busca, sin duda, del mejor interés del menor y de la familia, de la continuidad de una convivencia familiar.

Esto supuso, en su día, como apunta ALBALATE (31), un cierto, aunque no exagerado, alboroto en el ámbito jurídico, como muestran las palabras de AZPEITIA, quien llegó incluso a afirmar que era una enormidad jurídica de tal índole que «ha de excitar, juntamente con la protesta, la hilaridad de quien medite sobre lo que esto significa». Otros juristas tacharon dichas declaraciones de exageradas y entraron en las razones de índole práctica que podían argumentarse a favor de la conveniencia de sustituir la figura del abuelo por la de la madrastra o padrastro. En los casos contemplados por esta primera regla, como apunta PALA MEDIANO (32), hay que partir del supuesto de que los hijastros se hallan sometidos a la tutela y que no se trata de conferir la autoridad familiar sino de conceder al padrastro o madrastra la facultad de cumplir con la obligación alimenticia, tal y como estaba establecida en el artículo 149 del Código Civil, teniendo en cuenta que dicha obligación legal resultaba para el padrastro o la madrastra de lo establecido en el artículo 72 del Apéndice (33). En síntesis, y respecto de lo que nos interesa, la doctrina está de acuerdo al afirmar que el Apéndice ya establece relaciones familiares con los hijastros (34). Sin embargo, otros temas preocupaban más en esos momentos, y muestra de ello es que la norma no sólo se mantuvo en el mencionado Apéndice sino que, como veremos, se trasladó a la Compilación de 1967 en la que ya se introduce de pleno el actual término Autoridad Familiar.

(31) «Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes legítimos», en *Homenaje a la Memoria de don Juan Moneva*, Zaragoza, 1954, págs. 273-274.

(32) «Sobre las relaciones personales entre ascendientes y descendientes», en *ADA*, III, 1946, págs. 338-339.

(33) «Satisfará los alimentos que sean legalmente debidos. En tal concepto deberá señalarlos, arregladamente al haber y poder de la casa, a los hijos comunes y a los del finado no desheredados expresamente que carezcan de medios de subsistencia...». El último párrafo viene a sustituir la imposible aplicación del entonces artículo 171 del Código Civil (privación o suspensión de la patria potestad). Y parece ser que fue este supuesto, el de los padrastrros, el que inclinó al legislador a incluir el término «legal», que no aparecía en el proyecto de 1924, innecesario para el caso de los padres progenitores. Todo lo cual, como apunta DELGADO ECHEVERRÍA, «Relaciones entre ascendientes y descendientes», en *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés*, Jaca, 1985, pág. 55, procedía del fuero 2.º, *De alimentis* (Zaragoza, 1398), ya que entiende el autor que lo dispuesto sobre los alimentos de los hijos comunes debe extenderse también a los que sólo lo son del premuerto.

(34) SAPENA TOMÁS, «Inaplicabilidad en Aragón del artículo 168 del Código Civil», en *ADA*, VI, 1951-52, pág. 278.

3. LA COMPILACIÓN DE 1967: LA AUTORIDAD FAMILIAR CONJUNTA Y LA AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS

La Compilación de Derecho Civil de Aragón, de 8 de abril de 1967, que procede del Anteproyecto de 1966 de la Comisión General de Codificación (35), recogió con cuidado el espíritu del antiguo Derecho aragonés, plasmandolo, como veremos también, en cuanto al tema que nos ocupa, en modernas fórmulas, de notable asunción de los criterios y valores de la sociedad del momento y, sin ser entonces conscientes de su repercusión posterior, y de su adecuación a las necesidades sociales de nuestro actual siglo XXI (36). Una muestra de ello la tenemos en el establecimiento, como regla general, de la autoridad familiar conjunta (37), respecto de la cual, en palabras de MERINO HERNÁNDEZ (38): «*el Derecho aragonés se adelantó en siglos a las más modernas legislaciones occidentales*»; también, en el cambio de denominación, «autoridad familiar» que no paterna, denominación que, por razones obvias, pone el acento en la familia antes que en la figura del padre.

Así, el Título II del Libro II —Derecho de la Persona y de la Familia— que lleva por título: *De las Relaciones entre Ascendientes y Descendientes*, comienza con el capítulo I: *De las Relaciones Personales*, con dos subtítulos concretos y tremendamente representativos: *Deber de crianza y autoridad familiar en los padres* y *Autoridad familiar de otras personas*. En su articu-

(35) Al que preceden, un Anteproyecto elaborado en 1961 por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses; otros dos Anteproyectos de la misma Comisión, de 1962 y 1963; y un Anteproyecto en 1965 de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación. La Compilación, a su vez, es consecuencia directa del exitoso Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza, de octubre de 1946, y supone, por tanto, un largo proceso de más de veinte años. Vid., al respecto, por todos, MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, «Introducción a la Compilación de Derecho Civil de Aragón», en *ADC*, tomo XX, Madrid, 1967, págs. 651-673.

(36) La ordenación de la relación paterno-filial en ella recogida responde, además de a la tradición histórica, como apunta PALA MEDIANO, en *La promoción de la mujer casada...*, cit., pág. 416, a la recomendación del Consejo Económico y Social de la ONU, de 3 de agosto de 1955, para que los miembros tomen las medidas necesarias para asegurar entre los padres la igualdad de derechos que ejercen y los deberes que les incumben frente a los hijos.

(37) Que parece que proviene del Fuero de Teruel, del año 1176, que concede a ambos padres la autoridad paterna: *Quod filii sint in potestate parentum*. Como apunta acertadamente GARCÍA-ATANCE ALVIRA, en *De consuetudine regni...*, cit., pág. 158, dentro de este periodo hay que distinguir entre el régimen general o común de Aragón y la legislación en la familia de fueros Cuenca-Teruel, en los que se establece la potestad conjunta y solidaria de los padres. También es contemplada expresamente en el Fuero de 1564 y el de 1585. Vid. interesante resumen sobre la evolución histórica de la titularidad de la autoridad en el *Informe sobre «relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes»*, realizado por la Comisión Compiladora del Derecho Foral aragonés, Zaragoza, 1954, págs. 177-182.

(38) *Comentarios a la Compilación*, cit., pág. 118. Idea que ya había sido puesta de manifiesto un siglo antes por otros autores como RAMOS, en *Capacidad de los menores*, cit., pág. 139.

lado se establece lo siguiente: «El deber de crianza y educación de los hijos menores, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a sus padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales y familiares. En caso de divergencia en el ejercicio de dicha autoridad, decidirá el padre (39)» [art. 9 (40)]; «Fallecidos los padres, o cuando éstos fueren privados judicialmente de la autoridad familiar o de su ejercicio, o de hecho no atiendan a sus hijos menores, los abuelos, por el orden señalado por el Código Civil para la tutela legítima, podrán tenerlos consigo y criarlos, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad (41). 2. Fallecido un cónyuge bínubo, el sobreviviente podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquél y encargarse de su crianza y educación. Sólo por motivos de moralidad, mal trato o incumplimiento de dicha función podrán ser separados de él (42)» [art. 10 (43)].

A mi juicio, la nueva regulación insertada en la Compilación, sin cambios aparentemente relevantes, consolida, respecto de las relaciones padrastros-hijastros, la ya establecida en el Apéndice Foral de 1925, a la vez que la suaviza y naturaliza, evitando, entiendo de forma intencionada, usar el término padrastro o madrastra, cuyo matiz peyorativo es, sin duda alguna, una realidad anclada históricamente en la sociedad. Además, posiciona al cónyuge no progenitor en una situación familiar privilegiada, al considerarlos de forma expresa junto con los abuelos (art. 10.1) para el caso del fallecimiento del cónyuge no progenitor (art. 10.2), si bien, con un matiz jurídicamente relevante: los abuelos adquieren, *ex lege*, y de forma voluntaria, la autoridad familiar sobre los nietos (44), incluso en vida de los padres y para los supuestos recogidos por la norma; en cambio los padrastros, sin adquirir dicha

(39) Vid., al respecto, por todos, PALA MEDIANO, «La promoción de la mujer casada en la compilación aragonesa y en el Derecho Comparado», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, págs. 293-417.

(40) Sobre dicho artículo, vid. interesantes comentarios recogidos en el *Informe sobre «relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes»*, cit., págs. 228-232.

(41) En este caso concreto conviene matizar que de la letra de la norma se desprende, por un lado, que no se precisa siempre declaración judicial que manifieste la falta de ejercicio de dicha función, basta, en vida de los padres, que estos no ejerzan de hecho dicha autoridad, y por otro, que no se señala tampoco la necesidad de realizar declaración expresa por parte de los abuelos. El texto habla de asumir la autoridad, lo que coloca a los abuelos en la misma posición jurídica que tenían los padres, pudiendo, *in fine*, también asumir la gestión del patrimonio de los menores.

(42) A lo cual matiza DELGADO ECHEVERRÍA, en *Relaciones entre ascendientes y descendientes*, cit., pág. 55, que esta autoridad familiar sólo podía recaer sobre los hijos matrimoniales del cónyuge premuerto, no sobre los extramatrimoniales.

(43) Vid. comentarios al mismo en el *Informe sobre «relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes»*, cit., págs. 235-236.

(44) Que parece, como indica LACRUZ en *Derecho de Familia*, II, 3.^a ed., Barcelona, 1978, pág. 172, n. 5, que en el supuesto de desatención fáctica no sería necesaria resolución judicial alguna.

función, pueden encargarse de la misma en todo lo relativo a la esfera personal —educación y crianza—, es decir, se les autoriza el ejercicio de hecho de dicha función, generando, *in fine*, una delegación o extensión —en palabras de LACRUZ (45)— legal y abierta de la misma a favor de los padrastros. Además, no se hace referencia a la tutela, por lo que debe entenderse que en estos casos son los abuelos los que adquieren la autoridad familiar, y los padrastros, el ejercicio de hecho de la misma.

En síntesis, el legislador aragonés, con una fórmula aparentemente continuista respecto de la anterior de 1925, entiendo que consigue avanzar un paso más en el posicionamiento de los padrastros en el marco de la familia, al regularlos junto a los abuelos, y por ello, acercándolos, sin serlo, a los parientes de sangre del menor. Así, la convivencia e interés del menor (46) van a lograr que se produzca un progresivo e interesante acercamiento entre el tratamiento jurídico de los parientes consanguíneos más cercanos en grado, y los parientes por afinidad. Se trata de un acercamiento que, sin duda alguna, va a ir abriendo el camino hacia una posterior participación y ejercicio de la autoridad familiar de los padrastros (47).

4. NOVEDADES DE LA LEY DE CORTES DE ARAGÓN, DE 16 DE MAYO DE 1985: LA PARTICIPACIÓN DEL PADRASTRO EN LA AUTORIDAD FAMILIAR CONSTANTE MATRIMONIO Y LA AUTORIDAD FAMILIAR SOBRE LOS HIJASTROS TRAS EL FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE PROGENITOR

La reforma de la Compilación de Derecho Civil de Aragón por Ley de las Cortes de Aragón, de 16 de mayo de 1985, conservó —como no podía ser

(45) *Derecho de Familia...*, cit., pág. 178.

(46) Vid., por todos, RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2.^a ed., Madrid, 2007, pág. 329.

(47) En cuanto al contenido de la autoridad familiar parece que el legislador está indirectamente aludiendo, como contenido habitual de la misma, a la crianza y educación de los menores. Sin duda alguna, la autoridad familiar se refiere sólo a la persona del menor, no a sus bienes, cuestión esta que viene regulada de forma separada en los capítulos II y III de este mismo título, si bien se hace preciso apuntar que de nuevo el legislador atribuye dicha función al padre o a la madre y que incluso, para el caso de los menores de catorce años, hace referencia expresa a los padres que tengan la autoridad parental. Artículo 12.1. *El padre y, en su defecto, la madre, tendrán la administración de los bienes del menor, excepto la de aquellos para los cuales haya ordenado otra cosa quien se los transmitió por título lucrativo.* Artículo 14.1. *La representación legal del hijo menor de catorce años incumbe al padre o madre que tenga la autoridad familiar, salvo lo dispuesto en los artículos anteriores.* Pero en síntesis, y aunque se regulen en capítulos separados, y por tanto exista una evidente separación formal, hay que tener presente lo siguiente: la administración y disposición de los bienes de los menores, si bien corresponde, en primer término, a quienes ejercen la autoridad familiar, puede *ex lege*, ser atribuida a terceras personas distintas de los padres.

menos— los rasgos peculiares de esa tradición histórica sobre las relaciones entre padres e hijos, centrados en la sustitución de la patria potestad romana por la configuración de una autoridad familiar compartida por los padres, y que tiene como único objetivo la protección del menor. Dicho esto, introdujo modificaciones de notable alcance en los artículos 9 a 14 de la Compilación, buena parte de las cuales obedecían a razones de adaptación constitucional, para adecuar la norma aragonesa a los principios de no discriminación por razón de filiación y de igualdad entre varón y mujer (48), principios, por todos conocidos (49).

En términos generales debemos apuntar la evidente evolución que con esta reforma se produce en el ámbito de la autoridad familiar, pero sobre todo en la regulación jurídica de las relaciones entre los padrastrós e hijastros, y que se concreta en los siguientes aspectos:

1. Deber de crianza y autoridad familiar de los padres (art. 9) (50): que viene desarrollado en estos momentos en tres párrafos, cuyas novedades se materializan en los dos nuevos párrafos que el legislador añade al contenido del anterior artículo 9. Respecto del primero de ellos —art. 9.2— apuntar que en él se exponen las opciones de que disponen los padres en caso de divergencias en el ejercicio concreto de la autoridad familiar. Baste destacar en

(48) También en los artículos 12 (administración de los bienes de los hijos) y 14 (representación de los menores de catorce años) se tuvo en cuenta el principio de igualdad, que no encuentra ninguna limitación en la ley aragonesa. Surgió la cuestión del ejercicio conjunto o separado de la autoridad, es decir, cuándo es preciso que el padre y la madre actúen ambos en un asunto, y cuándo es válida la actuación de uno solo de ellos. El criterio básico fue el de los usos sociales y familiares, teniendo siempre presente el principio de igualdad, criterio al que se añadió el de lo lícitamente pactado al respecto entre los progenitores: todos ellos, tanto respecto de padres casados entre sí, como en otro caso, vivan juntos o separados.

(49) Y en este sentido se manifiesta el representante de la Comisión de Derecho Civil que elabora el dictamen, don Jose Luis Merino, en la Sesión de Cortes que tiene por objetivo el debate y votación de dicho Dictamen cuando en su exposición alude al proceso de elaboración de la ley y el objetivo último de adaptación de las instituciones forales aragonesas a la Constitución Española, retocando para ello las instituciones que estaban algo desfasadas o las que estaban planteando serios problemas jurídicos en la vida ordinaria del derecho. Vid., al respecto, *Las Cortes de Aragón: Diario de Sesiones. Debate y votación del dictamen de la Comisión de Derecho Civil relativo al Proyecto de Ley sobre Compilación de Derecho Civil de Aragón*, en <http://bases.cortesaragon.es>

(50) Artículo 9.1. «El deber de crianza y educación de los hijos menores, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a los padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares o lo lícitamente pactado al respecto». Es decir, se explicita la posibilidad de que los cónyuges pacten, por ejemplo, en capitulaciones matrimoniales, el modo de ejercer la autoridad sobre sus hijos. Pacto, eso sí, que parece revocable por voluntad de uno sólo de ellos. Artículo 9.2. «En caso de divergencia entre los padres en el ejercicio de la autoridad familiar, decidirá la Junta de Parientes o el Juez de Primera Instancia del domicilio familiar, a elección de aquéllos. A falta de acuerdo entre los padres para designar el órgano dirimente, decidirá siempre el Juez».

este sentido, por motivos obvios ya mencionados, la supresión a la exclusiva voluntad del padre recogida como fórmula única en la anterior compilación de 1967, que viene sustituida por la posibilidad en esos casos de acudir, por acuerdo de los padres, a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia, y a falta de acuerdo, traslada la decisión al Juez (51).

2. El reconocimiento expreso de la participación de los padrastrós y madrastras en el ejercicio de la autoridad familiar constante matrimonio, y por tanto, no sólo para el caso de fallecimiento del cónyuge progenitor: «*Cuando el hijo de uno solo de los cónyuges conviva en la casa, el cónyuge del progenitor participará en el ejercicio de la autoridad familiar que corresponda a éste, si así se lo pide. No obstante, el hijo podrá pedir a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia que se le exonere de la autoridad del cónyuge de su progenitor, concurriendo justa causa* (52)» (art. 9.3).

La inclusión de este último párrafo del artículo 9 constituye un auténtico hito histórico y, a mi juicio, pone de manifiesto, ya en el año 1985, la necesidad social existente en el ámbito familiar de empezar, y subrayo empezar (53), a regular la entonces llamada «participación» que se da a los nuevos integrantes, en concreto a los padrastrós o madrastras (54).

En este sentido cabe destacar que, en el debate parlamentario surgido en las Cortes de Aragón en la sesión dedicada a la votación del Proyecto de Ley, vieron la luz interesantes argumentos de los distintos grupos políticos sobre los complejos temas de fondo subyacentes y debatidos a raíz de la incorporación de este novedoso párrafo, temas no todos resueltos en ese momento, y sin duda de forma consciente (55), por la nueva normativa pro-

(51) También resulta interesante poner de relieve la expresión «conjunta o separadamente» que, como indica el propio MERINO HERNÁNDEZ en *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 120, permite a los progenitores un reparto en el ejercicio efectivo de su autoridad, que puede tener un contenido, tanto temporal como funcional, y por tanto, respecto de la primera, posibilita una distribución en distintos períodos de tiempo, supuesta la existencia, por ejemplo, de domicilios diferentes. Todo lo cual, a mi juicio, enlaza con el fundamento de la actual guarda y custodia compartida.

(52) Justa causa que, como indica MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIII, vol. 1, Madrid, 2000, pág. 188, será de libre apreciación por parte de la autoridad judicial.

(53) En este sentido se manifiesta el redactor del dictamen, MERINO HERNÁNDEZ, cuando advirtiendo su sorpresa por el debate sobre este nuevo párrafo, señala expresamente que se quiso hacer «*una cosa muy sencilla, muy simple, muy práctica sobre todo, que es, bueno, para los supuestos de matrimonios cuando uno de los cónyuges tiene hijos propios que no son del otro cónyuge, bueno, en términos vulgares hablemos de padrastrós y madrastras*».

(54) Y de hecho así se concibe por los autores de la época. Vid., por todos, las actas de la primera de las ponencias del 1.^{er} Congreso de la Abogacía Aragonesa celebrado en Jaca el 22 y 23 de septiembre de 1983, recogida en el *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, núm. 91-92, 183-1984, págs. 50-51, y que lleva por título *Derecho Foral de Aragón: Su adecuación a la Constitución, su mantenimiento y vigencia*.

(55) Así las palabras del diputado MERINO HERNÁNDEZ en respuesta a la enmienda propuesta por el Grupo Popular y recogida en el Diario de Sesiones de las Cortes: «¿Cuál

puesta (56). Pero no sólo eso, sino que todos coincidieron en el objeto último de la novedosa regulación: «*conseguir el mantenimiento del orden de convivencia interna de la casa*», «*mantener la paz del hogar*», «*salvaguardar el debido orden, el buen orden en el propio domicilio, en la propia familia*», esto es, y tal y como comentaba al inicio del trabajo: conseguir un determinado orden en el nuevo modelo familiar surgido. Parece ser que esta era y sigue siendo la finalidad última de la necesaria regulación y que ya existía conciencia social del rol de esa nueva persona en la familia, así como de su relación con los hijos menores del cónyuge (57).

De este párrafo tercero, según el cual, cuando el hijo —menor o mayor de edad declarado incapacitado— de uno solo de los cónyuges que conviva en la casa, por fallecimiento del otro progenitor y nuevo matrimonio del supérstite, por ejemplo, pero también en los demás casos imaginables a consecuencia de divorcio, separación o ausencia, o incluso respecto de hijos extramatrimoniales, destacar la novedad de que el cónyuge del progenitor, o si se quiere, el cónyuge no progenitor, participará en el ejercicio de la autoridad familiar, *si así se lo pide* (58). De esta frase final, *si así se lo pide*, hay que entender, como indica la doctrina, que debe ser el cónyuge no progenitor el que solicite al otro su participación en la autoridad familiar, sin que se contemple, eso sí, la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de dicha

es la naturaleza de esto? Pues no lo sé, juristas vendrán que lo explicarán después, intérpretes, o a lo mejor es tan complicado a la postre explicar qué es esto de participar en la autoridad familiar del otro, pues como difícil es explicar el misterio de la Santísima Trinidad, la misma esencia con distinta naturaleza, no lo se».

(56) Por un lado, la ampliación del supuesto de hecho, esto es, el nuevo modelo familiar, a los supuestos de separación y divorcio, y por lo tanto, de la posible coexistencia del otro cónyuge progenitor, la necesidad de encontrar el equilibrio entre esas tres personas, hasta el momento no necesario, puesto que la entrada del cónyuge no progenitor sólo se contemplaba en los supuestos de fallecimiento del progenitor; y por otro, el alcance, tanto jurídico como real, de la llamada «participación del cónyuge del progenitor» en la autoridad familiar de su cónyuge.

(57) En palabras de MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil*, pág. 125: «*La motivación social de la norma viene dada por la conveniencia... de evitar las posibles desuniones familiares como consecuencia de la convivencia de un matrimonio con hijos propios de cada uno de ellos... sin que ambos consortes puedan ejercitar una autoridad familiar unitaria sobre todos los hijos menores, sin distinciones de procedencia. Parece que una buena convivencia familiar exige una unidad de dirección en el seno del hogar, y ésta sólo se puede lograr legalmente si ambos cónyuges tienen iguales derechos y obligaciones sobre todos los menores que convivan en la casa...*». La convivencia es, pues, requisito *sine qua non*, que justifica la existencia de esta nueva norma.

(58) Y fue justamente esta última frase, «si así se lo pide» y la interpretación del reflexivo «se» la que condujo a ciertas confusiones en su interpretación *in fine* a la presentación por parte del grupo popular de la enmienda número 16 dirigida a modificar el apartado tercero del artículo 9, solicitando la supresión del mismo, enmienda que finalmente fue rechazada, fundamentalmente porque de fondo planteaba la constitución de un verdadero derecho a favor del cónyuge no progenitor exigible incluso ante los Tribunales, circunstancia esta, en esos momentos, totalmente inviable.

participación. Estamos ante un sistema voluntarista que no requiere ningún tipo de forma en la aceptación. Por contra, el legislador sí que tiene presente el «interés del menor» desde el momento en que incluye el añadido final (59) en el que posibilita a éste el acudir a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia, para solicitar la no participación del cónyuge no progenitor en la autoridad familiar (60).

Por lo que respecta a la naturaleza de la participación, se hace preciso matizar que el cónyuge no progenitor no ejerce una autoridad propia, sino que «participa» de la de su cónyuge: como si fuera una consecuencia de un «gobierno dual» en todo hogar, al que pueden estar sujetos los menores de edad que allí viven. Esto es, con el término participar se intentó expresar la idea de que el cónyuge no progenitor no adquiriría ninguna autoridad familiar distinta y separada de la de su cónyuge, sino que entra a formar parte de la de éste. Con esta fórmula relativa a una posible naturaleza jurídica de esta figura se evitó, tal y como apunta el propio MERINO HERNÁNDEZ, entrar en el dilema de la existencia, alegada por los juristas más reacios a la norma, de «tres padres» en estos supuestos de hecho (61). Por todo ello, la participación nuevamente se limita a los actos en el ámbito personal, y excluye los relativos a la esfera patrimonial del menor (arts. 12 y 13) —tampoco puede prestar asistencia al menor mayor de catorce años (art. 5.1), ni representarlo (art. 14)— si bien el padrastro o madrastra, como veremos en las siguientes páginas, puede llegar a adquirir la plena autoridad familiar en los supuestos contemplados en el artículo 10, y por consiguiente, todo lo aquí excluido (62). Y en cuanto a su posible

(59) Aceptado por la comisión legislativa y en la ponencia, a propuesta del PAR, entendiendo que se había preterido la opinión de la persona más interesada: el propio menor.

(60) Añadido, a mi juicio, que si bien prioriza, ante cualquier posible situación, el «interés del menor», obvia una posible problemática en su aplicación práctica desde el momento en que no se indica ni la posible edad del menor para ello, ni se tiene en cuenta el desorden que puede generar la misma en una familia en la que algunos de los hijos sí que quieren someterse a dicha participación mientras que otros decidan que no, y sobre todo, en la dificultad de alcanzar el que parece ser objetivo último de la norma: mantener el orden familiar.

(61) *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 125, n. 22.

(62) Como hemos visto en las páginas anteriores, en la regulación de la Compilación de 1967, los abuelos y padrastros podían asumir en determinados casos la autoridad familiar, pero tal autoridad no incluía la administración de los bienes del menor, para la que había de designarse tutor. Ahora tanto los abuelos como «el cónyuge no progenitor del bínubo premuerto», e incluso los hermanos, pueden ver atribuido el ejercicio de la autoridad familiar «con los mismos derechos y obligaciones que correspondían a los padres», señaladamente con la facultad de administrar y disponer de los bienes del menor sin sujetarse a las reglas, cautelas y garantías de la tutela. Esto último, que no estaba previsto en el proyecto del Gobierno y fue introducido por la correspondiente Comisión de las Cortes supone una reforma importante de la tutela al excluir su constitución en muchos casos. Vid., entre otros, ALBALADE GIMÉNEZ, *Relaciones jurídicas entre ascendien-*

duración (63), parece que debe entenderse como una participación revocable en cualquier momento y, a su vez, renunciable (64).

En palabras de MERINO HERNÁNDEZ (65), creador de la norma, ésta fue «*piedra de escándalo para muchos juristas*», si bien la misma tenía ya sus precedentes en el propio Derecho aragonés y venía a confirmar una serie de situaciones fácticas vividas en la práctica, constituyendo —por supuesto en ese momento— el eslabón final de una cadena normativa nada nueva en dicha región. Los hijastros, continúa el autor, eran considerados por el cónyuge no progenitor en un alto grado de igualdad con los hijos propios (66).

3. La atribución de la autoridad familiar al padrastro o madrastra en caso de fallecimiento del cónyuge progenitor: *Artículo 10.1. Fallecidos los padres, o cuando éstos fuesen privados judicialmente de la autoridad familiar o de su ejercicio* (67), *dicha autoridad, y con los mismos derechos y obligaciones que correspondían a los padres, podrá ser ejercida por los abuelos, los hermanos mayores del menor o por el cónyuge no progenitor del bínubo premuerto, salvo previsión en contrario de los mismos padres o de alguno de ellos* (68). *10.2. En caso de fallecimiento de los progenitores, la designación de las personas que vayan a ejercer la autoridad familiar y la forma en que ésta debe prestarse, salvo expresa previsión de los padres* (69), *corresponderá a la Junta de Parientes o, en su defecto, al Juez de Primera Instancia*». *10.3. En el supuesto de privación de la autoridad*

tes y descendientes legítimos, cit., págs. 249-302. LACRUZ, *Derecho de Familia*, II, cit., págs. 163, 171, 178, 188 y 200.

(63) MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 127.

(64) Si bien entiende MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 212-213, que en estos casos se trata de una función irrevocable e irrenunciable, salvo concretas excepciones, como el de la devolución por el organismo pertinente de la autoridad familiar a los progenitores.

(65) *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 124.

(66) Dicho lo cual, tampoco faltaron voces autorizadas que reclamaban cierta limitación y corrección de la norma en su aplicación práctica, entendiendo que con la misma se podía llegar a situaciones singulares por oposición del otro progenitor o por ejercicio múltiple de dicha función, ya que podrían llegar a ser hasta cuatro. Vid. GARCÍA CANTERO, *El derecho de la persona en la Compilación Aragonesa*, cit., pág. 330.

(67) Por sentencia dictada en causa criminal, matrimonial de nulidad, separación o divorcio, o fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en proceso seguido al respecto, como apunta MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 136.

(68) Precepto no exento, por su amplitud, de problemas en la práctica, ya que la mencionada previsión puede ser directa o indirecta, en documento público o privado, es decir, por ejemplo, nombrando un tutor para el menor. Lo cual podría incluso llevar, en la práctica, a un claro conflicto de intereses entre los padres, autorizados por la norma a nombrar de forma individual y resuelto, dicho posible conflicto, en cualquier caso, por la Junta de Parientes o por el Juez.

(69) Fórmula amplia, no exenta de polémica, y con la que se pretendió evitar en su caso el funcionamiento del artículo 10. Vid., por todos, MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 200-202.

familiar o de su ejercicio, dicha designación corresponderá exclusivamente al Juez. 10.4. En ambos supuestos, el Juez, para efectuar la designación, oír a los interesados y atenderá preferentemente (70) al mejor cuidado y atención del menor (71).

Todo lo anteriormente descrito vino a confirmarse con la nueva redacción dada al artículo 10 de la Compilación que, en palabras del propio MERINO HERNÁNDEZ (72), constituyó una de las reformas más importantes de los últimos tiempos en las legislaciones españolas, y la de mayor trascendencia en el texto aragonés. En ella se contempla, en síntesis, la extensión de la autoridad familiar a personas distintas de los padres naturales, incluyendo la norma el supuesto del cónyuge superviviente no progenitor objeto de nuestro estudio.

El proceso de confección de este novedoso artículo 10, desde sus orígenes hasta el redactado final del mismo (73), resulta, a mi juicio, interesante a los efectos del tema que aquí nos ocupa, por lo que nos detenemos brevemente en el mismo. Los primeros trabajos de la Comisión de Juristas de Aragón comienzan en otoño de 1981, siendo redactor de la norma MERINO HERNÁNDEZ, quien en un primer momento pretende, utilizando sus propias palabras, una «extensión subjetiva» de la autoridad familiar, sólo a los abuelos o hermanos mayores (74), norma que fue aceptada sin problema alguno por el resto de sus compañeros de ponencia. La propuesta se elevó a la Comisión de Juristas en su sesión del 7 de noviembre de ese mismo año, centrandose *a priori*

(70) Adverbio que, como acertadamente indica DELGADO ECHEVERRÍA, en *Relaciones entre ascendientes y descendientes*, cit., pág. 58, desvirtúa el principio general de que el bien del menor es el único criterio atendible en el Derecho aragonés respecto de la Autoridad familiar.

(71) Entiende MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 148, que los nombramientos contemplados en este artículo 10 tienen el carácter de irrevocables y que respecto de ella sólo cabe la privación judicial por causas suficientes, así como la excepción que se da en los casos de patria potestad de los progenitores: que si es por privación de la misma a los progenitores se dé *a posteriori* una nueva resolución judicial que devuelva la autoridad parental a los anteriores titulares.

(72) Continúa afirmando, en *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 129, muy acertadamente, que la misma «puede llegar a marcar un hito importante en el Derecho de Familia de los modernos ordenamientos jurídicos, con la que Aragón creo que se ha adelantado en decenios a lo que pueden ser futuras reformas de otros Ordenamientos privados españoles y aun europeos».

(73) Sobre la coexistencia de estas nuevas normas con las del Código Civil, vid., por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, *Estudio preliminar y comentario a los artículos 9.º a 14.º*, cit., págs. 412-414.

(74) Exactamente el redactado del artículo 10 en su primera versión fue el siguiente: «1. Fallecidos los padres, o cuando éstos fueren privados judicialmente de la autoridad familiar o de su ejercicio, dicha autoridad, y con los mismos derechos y obligaciones que a los padres correspondían, podrá ser ejercida por los abuelos o los hermanos mayores del menor. 2. La designación de las personas que vayan a ejercer la autoridad y la forma en que ésta debe prestarse, corresponderá, sin ulterior recurso, a la Junta de Parientes o, en su defecto, a la autoridad judicial».

MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 130, n. 1.

el objetivo de la norma por parte de su redactor en la delimitación del papel de los abuelos del menor huérfano o carente de autoridad familiar de los padres, y surgiendo de la misma una nueva redacción del artículo, bastante discutida en el seno de la comisión, en la que sí que se contemplaba la extensión de la autoridad familiar a abuelos y hermanos, pero limitada a los efectos personales, y en la que se daba entrada al supuesto del fallecimiento de un cónyuge bínubo, estableciendo la posibilidad de que el cónyuge sobreviviente no progenitor del menor pudiese seguir teniendo en su compañía a éste y se pudiese encargar de su crianza y educación. La Comisión Asesora de Derecho Civil dio por buena la labor realizada por la comisión redactora y no entró en el estudio del precepto, por lo que así quedó el artículo 10 en el Proyecto de Ley remitido por la Diputación General de Aragón a las Cortes de Aragón a principios del año 1985. Las modificaciones serían posteriores, en virtud de las múltiples enmiendas propuestas por los distintos grupos parlamentarios (75), siendo el debate en Ponencia uno de los más largos e interesantes de toda la reforma de la Compilación, y que conducirían, eso sí, por vía transaccional, a un nuevo artículo 10, con abstención del PSOE, y que se mantuvo en los siguientes trámites parlamentarios aprobándose finalmente por unanimidad. Los temas de fondo que preocuparon en ese momento, y de ahí los debates y el no acuerdo, en esos momentos fueron principalmente la necesidad, sentida por la mayoría, de extender la autoridad a otras personas a todos los efectos —personales y patrimoniales— (76); el posible conflicto entre abuelos, hermanos y cónyuge supérstite; y la necesidad de dar audiencia al menor en todo caso de extensión de la autoridad familiar.

En síntesis, podemos concluir de todo el proceso que la entrada de la figura del padrastro o madrastra en estos supuestos no generó rechazo en una sociedad en la que dicha práctica se venía realizando, *de facto*, desde hacía ya muchos años.

5. LA ACTUAL REGULACIÓN EN LA LEY 13/2006, DE 27 DE DICIEMBRE, DE DERECHO DE LA PERSONA

La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón (77), que como su Preámbulo indica, es la tercera que de forma sistemá-

(75) Vid., al respecto, MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 131 y 132, no indicadas en texto por no tener relevancia directa con el tema, objeto de este estudio, salvo el matiz referente a la limitación de las funciones a la esfera personal, cuestión esta que fue nuevamente puesta de relieve en el seno de los debates parlamentarios.

(76) Lo cual suponía, *in fine*, impedir en estos casos el funcionamiento de la tutela. Vid., al respecto, MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., págs. 134-136.

(77) BOA, núm. 149, de 30 de diciembre de 2006.

tica desarrolla el Derecho Civil aragonés, dedica el Título II, de las relaciones entre ascendientes y descendientes, y tras contemplar la denominada Autoridad Familiar, en la sección tercera del capítulo II, «Deber de crianza y autoridad familiar», se centra en la Autoridad familiar de otras personas, rezando el artículo 72, bajo el título «Autoridad familiar del padrastro o de la madrastra», lo siguiente:

1. El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. 2. Fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquél y encargarse de su crianza y educación, asumiendo, a tales fines, la correspondiente autoridad familiar.

En términos generales puede afirmarse que, si bien en el Preámbulo de la norma no se especifican cambios relevantes respecto de la legislación anterior, en lo que se refiere a la figura que nos ocupa a nuestro juicio sí que cabe destacar los siguientes:

1. Que la norma restringe, por primera vez, su ámbito de aplicación a los supuestos en que existe un único titular de la autoridad familiar, entendemos ya sea, tanto por fallecimiento del otro, como por la suspensión, privación o extinción de la misma, e incluso, por la inexistencia del otro progenitor. Lo que debe interpretarse, *a sensu contrario*, como que el legislador no contempla —como sí se hacía en la regulación anterior— los supuestos de matrimonio posterior de los progenitores, o de uno sólo de ellos, con autoridad familiar compartida por parte de estos, y que nos hace plantearnos cuál es la razón que *in fine* puede justificar que en estos casos el padrastro o madrastra no deba compartir el ejercicio de estas funciones si el menor convive con ellos.

2. Que la norma reconoce el ejercicio compartido de la autoridad familiar sólo respecto del cónyuge del titular, esto es, limita la aplicación de la norma —esta vez en una muestra de continuidad respecto de la regulación anterior— a los supuestos de matrimonio entre el titular y el tercero conviviente, sin tener en cuenta, por tanto, los supuestos de simple convivencia no matrimonial de las partes, lo que nos lleva nuevamente a cuestionarnos cuál deba ser la razón última que diferencia ambas situaciones familiares y, en definitiva, el porqué no entiende el legislador que el padrastro o la madrastra pueda, en estos casos, asumir también, en interés del menor, el deber de crianza y educación mientras dure la convivencia (78), máxime, si se tiene

(78) Piénsese, por ejemplo, también, en otros supuestos tan habituales de parejas de hecho consolidadas, cuando el otro progenitor ha fallecido, ¿se protege realmente en estos casos el interés del menor?, o por el contrario, ¿la norma está generando claros agravios

en cuenta el reconocimiento social y jurídico que han obtenido las relaciones convivenciales en los últimos tiempos, y más concretamente en Aragón, con la publicación de la *Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas de hecho estables no casadas*.

3. Que el legislador usa la expresión «compartirá el ejercicio», y por tanto entiendo, en una interpretación acorde con los precedentes legislativos existentes, que no llega a atribuirle, en vida de ambos, la titularidad de la autoridad familiar. Quizá hubiese sido el momento oportuno para avanzar en este sentido teniendo en cuenta la clara limitación establecida en el punto 1, es decir, aprovechando que como prerequisite se establece la titularidad única. En definitiva, se trata de una fórmula similar a la empleada por el legislador de 1985 quien usó la frase: «participar en la autoridad familiar», y en este sentido no se separa de la misma, si bien, y a diferencia de ésta, se trata de una atribución automática, tal y como expresamente se indica en el párrafo primero del artículo 75 de la ley, y no prevé, como sí lo hizo el legislador de 1985, la posibilidad de que el hijo solicite la exoneración de tal autoridad, ante lo cual me planteo el papel que juega en este momento el tan necesario «interés del menor», ya que, ¿y si el menor no está de acuerdo en dicho ejercicio compartido, por ejemplo, porque la relación entre ellos no es fluida?, ¿mejorará la misma una imposición *ex lege* de dicho ejercicio sin tener en cuenta, por supuesto en los casos extremos, la voluntad del menor afectado por la misma?, ¿no hubiese sido más coherente con la evolución de la figura en estudio mantener el límite de la norma tal y como estaba establecido en la legislación anterior y, por tanto, dando entrada, en su caso, a la Junta de Parientes o el Juez?, ¿no estamos, con todo ello, retrocediendo en cuanto a reconocimiento de derechos de los menores? En este sentido, también la genérica redacción del párrafo segundo del mencionado artículo puede, a mi juicio, ocasionar en su puesta en práctica, problemas importantes.

4. Que la norma limita al supuesto de fallecimiento del único titular de la autoridad familiar la posibilidad de asumir, por parte del padrastro o madrastra, la correspondiente autoridad familiar, como si de los padres progenitores se tratara, manteniendo para ello la posición privilegiada del padrastro o madrastra respecto de los demás familiares contemplados por la norma y que pueden asumir la autoridad familiar (abuelos, hermanos), y especificándolo, esta vez, de forma expresa en el artículo 75.2, lo cual, a los efectos de lo que aquí nos interesa, supone una nueva manifestación del reconocimiento de su posición en la familia.

comparativos en el tratamiento de los menores? Todo ello teniendo en cuenta la normalización que ha pretendido desde hace años introducir el legislador a través de las leyes de uniones estables de pareja, en concreto en Aragón con la *Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas de hecho estables no casadas*.

Hay que tener en cuenta, en estos casos, el ejercicio continuado de la misma por parte de los padrastros aplicando al supuesto las reglas generales de suspensión, privación y extinción de la autoridad familiar. ¿Y en los casos de autoridad familiar compartida por los progenitores separados legalmente o de hecho, qué pasa si el cónyuge —o pareja de hecho— progenitor fallece?, ¿puede el cónyuge del progenitor fallecido reclamar, en interés del menor y frente al otro progenitor, o los demás parientes contemplados por la ley, la titularidad o, en su caso, el simple ejercicio compartido de la autoridad familiar respecto del menor que ha convivido con él en los últimos tiempos?

5. Que dicha autoridad del cónyuge del progenitor fallecido se limita expresamente al ámbito personal y no a los aspectos patrimoniales, lo que induce a pensar que pueda darse un desdoblamiento de funciones entre éste y el padre o madre progenitor sobreviviente, o si éste ha premuerto o está suspendido o privado de la misma, o se ponen en marcha las instituciones tutelares correspondientes.

Los artículos siguientes, 73 y 74, anuncian la autoridad familiar de los abuelos y de los hermanos, señalando lo siguiente:

1. Fallecidos los padres, si no se hace aplicación de lo previsto en el artículo anterior, o cuando de hecho aquellos no atiendan a sus hijos menores, los abuelos podrán tenerlos consigo para criarlos y educarlos, asumiendo, a tales fines, la correspondiente autoridad familiar. 2. Tendrán preferencia los abuelos de la rama con los que mejor relación tenga el nieto. Cuando los abuelos de la misma rama vivan separados, la preferencia corresponderá al que de ellos más se ocupe del nieto y, en última instancia, al de menor edad (art. 73).

Lo cual confirma el establecimiento de un orden de prelación a favor del cónyuge del padre o madre natural fallecido frente a los abuelos del menor, lógico, por otro lado, si se tiene en cuenta la importancia del elemento de convivencia en estas situaciones —piénsese en el caso de un menor que hubiese convivido con un padrastro o madrastra durante una serie de años y los lazos de cariño que entre ellos se hayan podido producir—, pero aun más, los abuelos sólo entran en caso de fallecimiento de ambos padres, o en el caso de que los anteriores, se supone todos, no atiendan a los menores.

Artículo 74. 1. En los mismos supuestos del artículo anterior, a falta de abuelos que se hagan cargo de la crianza y educación de los nietos, podrá hacerlo uno de sus hermanos mayores de edad, asumiendo, a tales fines, la correspondiente autoridad familiar. 2. Tendrá preferencia el hermano que mejor relación tenga con el menor y, en última instancia, el de mayor edad.

El mencionado orden de prelación se completa con este artículo 74 al poner en último término a los hermanos mayores de edad, sin especificar si es necesario que sean hermanos de doble vínculo o basta con que sean de vínculo sencillo, por lo que quizá deba entenderse que el legislador ha querido apelar a una categoría general en la que tendrían cabida todos.

Y finalmente, el artículo 75 que establece el régimen de la misma: *1. La autoridad familiar prevista en los artículos anteriores se asume de forma automática al hacerse cargo voluntariamente de la crianza y educación del menor. 2. Se estará al orden y al contenido señalados por la ley, salvo que, fallecidos los padres, alguno de ellos, en el ejercicio de su autoridad familiar, hubiera establecido otra cosa en instrumento público. 3. Esta autoridad familiar, en la medida necesaria al cumplimiento del oficio de criar y educar al menor, comprende, en el ámbito personal, los mismos derechos y obligaciones que la de los padres, y no se extiende a la gestión de los bienes del menor. 4. Si no viven los padres, sólo por motivo de mal trato o incumplimiento de dicha función podrá ser separado el menor del titular o titulares de esta autoridad. 5. La autoridad familiar de otras personas se podrá hacer constar en el Registro Civil.*

Del cual destacamos lo siguiente:

1. El reconocimiento jurídico automático de dicha autoridad familiar: no hace falta declaración expresa al respecto y, por lo tanto, se adquiere de forma natural a imagen y semejanza de la autoridad familiar de los padres.

2. Cabe la posibilidad de que alguno de los padres titulares de la autoridad en vida establezcan algo distinto en instrumento público, ¿necesita el conocimiento y asentimiento del otro?, parece, de la letra del texto, que no es necesario, pero, ¿y si el otro no conociera el contenido del mismo o conociéndolo no estuviese de acuerdo?, ¿y si cada uno de ellos hubiese optado por realizar dicha acción?

3. Eleva el contenido de esta autoridad familiar a la condición de oficio de criar y de educar, sin que quepa entrar en la gestión del patrimonio del menor. Debemos entender, por tanto, que cuando el legislador, en el párrafo anterior, habla de modificación del contenido, éste hay que enmarcarlo siempre en la esfera personal y no patrimonial del menor. A este respecto resulta muy aclaratorio el contenido del artículo 62, en el que se contempla el contenido de dicha autoridad familiar —tenerlos en su compañía, proveerlos a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, educarlos y procurarles una formación integral, corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con respeto a su dignidad—, y el artículo 65: *Contribución —económica— cuando la autoridad familiar corresponda a otras personas*, en el que se señala lo siguiente: *Los otros titulares del ejercicio de la autoridad familiar con los que viva el hijo pueden destinar los productos del trabajo o*

industria de éste y los frutos líquidos de sus bienes para atender los gastos de su crianza y educación. Para ello podrán pedir su entrega a la persona que administre los bienes del hijo. Esta facultad no puede ser excluida por quien transmita bienes a favor del hijo.

4. La extinción en caso de padres premuertos queda reducida a dos supuestos, mal trato o falta de atención al menor, por tanto incumplimiento de la función asumida.

5. Cualquiera de estas situaciones puede hacerse constar, por tanto de forma voluntaria, no impositiva ni constitutiva, simplemente declarativa, en el Registro Civil.

Por último, prevé el artículo 76 para el caso de divergencia respecto de la titularidad de esta autoridad familiar, la posibilidad de acudir al Juez o a la Junta de Parientes, en este último supuesto, si hubiese unanimidad al respecto; y los artículos 77 a 80, el régimen de privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar estableciendo una única regulación para los supuestos de ejercicio por los padres como por otras personas (art. 77.3), matizando, eso sí, en el artículo 79.3 *in fine* que «*si la resolución (judicial) que establezca la privación o suspensión de la autoridad familiar, estableciera la autoridad familiar de otras personas, proveerá también sobre la administración y disposición de los bienes del menor*».

CONCLUSIONES

- I. En síntesis, el estudio del proceso legislativo operado en Aragón en relación al régimen jurídico de los padrastreros o madrastras me lleva a concluir que la ampliación progresiva del reconocimiento del rol de éstos en las familias reconstituidas o ensambladas, sin duda alguna, favorece su aceptación social y el consenso del legislador a la hora de realizar las adaptaciones que requiere la sociedad con el paso del tiempo.
- II. Es evidente que no podemos, ni debemos, inventar un «tercer padre», pero también es evidente que no podemos dejar de tener presente la importante e ineludible función de éste en estos nuevos núcleos familiares tan presentes, queramos o no, en nuestra sociedad del siglo XXI.
- III. La asunción, cada día más habitual y creciente de protagonismo en las tareas habituales de la organización familiar vinculadas, no sólo al régimen interno de la casa, sino también al externo —las actividades escolares y extraescolares, a temas médicos, etc.— de los padrastreros y las madrastras, entiendo que tienen que llevar al legis-

lador del Derecho común a una profunda y urgente reflexión sobre el rol que dichas personas deben tener dentro de esas nuevas familias, respecto de los hijos menores de su cónyuge o pareja que conviven en esos núcleos familiares, teniendo como fundamento y principio inspirador tanto el interés del menor como el de la familia en sí misma.

- IV. La realidad social que nos envuelve demanda, cada día más, respuestas respecto de cuestiones tan importantes como: ¿qué tipo de participación, ejercicio, legitimación o incluso derecho respecto de la patria potestad, guarda o custodia, debiera reconocerse a dichas personas sobre los menores convivientes de su cónyuge o pareja?, ¿cómo debe conciliarse el mismo, en su caso, con el del otro progenitor no conviviente?, ¿qué tipo de participación debe darse, en su caso, al menor en la determinación de la misma? ¿qué mecanismos pueden o deben establecerse de protección de dicha relación padrastros-hijastros en supuestos de crisis matrimoniales, fallecimiento del progenitor, etc...?

La historia y evolución de la legislación aragonesa en la materia analizada en las páginas anteriores supone un claro y magnífico ejemplo de modernidad y de la existencia de dicha necesidad, así como de la idea de que aunque el reto ante el que se encuentra el legislador es difícil, no por ello cabe calificarlo de imposible.

En este sentido, y como en su día apuntó CASTÁN VÁZQUEZ con ocasión de una conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza: «*Si las compilaciones han hecho algunos esfuerzos... para aproximar el Derecho especial al general, ahora cabría acaso hacer un esfuerzo para aproximar el Derecho general al especial. Con un trasvase de ciertas instituciones forales al Código Civil se podría, tal vez, lograr ese “trasfundir sustancia” que Lacruz ha sugerido en alguna ocasión*» (79).

- V.- Por todo ello, quizá, y subrayo quizá, ha llegado el momento de acometer dicha tarea.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRANTES DUARTE, *O poder paternal. Contributo para o estudo do seu actual regime*, Lisboa, 1994.
- ALBALATE GIMÉNEZ, «Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes legítimos», en *Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1954.

(79) *La patria potestad en los derechos forales*, cit., pág. 65.

- ALONSO Y LAMBÁN, «Un punto de vista sobre el § 3.º del artículo 12 del Cuaderno Foral de la Ley de 20 de diciembre de 1952», en *ADA*, VI, 1951-52.
- BURGOYNE D. CLARK, *Making a go of it -A study of step-families in Sheffield*, 1984.
- CAMARA GROENINGA y DA CUNHA PEREIRA (coords.), *Direito de familia e psicanalise. Rumo a uma Nuova Epistemologia*, Brasil, 2003.
- CASTÁN Y TOBEÑAS, *Derecho Civil Foral*, 2.^a ed., Madrid, 1932.
- CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad en los Derechos Forales*, Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, año XIV, núm. 54, Zaragoza, 1974.
- COSTA, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, págs. 35-70, Madrid, 1883.
- *Divorcio, monoparentalidad e recasamento*, Lisboa, 1994.
- CRETNEY, *Family Law in the twentieth century. A history*, Oxford, 2003.
- DA CUNHA PEREIRA, *Concubinato e uniao estavel de acordo com o novo Codigo Civil*, 6.^a ed., Brasil, 2001.
- *Direito de Familia. Uma abordagem psicanalitica*, Belo Horizonte, 2003.
- DELGADO ECHEVERRÍA, «Relaciones entre ascendientes y descendientes», en *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés*, Jaca, 1985.
- «Estudio preliminar y comentario a los artículos 9.º a 14.º», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (DGA), Zaragoza, 1988.
- «La recuperación del Derecho Civil de Aragón», en *Aragón, veinte años de Estatuto de Autonomía, 1982-2002*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2002.
- DELINSKI, *O novo direito de filiação*, São Paulo, 1997.
- DUPLÁ Y BARDAJÍ, «Decisiones y consentimientos respecto de la salud del menor (a propósito del Decreto 90/2008, de 22 de abril, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, micropigmentación y piercing, así como los requisitos higiénico-sanitarios que tienen que cumplir los establecimientos en que se realizan estas prácticas)», en *Los avances del Derecho ante los avances de la medicina*, Madrid, 2008.
- DUPLÁ MARÍN, «Potestad parental catalana y autoridad familiar aragonesa: breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente», en *Actas del V Congreso de Derecho Civil catalán*, Tarragona, 2009 (próxima publicación).
- ENGEL, «Familias ensambladas en todo el mundo: Análisis comparativo de los enfoques legales en países seleccionados», en *Actualización de Derecho de Familia*, 2005.
- FERES-CARNEIRO (coord.), *Casal e familia: entre a tradição e a transformação*, Rio de Janeiro, Nau, 1999.
- GARCÍA-ATANCE ALVIRA, «De consuetudine regni non habemus patriam potestatem», en *ADA*, VI, 1951-52.
- GARCÍA-CANTERO, «El derecho de la persona en la Compilación Aragonesa», en *Libro Homenaje a Jesús López Mendel*, tomo I, Madrid, 1999.
- GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, Madrid, 1997.
- GARIBO PEYRÓ, *Los derechos de los niños: una fundamentación*. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2004.
- GARRIGA GORINA, «Les relacions paterno-filials de fet», en *RJC*, núm. 1, 2005.

- «Les relations paterno-filials de fet (II)», en *RJC*, núm. 4, 2005.
- JUNCOSA MOLINS, *La codificación del Derecho Foral aragonés. Observaciones al Proyecto de apéndice al Código Civil publicado en 1904 por la Comisión Foral aragonesa reunida en virtud del Real Decreto de 24 de abril de 1889*, 1909, Zaragoza.
- LACRUZ, *Derecho de Familia*, II, 3.^a ed., Barcelona, 1978.
- MADDOX, *Step-parenting*, Unwin Paperbacks, 1980.
- MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, «Introducción a la Compilación de Derecho Civil de Aragón», en *ADC*, tomo XX, Madrid, 1967.
- MARTÍN-BALLESTERO, «El Derecho de Familia en Aragón (según la Compilación de 8 de abril de 1967)», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LVII, 1968.
- MAZZONNI (coord.), *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte*, Milano, 2002.
- MERINO HERNÁNDEZ, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por Albaladejo, en *RDP*, tomo XXXIII, vol. I.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIII, vol. I, Madrid, 2000.
- MEULDERS-KEIN y THERY (coord.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Paris, 1993.
- MOTIS DOLADER, *Consuetudine regni non habemus patriam potestatem: un supuesto de tutela y curatela en la judería de Daroca en el s. XV, IUS FUGIT*, vol. I, Zaragoza, 1992.
- NAVARRO VIÑALS, *Legislación de Derecho Civil de Aragón*, Barcelona.
- PALA MEDIANO, «Sobre las relaciones personales entre ascendentes y descendentes», en *ADA*, III, 1946.
- «La promoción de la mujer casada en la compilación aragonesa y en el Derecho Comparado», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969.
- RAMOS, «Capacidad de los menores para contratar y obligarse», en *Legislaciones forales. Estudios sobre Derecho Civil*, 2.^a parte, Madrid, 1892.
- RIVERA ITURBE, «Sobre la vigencia en Aragón del artículo 168 del Código Civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VIII, Madrid, 1944.
- RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2.^a ed., Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Ejercicio de la patria potestad y tutela de los derechos del menor. 50 aniversario de la declaración universal de derechos humanos*, Cádiz, 1999.
- SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, tomo V, 2.^a ed., vol. 2.º, *Derecho de Familia*, Madrid, 1898.
- SAPENA TOMÁS, «Inaplicabilidad en Aragón del artículo 168 del Código Civil», en *ADA*, VI, 1951-52.
- SMITH, *Madrastras mito & realidade: como desempenhar este difícil papel*, Pato Alegre, 1995.
- SOTTOMAYOR, *Exercício do poder paternal*, 2.^a ed., Porto, 2003.
- TAMAYO HAYA, *El estatuto jurídico de los padrastrros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, 2009.
- TEYBER, *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*, São Paulo, 1995.

VIDIELLA Y JASSA, *Estudios de Derecho aragonés, La capacidad jurídica restringida por la edad. Suplementos de la incapacidad y privilegios de los incapaces*, Zaragoza, 1903.

VISCHER, E. y VISCHER, J. S., *Step-Families: a wide to working with step parentes & stepchildren*, California, USA, 1979.

RESUMEN

FAMILIA RECONSTITUIDA O ENSAMBLADA ARAGÓN

El presente trabajo tiene como punto de partida el actual debate social, político y jurídico en torno a los nuevos modelos familiares, y más concretamente, a las denominadas, en el mundo anglosajón, *stepfamilies*, aquellos núcleos familiares generados por la unión o matrimonio de personas que aportan hijos menores surgidos de previas relaciones y que conviven en ese nuevo núcleo familiar. La presencia cada día mayor de este modelo familiar en nuestra sociedad ha conducido al legislador, en muchos países de nuestro entorno y también lejanos, a cuestionarse cuál deba ser la regulación jurídica que, en pro del interés del menor, deba procurarse a las nuevas relaciones paterno-filiales de hecho que se dan en esas familias. La reflexión también ha llegado a nuestro país y en el seno de algunas de nuestras autonomías se han iniciado estudios y propuestas jurídicas, como la catalana que, probablemente, adquieran el carácter de ley en breve. En este sentido, sin duda alguna la legislación aragonesa es pionera y ejemplo de modernidad al haber contemplado dichas relaciones, desde el Apéndice de 1925, la *Compilación de 1967*, la *Ley de Cortes de Aragón*, de 16 de mayo de 1985, y hasta la actual *Ley 13/2006, de Derecho de la Persona*, bajo el paraguas de la denominada *Autoridad Familiar aragonesa*. El análisis del proceso operado en este tema por el legislador

ABSTRACT

STEP PARENT ARAGÓN

This paper is a response to the current social, political and legal debate about the new kinds of families, and more particularly those the Anglo-Saxon world calls «stepfamilies», those family nuclei generated by the partnership or marriage of people who bring with them the small children of previous relationships to live together in the new family nucleus. The presence of this type of family is growing daily, causing legislators in many countries near Spain and far away to wonder what legal relationship it would be in the children's best interest to assign to the new de facto parent-child relationships found in such families. The question has reached our country as well, and in some regions of Spain studies and legislative proposals are underway, such as the Catalan bill that will probably become law very soon. The pioneer in this area, however, is the legislation of Aragón, which has long stood as an example of modernity. Aragón envisaged such relations in the 1925 Appendix, the 1967 Compilation and the Act of the Aragón Parliament of 16 May 1985 and it now covers the issue in Act 13/2006 on the rights of the person, under the umbrella of what is called the Aragón Family Authority. Analysis of the process Aragón's legislation has followed in these matters over a span of nearly a century offers a single model that could be taken into account in any of our current reflections. It also underscores the fact

aragonés a lo largo de casi un siglo ofrece un modelo único a tener en cuenta en cualquiera de las reflexiones actuales, así como pone de manifiesto que el reconocimiento progresivo del rol del padrastro o madrastra ha favorecido su aceptación social y el consenso del legislador a la hora de acometer las adaptaciones que requiere nuestra sociedad con el paso del tiempo.

that gradual recognition of the role of the stepfather and stepmother has favoured the social acceptance of stepparents and fostered legislative consensus concerning the adaptations our society has required over time.

(Trabajo recibido el 30-1-2009 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)

La promoción inmobiliaria encubierta: un fraude de ley

por

RAFAEL GONZÁLEZ TAUSZ
Abogado I.C.A.M.
INMOABOGADOS

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PROMOCIÓN INMOBILIARIA ENCUBIERTA:
 1. CONCEPTO.
 2. IMPORTANCIA.
 3. SUJETOS.
 4. EL SUPUESTO DE «PROMOTOR FORMAL» Y «PROMOTOR DE HECHO».
- III. FACTORES QUE FAVORECEN LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA
 1. FACTORES RELATIVOS A LOS AUTOPROMOTORES.
 2. FACTORES RELATIVOS A LOS GESTORES.
 3. FACTORES RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN.
- IV. FUNCIONAMIENTO DE LA AUTOPROMOCIÓN: NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN AUTOPROMOTOR Y GESTOR:
 - 1.^a ETAPA: LA FORMACIÓN DEL COLECTIVO: GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS.
 - 2.^a ETAPA: LA GESTIÓN DEL COLECTIVO: GESTIÓN COMO ARRENDADORES DE SERVICIOS O COMO MANDATARIOS PARA PROMOVER.
- V. FUNCIONAMIENTO DE LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA: CONDUCTAS CARACTERÍSTICAS.
- VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA: UN FRAUDE A LA LEY.
- VII. LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR ENCUBIERTO: LA APLICACIÓN DE LA NORMA DEFRAUDADA.
- VIII. UN EJEMPLO DE PROMOCIÓN INMOBILIARIA ENCUBIERTA.

- IX. ESTRATEGIAS JURÍDICAS DE LOS PERJUDICADOS: EXTRA PROCESALES Y PROCESALES.
- X. MEDIDAS CONDUCENTES A REDUCIR LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA.
- XI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Aquellos que trabajen en el sector inmobiliario advertirán, en la mayoría de ocasiones, que el verdadero promotor de una edificación no es el aparente. Esta situación se suele producir con mucha frecuencia en las llamadas promociones en régimen de cooperativa o comunidad pergeñadas por una sociedad gestora poco profesional cuya ineficacia repercute en los pactos básicos de la adquisición de la vivienda.

Es ahora, en épocas de crisis del sector inmobiliario —como ocurrió a principios de los noventa—, cuando estos sistemas de promoción inmobiliaria se incrementan. Esto se debe principalmente al atractivo que presentan estos colectivos para las entidades de crédito: cuentan desde una etapa temprana del proyecto con un número elevado de clientes que garantizan subrogaciones en los futuros préstamos hipotecarios; además, en situaciones como las que vivimos, donde promover una edificación puede entrañar riesgos importantes, la fórmula «cooperativa» o «comunidad» presenta muchos menos riesgos en comparación con la promoción inmobiliaria, pues las oscilaciones del coste se repercuten en el destinatario final.

La falsa autopromoción sólo se desenmascara ante los Tribunales en las ocasiones más sangrantes; en la mayoría de los casos, los consumidores la advierten, pero se resignan a soportarla, por entender que, a la larga, la inversión es correcta, o por carecer de la información o recursos suficientes para combatirla; en el resto puede pasar desapercibida, ya que la edificación se entrega, pero en condiciones muy distintas a las prometidas en su día.

Desgraciadamente hasta la fecha, las situaciones de promoción encubierta sólo son destapadas a raíz de acciones decenales por la antigua sede del artículo 1.591 del Código Civil. Esto supone que los perjudicados únicamente son resarcidos por los daños provenientes de los vicios de las edificaciones. Sin embargo, lo anterior es sólo parte del perjuicio, puesto que el incumplimiento contractual del promotor encubierto provoca otros daños económicos muy superiores a los de los vicios constructivos.

Por todo ello, pretendemos con este estudio exponer las pautas básicas para que —ante un caso de falsa autopromoción— se pueda advertir, probar y resarcir a sus perjudicados.

II. LA PROMOCIÓN INMOBILIARIA ENCUBIERTA

1. CONCEPTO

Para el fenómeno de la promoción encubierta nuestro Tribunal Supremo ha considerado aplicable la doctrina del fraude de ley (1), lo que nos pone en la pista para intentar definirlo. Así entonces, podríamos considerarlo como un negocio fraudulento que permite determinar los elementos esenciales de la edificación bajo la apariencia de otro negocio jurídico distinto a la promoción inmobiliaria, eludiendo frente a compradores y terceros la responsabilidad del promotor.

2. IMPORTANCIA

Hasta la fecha, el estudio de la promoción encubierta, a la que también llamamos falsa autopromoción, se ha dado principalmente en el ámbito de la responsabilidad decenal. Este enfoque es insuficiente, puesto que no sólo se elude la responsabilidad decenal sino también la contractual, constituida básicamente por tres obligaciones esenciales: el precio de la edificación, sus características o calidades y el plazo de entrega. Para evitar su exigencia, el promotor encubierto instrumentaliza la figura de la autopromoción. El uso de esta figura se debe a que está presidida por el principio de autoreponsabilidad de sus componentes, destinatarios finales de la edificación.

La instrumentalización de la autopromoción se hace efectiva bajo negocios jurídicos simulados que vinculan al gestor con el autopromotor: mandato, arrendamiento de servicios, etc...

No es posible encontrar información estadística sobre promoción encubierta, por lo que su importancia sólo podemos extrapolarla de las cifras de autopromoción colectiva inmobiliaria, ámbito en el que se desenvuelve esen-

(1) Expresamente cita la institución del fraude de ley, el FJ 3.º de la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 1996. Ponente: FERNÁNDEZ-CID DE TEMES, E. (EL DERECHO 1996/6730):

«En definitiva: Si a la interpretación integradora del artículo 1.591 se ha llegado por aplicación de los artículos 4.1 y 3.1 del Código Civil, tampoco puede olvidarse que, ante un contrato de adhesión que impone e interpone un poder omnímodo e irrevocable y una comunidad de tipo civil, con el fin de excluirse de la responsabilidad decenal, ha de aplicarse el artículo 6.4 del propio texto sustantivo, en cuanto dispone que: “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir...”».

También invoca el fraude de ley y cita la anterior sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 7 de marzo de 2008 en su FJ 9.º (Rec. núm. 107/2008; Id. vLex: VLEX-FXGX122). En este supuesto se debate una responsabilidad contractual como promotora a quien contractualmente pretendía operar como gestor de cooperativas.

cialmente. Según el Anuario Estadístico del año 2006, del Ministerio de Fomento, el número de viviendas promovidas por comunidades de propietarios y personas físicas fue de 124.138 y el de cooperativas fue de 15.248 (2). No dudamos que esta cifra en épocas de crisis como la actual se incrementará a costa de la promoción llevada por sociedades mercantiles.

La fácil concurrencia de los factores que potencian la falsa autopromoción, como más adelante examinaremos, junto con el escenario que hemos cuantificado, nos da una idea de la clara importancia de este negocio fraudulento.

3. SUJETOS

Los protagonistas más habituales son, por la parte de los destinatarios finales: las comunidades de propietarios y las cooperativas de viviendas, es decir, los consumidores (3), y por la parte de los empresarios: los gestores de cooperativas y promotores de comunidades.

Sin embargo, la realidad puede ofrecer supuestos peculiares de promoción encubierta. Así, por ejemplo, el propietario de un solar que cede una cuota sobre el mismo al promotor a cambio de unas viviendas. Se pacta que participe en la toma de decisiones mediante una comunidad de promoción o *ad aedificandum* (4), pero en realidad quien decide todo es el promotor.

4. EL SUPUESTO DEL «PROMOTOR FORMAL» Y «PROMOTOR DE HECHO»

Aquellos promotores que, delegando sus funciones en terceros, voluntaria o involuntariamente, responden por su posición contractual frente a los des-

(2) Cifra obtenida de los Visados de Dirección de Obra. Anuario Estadístico 2006, pág. 87.

(3) Las cooperativas de viviendas son auténticos consumidores por ser sus miembros destinatarios finales de las viviendas y no el mercado (con la salvedad de la promoción de los locales comerciales u otros elementos análogos donde la cooperativa no tendría el carácter de consumidor). Apoyan esta afirmación los siguientes argumentos: 1.º) El propio tenor literal de artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. 2.º) La falta de legitimación pasiva en el ámbito de la responsabilidad decenal (por todas, STS de 24 de septiembre de 1991, *RJ* 1991/6279). 3.º) El distinto tratamiento jurídico a nivel de responsabilidad civil que tiene el socio frente a los resultados cooperativos, es decir, los resultados derivados del coste de las viviendas, de los que responde ilimitadamente; frente a la responsabilidad limitada a lo aportado al capital social respecto de los resultados extracooperativos, es decir, las deudas sociales.

Un breve análisis de este debate, en sede de cooperativas agrarias, se puede leer en la STSJ de Navarra, de 7 de junio de 2001 (*EDJ* 2001/34467, *FJ* 3.º).

(4) Testimonios de comunidades de este tipo nos lo cuenta SERRANO CHAMORRO, M.ª Eugenia, en su obra *Cambio de solar por edificación futura*, Ed. Aranzadi, 1.ª ed., Madrid, 1997, pág. 69 y sigs.

tinarios finales, no pueden tener el calificativo de «promotor encubierto», sino más bien podrían calificarse como «promotores formales».

Puede existir un «promotor formal» y otro «de hecho», por ejemplo, en la sociedad propietaria del solar (promotor formal) que contrata con una sociedad de *Project Management* (5) que, bajo el paraguas de un asesoramiento multidisciplinar, mediatizan por completo sus decisiones (promotor de hecho).

Otros ejemplos de lo anterior es probable que se puedan suscitar en la situación inmobiliaria actual, donde se está produciendo el fenómeno llamado «enladrillamiento de la banca»: entidades de crédito que inicialmente sólo financiaban proyectos inmobiliarios de sus clientes promotores y, para evitar la insolvencia de estos últimos, se ven en la necesidad de adquirir sus activos y promoverlos. En estos casos, o la entidad de crédito designa a administradores con dilatada experiencia en la promoción inmobiliaria o, probablemente, acaben contratando los servicios de gestión de sus antiguos clientes quienes conocen suficientemente la cartera en promoción.

También el promotor formal puede darse en supuestos donde la promoción se desenvuelve gracias a un contrato de franquicia, es decir, el promotor-franquiciado actúa completamente determinado por el franquiciador, pero concierne contratos de compraventa con los consumidores y está en primera línea de responsabilidad civil.

En todos los casos citados, entendemos que el consumidor podrá accionar contra el «promotor formal» y sólo le interesará ir contra el «promotor de hecho» ante escenarios de insolvencia del «promotor formal».

III. FACTORES QUE FAVORECEN LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA

El fenómeno de la falsa autopromoción se debe a la concurrencia dentro del sector inmobiliario de distintos factores que facilitan su presencia.

Hemos clasificado las mismas según el sujeto en el que inciden, así entonces destacamos:

(5) CLEMENTE NARANJO, L., «Aspectos Jurídicos del Project Management», en *Revista Directivos Construcción*, Ed. CISS, núm. 134, mayo de 2001, pág. 46, dice:

«Tradicionalmente las empresas dedicadas a estas tareas insistían en sus contratos en la inclusión de sus servicios dentro del concepto de asesoramiento, huyendo de este modo de responsabilidades asociadas al proceso constructivo. La entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación (en la que no se hace referencia a estos profesionales) creó inquietud en los gestores, temiendo la extensión a sus tareas del régimen previsto para otras actividades. La consecuencia ha sido que han incluido diversas previsiones en sus modelos de contratos en los que se manifiesta la absoluta exclusión del contrato del ámbito de la LOE».

1. FACTORES RELATIVOS A LOS AUTOPROMOTORES

1.1. *Sus integrantes son consumidores y legos en materia inmobiliaria*

Deben ser muy escasos los supuestos en que una comunidad o cooperativa se forma espontáneamente por la agrupación de distintos profesionales del sector inmobiliario con conocimientos multidisciplinarios para gestionar una promoción inmobiliaria. Si dicho colectivo se agrupa será para formar una entidad mercantil estable y duradera, procurándose un beneficio económico y no simplemente para la efímera empresa de construirse su vivienda.

En la práctica totalidad de los casos, la formación del colectivo es iniciativa de una sociedad gestora que por medios publicitarios capta a los futuros usuarios de las viviendas; su negocio estará en función de ellos. A los usuarios les importa poco el modo o sistema de obtención del bien, su máxima y legítima aspiración es que la vivienda se obtenga en el plazo, precio y condiciones informadas. Estamos ante un bien cuya obtención es muy compleja por lo que invita poco a la participación en la toma de decisiones y mucho a delegarlas en profesionales. Esta pasividad, por un prudente desconocimiento, es uno de los primeros ingredientes que puede provocar falsa autopromoción.

1.2. *Su solvencia económica es ajustada*

Sabido es que las viviendas promovidas por cooperativas y comunidades, sobre todo las primeras, están orientadas a economías modestas por cuanto, en principio, permiten evitar el margen del promotor mercantil en el negocio edificatorio y consiguen teóricamente el mismo bien inmueble en condiciones más asequibles. Esto lleva a que, por lo general, sea el sector de población de recursos económicos más ajustados quien integre estos colectivos.

Lo anterior conduce a la inexistencia de partidas económicas distintas de las estrictamente necesarias para construir su vivienda. Se ahorrará en controles de carácter preventivo e imparcial de tipo técnico, jurídico, contable, etc... Ni tan siquiera se retribuirá a sus órganos de representación, miembros de Consejos Rectores o Juntas Directivas, por los que su independencia será frágil.

En este sentido, nuestra experiencia constata la inexistencia de abogados o técnicos ajenos a las sociedades gestoras, cuyo labor se haya desempeñado desde el inicio a favor de la comunidad o cooperativa. Con más frecuencia estos protagonistas aparecen a resultas de algún traspie en el desarrollo de la promoción (por ejemplo, reclamaciones de derramas) y su margen de manobra entonces es muy reducido.

1.3. *Carecen de órganos de representación eficaces*

Si bien el cooperativismo habitacional se agrupa de forma asociativa en federaciones y en una confederación de cooperativas a nivel nacional, que destacan por su participación institucional defendiendo los intereses generales del sector cooperativo, no creemos que sea un instrumento eficaz para la defensa de los intereses más acuciantes del cooperativista de base. Lo anterior por diversas razones:

- a) La permanencia del cooperativista es muy fugaz (unos años hasta la entrega de las viviendas), lo que favorece ser poco participativo, tanto para elegir como para ser elegido en entidades representativas de vocación permanente.
- b) Por parte de este tipo de entidades asociativas no se apoyan acciones judiciales de defensa jurídica (las más costosas) a favor del cooperativista afectado por una deficiente gestión de su promoción (uno de los problemas más relevantes de este sector). A esta situación contribuye, sin duda, la existencia de un cierto conflicto de intereses: entablar acciones contra gestores no parece lo más adecuado para la continuidad de estos entes federativos, pues son precisamente las empresas gestoras quienes constituyen y promueven la existencia de cooperativas; además, estas entidades asociativas se nutren, aunque sea sólo en una pequeña parte, de las cuotas de sus asociados (las cooperativas).

Esta falta de representación es más acentuada todavía en las comunidades de propietarios que ni tan siquiera gozan de entidades asociativas y su única asistencia puede estar ejercida por asociaciones de consumidores y usuarios quienes adolecen también de apoyo en acciones judiciales frente a los gestores.

2. FACTORES RELATIVOS A LOS GESTORES

2.1. *Criticable sistema de gestión: Viviendas a «precios de coste»*

Los «precios de coste» son ofrecidos a los futuros interesados en adquirir su vivienda como una ventaja; sin embargo éstos encierran cierto peligro. Los «precios de coste» suponen al autopromotor un resultado económico próximo a cero, es decir, una equivalencia entre los anticipos entregados por los socios o comuneros y el coste de la edificación (6).

(6) En sede de cooperativas, el mecanismo de los precios de coste se denomina «la técnica del excedente cero». El problema que encierra esta técnica es que el coste de las

Con este escenario, es habitual que en el sector de la gestión de cooperativas y comunidades se trabaje dando por hecho que la cifra inicial informada sobre el coste de la vivienda subirá sensiblemente (7).

Este método es inaceptable, puesto que no hay una elaboración exhaustiva del presupuesto ni un seguimiento estricto del mismo; hay cierta relajación y en ella reside el peligro que avanzamos. Si el coste se dispara será el autopromotor quien lo asuma con más desembolsos. El problema es que los «precios de coste» impiden hablar de ganancias o pérdidas y dificultan evaluar la gestión efectuada.

Paradójicamente, el promotor mercantil sí es capaz de aportar unos precios cerrados para sus contratos de compraventa que le vincularán hasta la entrega salvo circunstancias muy excepcionales.

No olvidemos, además, que en la práctica totalidad de los casos, el presupuesto es elaborado por el gestor sin que el autopromotor cuente con asesoramiento independiente al respecto.

2.2. *Falta de formación*

En otra ocasión destacamos la necesidad de que al promotor se le exigiera cierta titulación, pero en el caso del gestor esta exigencia debería de ser indeclinable. La tarea del gestor exige más celo profesional. La razón está en que el autopromotor asume compromisos directos con el resto de agentes intervinientes; el gestor debe velar para que dichos compromisos sean viables puesto que de no serlos, el autopromotor responde con todo su patrimonio; situación que no concurre en el caso del comprador de vivienda que su obligación se limita a lo pactado en el contrato de compraventa. Aunque no se tratara de un título habilitante para el ejercicio de la gestión, al menos sería necesaria una clasificación administrativa que garantizara la solvencia profesional de los gestores y que, mediando sentencia firme, fueran susceptibles de inhabilitación (8).

viviendas es un concepto con contornos muy difusos que permite responsabilizar al socio de cualquier desembolso imprevisto. Una crítica al respecto la hemos estudiado en GONZÁLEZ TAUSZ, R., «Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen», en *Revesco*, núm. 67, 1999, pág. 99 y sigs.

(7) Según nos dice URIBARRI, I.: «Ya desde antaño se reconoce que el costo de las cooperativas no se sabe hasta el final, que se dice una cifra al comenzar y luego es otra», en *Cooperativas de vivienda*, en Primeras Jornadas de Cooperativas de Euskadi, Departamento de Presidencia del Gobierno Vasco, ed. 1.^a, Vitoria, marzo de 1982, pág. 134.

(8) El artículo 3 del Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de Viviendas de Protección Oficial promovidas por Cooperativas de Viviendas y Comunidades de Propietarios (en adelante RD 2028/1995) exigía, al tiempo de solicitar la financiación cualificada, la acreditación ante la Comunidad Autónoma de la solvencia profesional de la gestora.

3. FACTORES RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN

3.1. *Insuficientes órganos de inspección*

Los órganos competentes para conocer de las posibles irregularidades en la gestión de la autopromoción son dos:

- a) En materia de consumo, la Inspección de Consumo adscrita a cada Comunidad Autónoma o Municipio (9).
- b) En materia de cooperativas, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo (10).

La insuficiencia de estos órganos se basa en dos motivos: El primero, relativo a la falta de medios y de personal que hemos constatado por nuestra experiencia.

El segundo, relativo a las materias que son inspeccionadas. Así en el ámbito de la Inspección de Trabajo se supervisará el cumplimiento de la ley de cooperativas, es decir, su funcionamiento societario y no se abordarán eficazmente las materias que más quejas suscitan: los presupuestos económicos de la promoción y las relaciones con la gestora. En el ámbito de consumo, existe el obstáculo de imputar infracciones propias de un promotor a una empresa que teóricamente sólo gestiona; además no creemos que sea precisamente el derecho administrativo sancionador la sede idónea para investigar situaciones de fraude o encubrimiento, dada su complejidad de prueba y dado que la mayoría de sus preceptos tipificadores de infracciones están pensados para el negocio típico de compraventa.

En el año 1997, aún vivo el fragor de la PSV, la Comunidad de Madrid presentó un borrador de Anteproyecto de Ley de Gestoras de Cooperativas de Viviendas Protegidas de la Comunidad de Madrid. Este Anteproyecto, de especial corte garantista, establecía la clasificación administrativa para gestionar cooperativas y comunidades, pudiendo ser objeto de suspensión o pérdida de la misma en caso de infracciones administrativas graves o muy graves (respecto al contenido del mismo, cfr. *La Sociedad Cooperativa*, Ed. CISS, núm. 22/1997, págs. 3 y 4).

Este Anteproyecto nunca llegó a tramitarse, en parte, por la oposición que al mismo formuló la antigua Asociación de Gestores de Cooperativas de Viviendas (AGECOVI). Situación que entendemos criticable, puesto que la desregulación que existe en este sector va en perjuicio del mismo, permitiendo la llegada de cualquier gestor insolvente y pseudo-profesional.

(9) La competencia en materia de consumo está asumida por todas las Comunidades Autónomas, siendo muy reducidas las competencias estatales en esta materia (cfr. el derogado art. 39 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios con las matizaciones de la STC 15/1989). A su vez, la legislación autonómica puede asignar competencias a las Administraciones Municipales como lo tiene reconocido el artículo 25.2.g) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

(10) Cfr. artículo 113 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

IV. FUNCIONAMIENTO DE LA AUTOPROMOCIÓN: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE EL AUTOPROMOTOR Y EL GESTOR

El *modus operandi* de la verdadera autopromoción debe analizarse desde sus dos manifestaciones más importantes: la gestión de cooperativas y la gestión de comunidades. A efectos de examinar la naturaleza jurídica de la relación (11) podemos distinguir dos etapas:

1.^a ETAPA: LA FORMACIÓN DEL COLECTIVO: GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS

Esta es la etapa inicial del proyecto empresarial y entendemos que las conclusiones son iguales tanto para cooperativas como para comunidades; en ambas, el gestor se dedica mediante publicidad a la formación del colectivo destinatario de la promoción inmobiliaria.

El gestor debe aglutinar el mayor número de personas mediante expectativas serias sin ofertar datos de imposible fijación atendiendo al carácter incipiente del proyecto. Así las cosas, sería completamente legítimo el gestor que estructura la demanda de un grupo de interesados con vistas a la adjudicación en un concurso de suelo.

En esta primera fase la actuación del gestor obedece a la institución de la gestión de negocios ajenos (12) (art. 1.888 CC): *«El que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto...»*.

Siguiendo los presupuestos que para este concepto establece ALBALADEJO, M. (13), observamos:

(11) La doctrina científica y nuestra jurisprudencia respecto del análisis de esta relación jurídica se han escudado en la diversidad de modos de contratación posibles para no encorsetarla en ninguna figura típica (contrato de gestión, mandato con o sin representación, comisión, mediación, etc...). Esta opinión la mantienen, por ejemplo, LAMBEA RUEDA, A., *Cooperativas de Viviendas*, pág. 599, Ed. Comares, Granada, 2001, o MUÑOZ DE DIOS, G., *Memento inmobiliario, 2000-2001*, págs. 185 y 186, Ed. Francis Lefebvre, S. A., Madrid, 1999).

Nosotros consideramos que la actuación gestora, en la inmensa mayoría de los casos, sigue unos patrones de conducta muy similares (distinguiendo la gestión de cooperativas de la de comunidades) lo cual permite tipificar su naturaleza conforme aquí exponemos.

(12) Han avanzado la idea de la gestión de negocios ajenos MUÑOZ DE DIOS, G., *ob. cit.*, pág. 185, y LAMBEA RUEDA, A., *ob. cit.*, pág. 576.

(13) *Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, Vol. II, Bosch, 7.^a ed., Barcelona, 1982, pág. 455 y sigs.

1.º Encargarse de un asunto de otro:

El gestor toma la iniciativa y efectúa las tareas necesarias para encontrar en el mercado suelo suficiente para el autopromotor. Independientemente del grado de responsabilidad, el gestor no será el propietario de la edificación ni el titular del proyecto empresarial.

2.º Hacerlo lícitamente y en interés de aquél:

No existe ilicitud ni daño alguno en la tarea que emprende el gestor: procurar una edificación para un colectivo. Tampoco perjudica este presupuesto el hecho de que el gestor además de actuar en interés ajeno, lo haga también en interés propio; movido por el legítimo lucro que espera obtener de la gestión del colectivo, situación que llega a constituir el objeto social de muchas mercantiles dedicadas a esta materia (14).

3.º Hacerlo sin obligación de ello:

Resulta evidente que nadie obliga al gestor a la búsqueda de suelo ni a presentarse a concursos públicos para que la cooperativa o comunidad resulten adjudicatarias.

4.º Hacerlo sin que el interesado se oponga ni haya dado poder para ello:

La iniciativa reside en el gestor y no parte de mandato alguno del autopromotor pues éste se encuentra en formación.

No cumpliría este presupuesto aquella cooperativa activa que habiendo acometido alguna promoción inmobiliaria decide, a instancia propia o del gestor, adquirir nuevo suelo y crear una fase para ello, al amparo del artículo 90 de la Ley de Cooperativas 27/1999. Aquí estamos ante la existencia de un mandato (incluso tácito) a favor del gestor que excluye la actuación gestora sin poder (15).

La etapa inicial de formación concluiría con la ratificación de las gestiones efectuadas, aplicando el régimen jurídico del mandato con carácter retroactivo según establece el artículo 1.892 del Código Civil.

Lo correcto es que la ratificación se produzca por el órgano soberano de decisión del autopromotor (asamblea general de cooperativistas o junta general de comuneros). Dejar este asunto en manos de los órganos de gobierno,

(14) LACRUZ BERDEJO, J. L., «La gestión de negocios sin mandato», en *RCDI*, núm. 507, 1975, pág. 257, nota 5, citando a ENNECERUS y LEHMANN, dice: «el concepto de gestión de negocios ajenos no se desvanece por la circunstancia de que, además del interés ajeno, se cuida a la vez de uno propio».

(15) Cfr. STS de 2 de febrero de 1954, citada por LACRUZ BERDEJO, J. L., en «La gestión de negocios...», *ob. cit.*, pág. 252.

entendemos, transgrediría en sede de cooperativas, el artículo 21.2.a) de la Ley de Cooperativas 27/1999 (en adelante también LC); en sede de comunidades, el artículo 398 del Código Civil (16).

También es válida la ratificación tácita (17), si bien desaconsejable, puesto que la promoción encubierta participa de estas actuaciones que suponen la pasividad del destinatario final del inmueble.

En el supuesto de no ratificación, la institución de la gestión de negocios ajenos nos deslinda las obligaciones y responsabilidad de cada sujeto:

El autopromotor deberá reembolsar al gestor los gastos necesarios en los que hubiere incurrido (cfr. art. 1.893 CC) y retribuirle los honorarios que se hubiesen devengado (18).

El gestor deberá continuar en la gestión hasta que el autopromotor pueda sustituirle (cfr. art. 1.888 CC), rendir cuentas (por analogía con el art. 1.720 CC) y responder incluso del caso fortuito para el supuesto de que hubiere irrogado daños a la cooperativa o comunidad (cfr. art. 1.891 CC) (19).

2.ª ETAPA: LA GESTIÓN DEL COLECTIVO: GESTIÓN COMO ARRENDADORES DE SERVICIOS O COMO MANDATARIOS PARA PROMOVER

La ratificación es el tránsito de la primera a la segunda etapa. En ésta el funcionamiento tiene peculiaridades que aconsejan estudiar la sede cooperativa y luego la comunitaria.

(16) Aunque el Consejo Rector tenga facultades para otorgar poderes de gestión o administración a terceros por aplicación del artículo 32.3 de la LC, el contrato con la gestora es de tal trascendencia en la gestión social cooperativa que debe ser examinado por la propia Asamblea. Recogía esta obligación, para su ámbito de aplicación, el artículo 1.1.c) del Real Decreto 2028/1995, citado en la nota 9.

En las comunidades de promoción o *ad aedificandum* no es habitual encontrarse con acuerdos de Junta que ratifiquen la designación del gestor; normalmente la ratificación del gestor se produce únicamente de forma individual en el momento del ingreso en la comunidad mediante un contrato de adhesión. Dudamos de la legalidad de esta inicial ratificación, aunque normalmente el comunero por sus actos posteriores ratificará de forma tácita su elección; por ejemplo: siguiendo las instrucciones que le ordene el gestor para el ingreso de los anticipos. Esta práctica nos acerca a la promoción encubierta.

(17) Cfr. STSS, Sala 1.ª, 23 de abril de 1991 (LA LEY 2464/1991) y 14 de mayo de 1991 (LA LEY 2521/1991).

(18) Según PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, citado por LACRUZ BERDEJO, J. L., en «La gestión de negocios...», *ob. cit.*, pág. 268, y con apoyo en la STS de 1 de julio de 1897 y el artículo 1711.2 del Código Civil, se inclina por reconocer derecho a retribución si el gestor es profesional.

(19) Es clara la aplicación del artículo 1.891 del Código Civil porque los cooperativistas o comuneros no tienen costumbre de arriesgar en operaciones inmobiliarias y porque la iniciativa del gestor se efectúa sobre todo en su propio interés y no en el de los autopromotores.

1. La gestión de cooperativas: prestación de servicios

En esta etapa, la empresa gestora pone a disposición de la cooperativa todos sus medios humanos y materiales (personal y oficinas) y se limita a la elaboración de la documentación social, contable, fiscal, jurídica, técnica y, a lo sumo, a labores de asesoramiento sobre decisiones que afectan a la promoción (constructor, arquitecto, financiación, etc...).

El amplio espectro de servicios que presta unido a una escasa supervisión y decisión de los órganos rectores invita al gestor a decidir por la cooperativa. En este supuesto nos adentraríamos en la falsa autopromoción. Sin embargo, si el Consejo Rector ejerce su poder de representación, toma decisiones y contrasta otras opciones de las planteadas por el gestor, la injerencia de éste será reducida y su actividad se limitará al desempeño de tareas de asesoramiento y administrativas.

En estos supuestos consideramos que la relación jurídica mantenida es la del arrendamiento de servicios porque el desempeño de las tareas de la gestora exige conocimientos específicos en materias que no pueden ser desempeñadas por los cooperativistas: asesoramiento contable, técnico, etc... De hecho el personal de éstas siempre suele estar conformado por arquitectos, abogados, economistas, etc...

Apoya lo anterior, el hecho de que la gestora, si se limita a gestionar, no representará a la cooperativa salvo en tareas menores que no deben desvirtuar la naturaleza propuesta. No actuará como mandataria en la definición de los elementos esenciales de la promoción (20).

Aunque, en sede de cooperativas, no son frecuentes fórmulas distintas a la del arrendamiento, cabe excepcionalmente la posibilidad teórica de que se establezca un mandato o apoderamiento (21).

(20) La calificación como arrendamiento de servicios la fundamos en el criterio de la sustituibilidad consagrado en las SSTs de 25 de marzo de 1988 (*EDE* 1988/2542) y de 14 de marzo de 1986 (*EDE* 1986/1948). Sintetiza muy bien esta corriente la SAP de Málaga, de 12 de mayo de 1998 (*EDE* 24385/1998) que en su FJ 1.º dice:

«El Tribunal Supremo (sentencias de 14 de marzo de 1986 y 1 de marzo de 1990) ha establecido las diferencias entre el mandato y el arrendamiento de servicios, considerando que para distinguirlos es básico el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto posible del mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea que el mandante realizaría normalmente por sí mismo, y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, puesto que cuando no es así, o lo que es lo mismo, cuando se encomienda a otra persona la realización de servicios que no son propios de la actividad de quien los encomienda, entonces se trata de uno de arrendamiento de servicios, al necesitar el arrendatario la posesión o cualidades técnicas que son las que mueven a encomendarle los servicios».

(21) La razón de esta afirmación estriba en el artículo 32.3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que reconoce al Consejo Rector la posibilidad de otorgar apoderamientos a favor de terceros. Esta figura normalmente no se utiliza porque exige al

2. *La gestión de Comunidades: mandato para promover junto con prestación de servicios*

En esta sede, el interesado en la vivienda se incorpora a la comunidad mediante contrato de adhesión en el que se facilitan los estatutos de la comunidad, el proyecto de la promoción y un apoderamiento a favor del gestor. A diferencia de las cooperativas existe un elemento añadido: un apoderamiento con facultades muy amplias que permiten al gestor efectuar todas las tareas de la administración de la comunidad, incluyendo los actos de riguroso dominio necesarios para promover. A la luz del artículo 1.712 y 1.713 del Código Civil podría calificarse de un apoderamiento especial (para un negocio concreto —la promoción inmobiliaria de su vivienda—) efectuado en términos generales y además incluyendo facultades de riguroso dominio. Estaríamos ante un verdadero mandato para promover la vivienda interesada.

Entendemos que los documentos que determinan la configuración de la vivienda suscritos por el comunero constituyen el contenido del mandato; la sociedad de gestión no debe extralimitarse de estas condiciones salvo que fuere a mejorarlas (por ejemplo, mejora de calidades sin repercusión económica sobre el comunero); en ese caso, el cumplimiento inexacto del mandato no podría reputarse incumplimiento. Lo anterior no es más que la aplicación de los artículos 1.714 y 1.715 del Código Civil.

En esta sede, las extralimitaciones deberán ser ratificadas expresamente por el comunero o el órgano estatutariamente competente para tal autorización; la ratificación tácita será más difícil oponerla por que sólo será eficaz cuando de la extralimitación haya podido beneficiarse el comunero o la comunidad (cfr. art. 1727.2 CC); situación que generalmente sucederá una vez entregadas las viviendas.

La gestora también arrienda servicios profesionales a los comuneros de igual naturaleza que en las cooperativas de viviendas, por lo que aquí coexiste el mandato con la prestación de servicios.

Algunos autores han visto posible la existencia de un contrato de comisión, agencia o mediación en estos negocios. Bajo nuestra modesta opinión no son aceptables por las siguientes razones:

1.^a Descartamos la comisión, aun siendo ésta un mandato, porque la autopromoción inmobiliaria, objeto de gestión, no puede considerarse como acto u operación de comercio, presupuesto objetivo que exige el artículo 244 del Código de Comercio. De igual forma ocurre con la agencia que también

gestor aparecer como interlocutor y responsable frente a las administraciones públicas y el resto de agentes intervinientes. La responsabilidad del gestor sería evidente en todo aquello que se escapa de las instrucciones del Consejo Rector y de la diligencia profesional que se exige al mandatario profesional en este ámbito.

tiene por objeto promover actos u operaciones de comercio (cfr. art. 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia).

Decimos que no es operación de comercio porque la actividad de procurarse una vivienda para sí no está dirigida al mercado; no está presidida por obtener un beneficio sino más bien una ventaja: el ahorro en costes para la adquisición de un inmueble (22).

2.^a También rechazamos la mediación por cuanto en ésta el mediador, a cambio de una remuneración, despliega una actividad para que dos partes (autopromotor y proveedor) concluyan un negocio efectuando su labor de forma independiente (23).

En nuestro caso, la gestora no es imparcial y vela por los intereses del autopromotor. Además su retribución no está en función de la perfección de contratos con terceros si no que se devenga por una actuación de asesoramiento permanente.

V. FUNCIONAMIENTO DE LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA: CONDUCTAS CARACTERÍSTICAS

En el apartado anterior hemos examinado la naturaleza jurídica de la relación gestor-autopromotor para el caso que su actuación no desnaturalice la figura del autopromotor; sin embargo, existen determinadas conductas, que concurriendo en un mismo caso, suponen claros indicios de promoción encubierta:

1.^a La incorporación a la comunidad o cooperativa, a pesar de tener un censo social muy poco nutrido, se produce cuando los elementos esenciales

(22) El carácter no mercantil de la autopromoción inmobiliaria puede deducirse por extrapolación con el distinto tratamiento que la legislación cooperativa da a la actividad cooperativizada con los socios (no mercantil) y con terceros (mercantil). Buen ejemplo de lo anterior es la dualidad entre resultados cooperativos y extracooperativos y las consecuencias fiscales de no respetar esta distinción en su contabilidad (cfr. art. 57.3 en relación con la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas).

(23) Respecto a la naturaleza jurídica de la mediación, por todas, STS de 1 de diciembre de 1986 (EDE 1986/7828), cuyo FJ 4.^o dice:

«...la naturaleza jurídica de este contrato de colaboración mercantil, en el que el mediador se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, poniéndolos en relación (STS de 5 de mayo de 1973); se señala su falta de regulación legal y su licitud al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, así como la posibilidad de considerarlo atípico, inominado *sui generis*, *facio ut des*, principal, consensual y bilateral (SSTS de 3 de junio de 1950, 27 de diciembre de 1962 y 3 de marzo de 1967), o simplemente unilateral, por surgir sólo una obligación —la del que hace el encargo— de pagar al mediador si su actividad resulta eficaz y se celebra el contrato objeto de la mediación, resulta así que la esencia de la obligación del mediador consiste en realizar o desarrollar una actividad para aproximar a dos futuros contratantes, sin comprometerse a la obtención de un resultado concreto...».

de la edificación están determinados (a excepción normalmente del plazo de entrega y del coste, al que se le dará carácter estimado).

Si la gran mayoría del censo social (comunitario o cooperativo) se integra a un proyecto que define las unidades inmobiliarias su interés por participar en él es mínimo y lo único que perseguirá es la entrega en plazo de lo prometido.

Decisiones de gran importancia, como la contratación de los agentes intervinientes (arquitectos, aparejadores, constructor, etc...), o como el domicilio social, el contrato de prestación de servicios de la gestora, se han tomado antes. La aplicación de esta tarea de forma continuada provoca, a la larga, que el gestor se constituya como un promotor y tenga ya sus proveedores autorizados entrando en claro conflicto de intereses con el autopromotor.

Hemos conocido de licitaciones a concursos de suelo donde las comunidades o cooperativas licitantes se presentaban sin prácticamente censo social, auspiciadas por la sociedad gestora, y con compromisos firmes en el precio del solar, la contratación de la Dirección Facultativa y la empresa constructora, quienes incluso pueden llegar a anticipar dinero mediante préstamos para sufragar la adquisición del suelo u otras partidas relevantes.

Creemos que la ratificación *a posteriori* de estos acuerdos no suele ser más que una simple formalidad, puesto que no se barajan otras posibilidades y puesto que resulta más caro y lento destituir al proveedor inicial (que ya ha iniciado su tarea o anticipado dinero) que pagar a uno elegido democráticamente.

2.^a Es práctica habitual la existencia de contratos de prestación de servicios de empresas gestoras cuya retribución está en función de un porcentaje sobre el coste total de la promoción inmobiliaria (normalmente entre el 5-15 por 100), en vez de pactarse un precio fijo desde un inicio.

Curioso profesional el que conoce la rutina de sus tareas y no se atreve a concretar un precio fijo; a diferencia del promotor mercantil que, en los primeros compases de la comercialización, debe establecer unos precios en los contratos de compraventa que vincularán los resultados de su gestión. Las gestoras que así actúan, en cambio, se aseguran un margen económico de la promoción ocurra lo que ocurra; posición que llevada al absurdo favorece incluso la mala gestión (24).

3.^a Escasa rotación en los miembros de la Junta Rectora.

(24) En similares términos se queja PÉREZ GINER, F., en *La economía social. Sus claves*, Ed. CIRIEC, España, Valencia, 2003, pág. 228, que al referirse a la gestión de las cooperativas de viviendas, dice: «El querer gerenciarlas los propios interesados, parece una barbaridad: pero es menos adecuado aún el dejar todas las decisiones a unos gestores... que incluso se permiten el lujo de cobrar un porcentaje del coste, con lo que se da el efecto perverso de que ganan más cuanto más caras resulten las viviendas».

Suele ocurrir, sobre todo en las cooperativas construidas por fases al amparo del artículo 90 de la Ley de Cooperativas, que los miembros de los Consejos o Juntas Rectoras continúen en sus cargos tras la primera promoción.

Esta continuidad crea un vínculo de confianza con los gestores que puede suponer un alejamiento de los socios adjudicatarios de las viviendas en curso. Esta pseudo-profesionalización de los administradores entraña cierto riesgo porque, finalmente, sus lealtades se distancian de la cooperativa o comunidad.

La escasa rotación también puede deberse a razones más patentes como puede ser la existencia desde un inicio de un vínculo de confianza o contractual con los gestores. No es de extrañar que incluso algunos empleados de la gestora permanezcan bastante tiempo en el desempeño de cargos de consejeros o interventores.

Tampoco debe descartarse como indicio de promoción encubierta el cobro de comisiones o dietas excesivamente altas por la participación de los consejeros en estos órganos.

4.^a Gestión irregular en la enajenación de los locales comerciales; indebida contabilización de sus resultados.

Los locales comerciales suelen ser un elemento importante en el desarrollo inmobiliario puesto que su enajenación a precios de mercado constituye una excepción a la actividad no empresarial de los autopromotores; se permite obtener un lucro. Lo anterior, a veces, propicia enajenaciones a terceros próximos a intereses particulares de las gestoras o de los consejeros, intereses muy alejados a los del propio autopromotor. También puede ocurrir que exista una retribución excesiva, en términos de mercado, pagada por los comuneros o cooperativistas a favor de la gestora por la enajenación de los locales a terceros (en este caso el gestor sí actuaría como un corredor o agente inmobiliario). A las anteriores corruptelas contribuye la indebida contabilización de su enajenación:

En sede cooperativa el importe de la enajenación de los locales comerciales a terceros debe ser decidido en Asamblea General (art. 89.4 LC) y dicho resultado debe contabilizarse de forma separada en cumplimiento del artículo 57.3 de la Ley, al ser una actividad cooperativizada con terceros no socios. Este control no suele efectuarse, o bien porque se aplica dicho resultado a reducir el coste de las viviendas, o bien porque los costes de construcción de las viviendas y de los locales no están desglosados impidiendo conocer este resultado.

Desgraciadamente en sede de comunidad no están tipificadas estas garantías por lo que las irregularidades pueden ser más frecuentes y mayores.

5.^a Confusión de patrimonios entre fases o promociones inmobiliarias pertenecientes a un mismo autopromotor.

Puede ocurrir que los gestores para «simplificar» sus presupuestos de tesorería o cubrir gastos extraordinarios, en vez de solicitar financiación ajena, recurran a préstamos interfases, por lo que socios de una fase pueden resultar ser acreedores de otros. Esta situación es especialmente delicada cuando cada fase no está representada en el órgano de gobierno del autopromotor y éste, autorizando estas operaciones, incurre en un supuesto de autocontratación al vincular dos patrimonios separados. En sede de cooperativas, salvo en Castilla-La Mancha (Ley 20/2002, art. 118.4), por ejemplo, no se ha previsto la obligatoriedad de una representación proporcional por fases en los Consejos Rectores.

6.^a Ausencia de Juntas Generales o existencia de Juntas de mera ratificación. Los gestores funcionan con poderes amplísimos.

En sede de comunidades, en las que el gestor opera con un mandato para promover, las Juntas se celebran con una periodicidad anual y se limitan a ratificar (sin conocimiento de causa) las cuentas anuales y la gestión social. En sede de cooperativas esta situación puede darse, pero al menos existe una reserva de materias que por ley deben someterse al órgano asambleario (art. 21 LC).

De las conductas anteriores, existen pronunciamientos jurisprudenciales que dan testimonio de las mismas (25).

A las anteriores conductas se pueden agregar otras más habituales pero quizá de menor intensidad (compartir domicilio social, autopromotor carece de profesionales contratados ajenos a la gestora, cobrar gastos directamente del comunero o cooperativista por captación comercial, cobrar la práctica totalidad de los honorarios de gestión antes de la entrega de las viviendas, etc...).

(25) En el ámbito penal, de los Antecedentes de Hecho (AtH) de la STS de 9 de octubre de 2003 (*EDE* 2003/110653) sobre el «Caso PSV» encontramos las conductas que hemos epigrafiado como 1.^a (AtH 4.2 y 6.3) como 2.^a (AtH 4.3.3), como 4.^a (AtH 4.2.) y como 5.^a (AtH 4.3.1). También observamos conductas parecidas en otra sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2003 (FJ 4.º, LA LEY 2796/2003) sobre la constitución de una cooperativa para encubrir una promoción libre en la que los socios promotores de la cooperativa adoptan decisiones de enorme trascendencia (selección de empresa gestora, constructora, coordinadora de las obras de edificación, etc...) y los verdaderos cooperativistas se limitan a adherirse a tales circunstancias.

Otras sentencias son la de 16 de mayo de 2002 (AtH 1.º, *EDE* 2002/22309), 29 de enero de 2001 (AtH 1.º, *EDE* 2001/2801), 1 de julio de 1997 (AtH 1.º, *EDE* 1997/5394) o 2 de julio de 1993 (AtH 1.º, *EDE* 1993/6569).

En el ámbito civil, estas conductas también las advertimos en la STS de 29 de junio de 1989 —FJ 2.º, *EDE* 1989/6617—, y en la línea jurisprudencial que equiparó como promotor al gestor con intervención decisoria (cfr. de 6 de marzo de 1990 —FJ 1.º, LA LEY 371-1/1990, de 3 de octubre de 1996; FJ 2.º, *EDE* 1996/6730, de 26 de junio de 1997; FJ 3.º, *EDE* 1997/6082, de 15 de marzo de 2001; FJ 1.º, *EDE* 2001/2304).

VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA: UN FRAUDE DE LEY

En todo este fenómeno se da un elenco de conductas que revisten la naturaleza de actos fraudulentos. Así podríamos aplicar el levantamiento del velo societario cuando los lazos de conexión entre la gestora y el autopromotor hacen del segundo un mero instrumento del primero (26). También puede ser interesante, en especial en el ámbito del Derecho Penal, aplicar la figura del administrador de hecho para imputar el delito societario tipificado en el artículo 295 del Código Penal a los responsables de la gestora. Sin embargo, estas figuras no recogen con toda la amplitud el fenómeno que analizamos y sus efectos. La institución del fraude de ley nos permitirá sancionar correctamente la actuación fraudulenta con la aplicación de la norma eludida. Debe atacarse este artificio para dejar indemne el patrimonio del autopromotor (27).

Dicho artificio constituye un acto fraudulento dirigido a eludir determinadas normas, lo que encaja perfectamente en la institución del fraude a la ley; así, siguiendo la sistemática propuesta por SOLS LUCIA, A. (28), entendemos:

(26) Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 13 de febrero de 2003 (FJ 5.º, EDE 2003/73704):

«...se desprende de los documentos obrantes en autos, ninguno de los miembros del Consejo Rector adquirió vivienda en esta promoción, luego Montaña Nevada, en realidad es una Sociedad Limitada o Anónima que tendría el mismo o parecido fin social que Progreso 4, una promotora o Gestora de Viviendas, pero que con la forma de cooperativa consigue mayor valoración en las normativas de adjudicación de parcela edificables y con prioridad a otros promotores. En conclusión, de la conjunta apreciación de lo actuado y pruebas practicadas, racionalmente valoradas, se constata que aún existiendo titularidades jurídicas diversas, en realidad es una única personalidad la actuante, productora del daño que los demandados reclaman...».

(27) La institución del «levantamiento del velo» tiene efectos más diversos que la del fraude de ley que supone la aplicación de una norma imperativa en todo caso; por ello creemos más apropiada esta última figura para nuestro análisis.

Así parece también entenderlo BOLDÓ RODA, Carmen, en *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 225, quien comenta que además de utilizarse la técnica del levantamiento del velo para evitar la elusión del artículo 1.911 del Código Civil, se utiliza para eludir responsabilidades nacidas de pactos contractuales o de obligaciones extracontractuales (situaciones que no se ajustan al fraude de ley).

(28) En *El fraude a la ley: estudio analítico del artículo 6.4 del Código Civil en la doctrina y jurisprudencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 102 y sigs.

La sistematización que propone el autor se efectúa sobre la base de uno de los considerandos de la STS de 13 de junio de 1959. Más recientemente, sintetiza los requisitos exigidos por la jurisprudencia la STS de 26 de febrero de 2001 (FJ. 2.º, LA LEY 3537/2001):

«Los requisitos a tener en cuenta para calificar los hechos de fraude de ley, recopilando la doctrina referida, cabe esquematizarlos así: que el acto u actos sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan, en consecuencia, su violación efectiva, y que la norma en la que el acto pretende apoyarse no vaya dirigida, expresa

- 1.º *Existencia de una conducta externa.*
- 2.º *Dicha conducta, por fuerza habrá de ser formalmente legal.*
- 3.º *Un deseo sincero de acogerse a la norma de cobertura.*

Desde que la ocasión del negocio inmobiliario se presenta al gestor, éste pone en marcha toda una serie de actos que se manifiestan para captar la atención de terceros (incluyendo la presentación a concursos de suelo). Además, estos actos están revestidos de una legalidad que *a priori* no puede cuestionarse: la publicidad de una futura promoción, la constitución de la cooperativa o la creación de unos estatutos para la comunidad, la actividad comercial de captación de los futuros integrantes.

Subrayamos que no se busca la apariencia como si de un negocio simulado se tratara, sino que, a una determinada fecha del proyecto, los actos efectuados son inatacables; además con ellos inicialmente se evita la determinación imperativa de las características de la vivienda que se exige por las normas administrativas (29).

Las normas de cobertura, en nuestro caso, son las que conforman el régimen jurídico de las comunidades y cooperativas y, en especial, el mandato y el arrendamiento de servicios como vehículo que permite el gobierno de la promoción:

- 4.º *De hecho, la ley en que se ampara, no le protege suficientemente.*
- 5.º *Al menos el resultado ha de provocar el perjuicio de una ley: la llamada norma defraudada.*
- 6.º *Dicha norma eludida habrá de ser, por lógica, imperativa.*

Baste invocar dos de los principios básicos que inspiran las cooperativas o comunidades (gestión democrática y participación activa de sus integrantes) para darse cuenta de que la función del gestor profesional queda al margen de estos principios cuando mediatiza las decisiones del autopromotor. Estas entidades de autopromoción están diseñadas normativamente para evitar intermediarios y sobrecostes; la presencia de los gestores, salvo un desempeño muy poco intervencionista, será decisiva y perjudica a la norma defraudada.

La fórmula acaba arrumbando todo un régimen jurídico garantista a favor del comprador de vivienda como consumidor. Como se verá en el apartado siguiente, con más detalle, se están eludiendo normas imperativas con el fin de evitar responsabilidades:

y directamente, a protegerle, bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser un medio de vulneración de otras normas, bien por tender a perjudicar a otros...».

(29) Por eso creemos que no se trata de un negocio simulado relativamente sino fraudulento porque no sólo se oculta el negocio disimulado (la compraventa) sino que además se consigue la elusión de normas de carácter imperativo. Para estudiar las diferencias entre la simulación relativa y el fraude de ley, ver MEZQUITA GARCÍA GRANERO, M.ª D., *El fraude de Ley en la Jurisprudencia*, Aranzadi Thomson, Navarra, 2003, págs. 59-73.

7.º *Ambas normas —la de cobertura y la eludida— han de formar parte del mismo ordenamiento.*

8.º *No es esencial para el fraude que las normas de cobertura y eludida sean distintas.*

Observamos que de la misma ley se utilicen preceptos de cobertura y se eludan otros. Como ejemplo la utilización de la figura del mandatario para eludir las obligaciones del artículo 1.591 o, en situaciones de insolvencia de la cooperativa, la solicitud de baja fraudulenta para eludir las responsabilidades del socio (30):

9.º *Es necesario que el resultado prohibido se halle en relación de causalidad con la cobertura de la norma.*

10.º *Basta el perjuicio de una ley o del ordenamiento jurídico.*

La comunidad o la cooperativa son entidades de corte mutualista que operan bajo el principio de autoresponsabilidad de sus socios, pues son ellos mismos dueños, partícipes y responsables de sus propias decisiones; prueba de ello puede ser la exoneración a efectos de responsabilidad decenal de estas entidades frente a sus socios (31). La norma imperativa precisamente busca que sea irrenunciable un responsable de la ruina de la edificación frente al destinatario final de la misma, por ejemplo. La relación de causalidad es clara: la norma de cobertura atribuye la responsabilidad de sus propios actos al socio-consumidor, mientras que la norma eludida protege al consumidor confiriéndole acciones privilegiadas e irrenunciables contra los responsables.

No es necesario que el gestor tenga voluntad de sustraerse de las normas imperativas ni que ocasione daños a terceros, basta con que, efectivamente, su actuación produzca un resultado antijurídico.

(30) Sobre la ley estatal ponemos el siguiente ejemplo: una cooperativa tiene en curso de edificación setenta viviendas y diez locales; atendiendo a la expectativa de infravaloración de las viviendas y a la asunción de coste de la construcción de los locales, cincuenta cooperativistas se dan de baja amparándose en el principio de puerta abierta y en la imposibilidad de imputarles pérdidas por la promoción al no haberse efectuado la entrega de las viviendas ni de los locales (arts. 1 y 51.2 de la LC, normas de cobertura) pretendiendo eludir la responsabilidad ilimitada por el coste de las edificaciones (art. 1.911 CC de la norma eludida).

Esta responsabilidad ilimitada de carácter mancomunado se ha aplicado para supuestos donde, no teniendo ningún bien la Cooperativa, los cooperativistas se adjudicaron las viviendas sin saldar sus deudas con los acreedores (por ejemplo, STS de 14 de abril de 2003, RA 2003/3710 y STS de 29 de marzo de 2001, citada en CIRIEC, núm. 13, octubre de 2002, pág. 164).

(31) Valga, por todas, STS, Sala 1.ª, de 13 de diciembre de 2007, FJ 5.º, LA LEY 232451/2007.

También es irrelevante que el perjudicado sea o no consciente de la maquinación (32).

VII. LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR ENCUBIERTO: LA APLICACIÓN DE LA NORMA DEFRAUDADA

Como anticipamos brevemente, la utilización de las comunidades o cooperativas y la existencia de mandatos o prestación de servicios pretenden eludir no sólo una norma concreta, sino todo un régimen jurídico dirigido a garantizar al destinatario final de la vivienda su entrega en determinadas condiciones. Destacamos aquí como regímenes jurídicos defraudados los tres de mayor intensidad:

a) La responsabilidad contractual (el contrato de compraventa, art. 1.445 y sigs. del Código Civil, debidamente integrada con la normativa garantista de consumidores y usuarios tanto de ámbito estatal como autonómico: art. 59 y sigs. sobre contrato y garantías con consumidores del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; art. 3 y sigs. del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa de viviendas; art. 5 y sigs. de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, etc...).

El gestor que actúa como un promotor encubierto a través del arrendamiento de servicios pretende que su actividad sea calificada de actividad cuando en realidad está obligado a un resultado.

Especial trascendencia tiene la información contractual y precontractual sobre el cumplimiento del plazo de entrega al ser la compraventa sobre plano una compra de cosa futura.

La desviación en los costes iniciales, la alteración de las características o calidades y el retraso en la entrega son magnitudes de tal trascendencia económica que no deben recaer en el comunero o cooperativista cuyo perfil ha

(32) STS de 26 de febrero de 2001 (FJ 2.º, LA LEY 3537/2001): «...debiendo señalarse, asimismo, que la susodicha figura (el fraude de ley) no requiere la prueba de la intencionalidad, siendo, pues, una manifestación objetiva a apreciar por la circunstancia de concurrir los requisitos que la configuran».

No podemos detenernos aquí examinando la controversia jurisprudencial y doctrinal entre las tesis que mantiene la necesidad de una intencionalidad en burlar la ley (subjetiva) y aquélla que simplemente acepta la existencia del fraude al margen de cualquier elemento intencional (objetiva). Para ello, ver con más detalle, DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, *El fraude de ley*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 327-367.

Baste decir que en nuestro caso parece imposible pensar en un gestor que incurra involuntariamente en el negocio fraudulento: una promoción inmobiliaria es una actividad duradera en el tiempo (años) que exige de decisiones documentadas y cuya responsabilidad es patente, dadas las características complejas del producto a construir.

sido abogado al de un simple observador más que un promotor partícipe de su proyecto.

b) La responsabilidad decenal (art. 17.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación).

Aunque el citado precepto tímidamente advierte el posible negocio fraudulento equiparando en materia de responsabilidad al promotor con el gestor que haya tenido una intervención decisoria, hubiese sido más eficaz establecer una presunción *iuris tantum* que califique al gestor como promotor, salvo que pruebe la intervención decisiva del cooperativista o comunero en su proyecto; presunción *iuris tantum* no sólo en el ámbito de la responsabilidad decenal sino también en el ámbito de la responsabilidad contractual.

c) La responsabilidad administrativa sancionadora (art. 46 y sigs. del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

El promotor encubierto siempre procurará trasladar la culpabilidad de la infracción a otros agentes intervinientes, incluido el autopromotor, por ser aparentemente un simple asesor o gestor. Introduce en esta sede una espinosa cuestión prejudicial civil (la calificación como promotor o gestor) para eludir su culpabilidad.

VIII. UN EJEMPLO DE PROMOCIÓN ENCUBIERTA

Para ilustrar lo expuesto en los apartados V, VI y VII, utilicemos un ejemplo:

Un grupo de jóvenes en el año 2002 se apunta a una cooperativa de viviendas sin más información que la suministrada en un sucinto anuncio de prensa con un número de teléfono, dirección, y precios «desde...» o «estimados».

Sin perjuicio de tener que efectuar una pequeña aportación, se les informa —por parte del gestor— que la cooperativa todavía no tiene suelo, pero que las viviendas puede que sean protegidas y su elección será por riguroso orden de inscripción. Además se les avisa que es necesario efectuar desembolsos para atender los primeros compromisos financieros para la adquisición de los terrenos y que prevén que podrán iniciar obras en un par de años o tres.

La documentación con la que cuentan los recién ingresados podría ser unos simples boletines de inscripción firmados por el Consejo Rector asignándoles un número, un anteproyecto de su vivienda, una vaga memoria de calidades, un calendario de pagos y los estatutos sociales de la cooperativa, todos ellos redactados por una sociedad gestora que ha colocado como socios promotores y consejeros de la cooperativa a personas de su confianza o incluso a sus empleados.

La información verbal que se les suministra a nuestro grupo de jóvenes define elementos más trascendentales y suele ser la que determina la decisión de ingresar en la cooperativa (33).

En este contexto el cooperativista no tiene ninguno de los documentos que, por ejemplo, exige una de las normas eludidas: el artículo 60.2.a) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (34).

A pesar de efectuar ingresos, el cooperativista tampoco tendrá un aval o seguro de caución que la normativa exige (35).

Con estos colectivos, ya se suelen convocar Asambleas o Juntas de Fase para informar o ratificar acuerdos donde la gestora ha tenido una intervención directa.

La perfección de negocios sobre adquisición del suelo, contratación de obra de edificación, contratación de gestora, etc..., no suelen condicionarse a la celebración de Asambleas, sino más bien a decisiones ágiles del Consejo Rector normalmente muy mediatizado por la opinión de la propia sociedad gestora, que es la profesional que conoce el sector. La conclusión de estos negocios muchas veces se cierra con expectativas distintas a las previstas o se dejan pactos abiertos para poder revisar su contenido económico.

(33) Bajo nuestra experiencia en este sector, salvo situaciones de mucha confianza, nadie invierte gran parte de sus ahorros sin saber al menos la ubicación de su vivienda, un precio estimado (los precios oficiales para la protegida) y un plazo aproximado de entrega. Lo anterior, manifestado verbalmente o por escrito de forma muy imprecisa junto con una simple recomendación de un amigo, es suficiente para efectuar grandes desembolsos.

(34) Dice el citado precepto: «A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:

a) Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.

b) Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo (...).

c) Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.

d) Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.

e) Garantías ofrecidas».

(35) Artículo 1 de la Ley 57/1968 (aplicable a cooperativas y comunidades por la Disposición Adicional 1.^a de la LOE, ya antes aplicable también por Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre). Tenemos conocimiento de cartas de aval que se otorgan para garantizar la no distracción de fondos de la promoción, pero que no cumplen con la finalidad de garantizar los incumplimientos de entrega o de iniciación de las viviendas (art. 3 de la Ley 57/1968). Entiendo que este tipo de garantías puede ser utilizado por el gestor de forma sesgada para crear cierto grado de solvencia en el proyecto inmobiliario y confundir al consumidor. Tanto estas prácticas como las de total ausencia de garantías, a pesar de su frecuencia, no son lo debidamente perseguidas por la Administración sancionadora competente.

Siguiendo nuestro ejemplo, el suelo a adquirir puede permitir más o menos viviendas, realizarse en plazos bien distintos de los comentados debido a su incipiente desarrollo urbanístico o, incluso, las viviendas ubicarse en zona distinta de la inicialmente planteada; también puede ser que el compromiso de la empresa constructora se haya basado sobre un simple anteproyecto o proyecto básico dejando la puerta abierta a discutir el precio de las unidades concretas y bien definidas una vez se conoce el proyecto de ejecución. Circunstancias análogas a las anteriores conllevarán la consabida Asamblea donde se informará a nuestro grupo de jóvenes sobre la necesidad de efectuar más desembolsos económicos para poder sufragar nuevos compromisos.

En situaciones donde ni tan siquiera hay suelo o donde la demanda de viviendas está casi en los mínimos, la situación del cooperativista o comunero es muy delicada: ha ingresado un importante capital, no debidamente asegurado y con plazos de reembolsos muy largos (36). Además nadie se responsabiliza de esta situación, puesto que teóricamente la cooperativa es dueña de sus propias decisiones. La alternativa de soportar las derramas parece la más sensata.

Para concluir nuestro ejemplo, baste decir que muy probablemente, la vivienda, de concluirse, no será en el plazo inicialmente estipulado, ni con las características o calidades esperadas, ni con el coste informado, incluso probablemente a nuestro grupo de jóvenes, el coste final de sus viviendas se le haya alejado notablemente de los precios medios de mercado en promoción mercantil que existían allá por el año 2002 cuando decidieron incorporarse a la cooperativa.

Por tanto, en nuestro ejemplo debería exigírsele a la sociedad gestora los compromisos inicialmente planteados que concluyeron con una auténtica compraventa. El cooperativista ha actuado prácticamente igual que el cliente de un promotor, simplemente se diferencia porque ha contado con una información más actualizada de la edificación y, en el mejor de los casos, ha participado en alguna mejora de calidades o visita a la obra en curso.

IX. ESTRATEGIAS JURÍDICAS DE LOS PERJUDICADOS

A) ESTRATEGIA EXTRAPROCESAL

Desde el plano extraprocesal, atendiendo al carácter asociativo de los autopromotores, ante supuestos como el que acabamos de ejemplificar, lo más eficaz sería aprovechar los derechos que la legislación prevé para las

(36) El artículo 51.5 de la Ley 27/1999, de Cooperativas de ámbito estatal, prevé un plazo de hasta cinco años para el reembolso de las aportaciones y los pagos para financiar las viviendas.

minorías (37). Ejemplos de lo anterior serían: la solicitud de derecho de información previsto para el 10 por 100 de los socios; la posibilidad de convocar Asamblea General Extraordinaria para el 20 por 100 del total de votos sociales; para igual porcentaje la posibilidad de impugnar acuerdos de la Asamblea General; la facultad de incluir asuntos en el Orden del Día de las Asambleas convocadas para el 10 por 100 de los socios; la potestad de impugnar los acuerdos del Consejo Rector por parte del 5 por 100 de los socios, igual porcentaje para solicitar nombramiento de auditor de cuentas del Registro de Cooperativas, etc... (38).

La finalidad del ejercicio de estos derechos minoritarios es controlar la actuación del Consejo Rector y su vinculación con la gestora o incluso plantear su renovación. La incorporación de un colectivo de afectados a los órganos de administración, incluido también los interventores, va a facilitar decisiones mucho más ágiles y permitirá acceder fácilmente a toda la documentación y gobernar la Cooperativa de forma independiente. Estas medidas, aunque laboriosas y activas, serán, *a priori*, más eficaces que una reclamación judicial.

También pueden ser medidas de presión, aunque en bastante menor medida, las denuncias a la Administración competente en materia de consumo o de funcionamiento societario por situaciones irregulares (falta de llevanza de libros sociales, no otorgamiento de avales, etc...).

Sin embargo, estas estrategias no son viables cuando no se cuenta con un colectivo de afectados o cuando, a pesar de contar con un colectivo, los afectados ya han solicitado su baja. En estos casos, se recurre al asesoramiento jurídico profesional más bien tarde, urgidos por la intención de recuperar lo aportado y habiendo perdido la condición de socios o comunero. En esta condición de ex socio se han perdido gran parte de los derechos que la ley reconocía e incluso pueden estar fuera de cobertura de seguros o avales que garanticen anticipos a cuenta del precio o coste (39).

Lo anterior conlleva necesariamente a plantearse la vía judicial como remedio.

(37) En sede de comunidades de propietarios es frecuente encontrar remisiones estatutarias a la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal, que contienen preceptos que velan por los intereses de la minoría, por ejemplo, artículos 16.1 y 17.2. En esta sede la protección de las minorías es mucho más incompleta que en cooperativas.

(38) En la Ley Estatal 27/1999, de Cooperativas, ver artículos 16.3.g), 23.3, 31.5, 24.2, 37.2 y 62.2, entre otros.

(39) Efectivamente el comunero o cooperativista que toma la decisión de separarse del proyecto (movido por la desconfianza o por la exigencia de más desembolsos económicos de los previstos) plantea su baja y a la vista de las dificultades en recuperar su dinero recurre al asesoramiento legal. En estos casos, la mayoría de pólizas excluyen el reembolso de lo aportado en caso de baja voluntaria (aunque pueda tener carácter justificado). Debe, por tanto, sopesarse si la baja voluntaria es una solución acorde a los intereses de los afectados.

B) ESTRATEGIA PROCESAL

En ella también la formación de un grupo de afectados es un presupuesto muy conveniente pero no imprescindible para demostrar la existencia del fraude de ley.

La vía penal debe quedar reservada sólo para los supuestos de insolvencias punibles o para aquellos que la información documental revela de antemano que ha existido una distracción de los fondos aportados por los consumidores a otros fines, aunque no haya existido un correlativo enriquecimiento del gestor o consejero y aunque no haya existido desde el inicio un ánimo de lucro o un contrato criminalizado (40).

(40) STS, Sala 2.ª, de 17 de julio de 1998 (FJ 26.º, *RJ* 1998/6295) o STS, Sala 2.ª, de 16 de febrero de 2001 (FJ 1.º, *La Ley* 3576/2001):

«En el supuesto que examinamos en el presente recurso, en el relato fáctico se dice que el acusado, en su condición de Presidente del Consejo Rector de la Sociedad Cooperativa Limitada “Nuestra Señora de los Pocitos”, realizó toda una serie de operaciones, como contratación de obras, firma de letras, diversos pagos cuyos conceptos y cantidades no se han podido cuantificar, disponiendo así de las aportaciones de los socios que ascendían a un total de 43.128.172 pesetas. (...). Pues bien, tal relato fáctico, aclarado por los razonamientos expresados en la sentencia de instancia, dejan bien patente que nos encontramos ante una conducta que encaja perfectamente en el artículo 535 del Código Penal derogado igual que el artículo 252 del vigente Código Penal, que sancionan dos tipos distintos de apropiación indebida: (i) el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro; (ii) el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis, como antes se ha dejado expresado, el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador como consecuencia de la gestión desleal, y eso es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa».

Un análisis todavía más detallado y exhaustivo lo realiza el FJ 3.º, apartado 12 de la STS, Sala 2.ª, de 9 de octubre de 2003 (*La Ley* 2862/2003) sobre el famoso Caso de la PSV, validando la sentencia de la Audiencia Nacional en cuanto a la correcta tipificación de la conducta del Director y Gestor de la Cooperativa, Carlos Sotos, como apropiación indebida:

«12. De lo hasta ahora expuesto queda fuera de toda duda que el recurrente “era plenamente consciente del tipo de estructura empresarial que estaba creando y de la fragilidad de la misma, así como de los compromisos contraídos”, y a pesar de ello actúa asumiendo altos riesgos en el manejo de los fondos entregados por los cooperativistas, destinándolos a cubrir las necesidades del grupo en cualquier rama de actividad, violando el compromiso asumido.

Por tanto, cabe estimar, en contra de lo aducido por el motivo, que el elemento subjetivo (conciencia y voluntad del autor) abarcaba la propia conducta de distracción, el perjuicio que se originaba, así como el incumplimiento de la obligación de devolver que se asumía, desde el momento en que se utilizaban los fondos para fines distintos, sin garantizarse a través de los medios adecuados la devolución de aquéllos en el caso de incumplimiento de la finalidad que motivó su entrega.

El señor S. P. era el ejecutor y, por ende, perfecto conocedor de los artificios contables y operaciones de ingeniería financiera, claramente denotadores de que las cantidades desviadas no podrían ser recuperadas para la finalidad que le era propia».

Fuera de estos supuestos flagrantes, que consideramos excepcionales, el enfoque de la estrategia debe ser civil (41). Deben probarse las conductas del promotor encubierto para deducir su intervención decisoria.

La demanda a plantear consideramos que debe acumular una acción de nulidad por fraude de ley (de carácter imprescriptible) y una acción de cumplimiento contractual conforme al régimen jurídico del contrato de compraventa y la normativa de consumidores y usuarios eludida, sin perjuicio, de exigir también, en su caso, responsabilidad de carácter decenal (42). Estas acciones de cumplimiento contractual y decenales estarán sujetas a los plazos prescriptivos que establecen las oportunas normativas (quince años por aplicación del art. 1.964 CC y uno, tres y diez años por aplicación del art. 17 de la LOE).

Para la primera acción de nulidad, clave en el éxito de nuestra pretensión, deberá efectuarse, con carácter previo, un examen exhaustivo de los libros sociales del autopromotor, en especial un análisis de la forma en la que se han tomado las decisiones más importantes conjugándola con el censo social en cada momento y con las distintas alternativas presentadas para la decisión. Por ejemplo: evaluar la verdadera participación de la gestora o del consejo o junta rectora en la elaboración del presupuesto económico de la promoción y su conocimiento por la Asamblea General; examen de la forma de ser seleccionada la empresa gestora, la constructora o la dirección facultativa, etc...

Debe también examinarse la relación entre el personal de la empresa gestora y miembros de la junta o consejo rector. El examen de los contratos con los principales agentes intervinientes. Un análisis del informe de gestión y las cuentas anuales también puede arrojar luz sobre la contabilización y destino del importe de la enajenación de locales comerciales. Esta documentación debería facilitarse, en caso de ser negada, por la vía de las diligencias preliminares (43).

(41) Incluso en sede de cooperativas, será la jurisdicción civil a pesar de la dicción del artículo 86 ter. 2.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a los Juzgados de lo Mercantil: «*todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas*», dado que pretendemos la nulidad de dicha estructura societaria aparente y la aplicación de un contrato de compraventa y su régimen jurídico imperativo.

(42) Un esquema conceptual muy similar al nuestro, en otro ámbito, es el aplicable a permutas, arrendamientos con opción a compra efectuados de forma fraudulenta para eludir el derecho de retracto del condueño o del arrendatario (ver, por todas, SAP de Toledo, de 15 de septiembre de 2001, AC 2001/2009, y SAP de Pontevedra, de 10 de marzo de 1994, LA LEY 15492/1995). En ellas, una vez detectada la nulidad por fraude de ley, se aplica la normativa eludida.

(43) Es el supuesto del artículo 256.4 de la LEC. Nosotros apoyamos que este deber de exhibición también concurre en *ex* socios o socios en baja cuya liquidación de aportaciones y pagos no haya sido desembolsada o lo haya sido de forma controvertida para el *ex* socio. No hay que olvidar que, además de la retención que la Cooperativa puede efectuar sobre los pagos a cuenta de la vivienda, la propia Ley estatal reconoce respon-

Para la segunda acción de cumplimiento contractual es esencial examinar la documentación en cuanto a calidades, características, plazo de entrega y coste estimado que existía a la hora de la adhesión al proyecto inmobiliario y que, sin duda, formaron el criterio de decisión del consumidor. Muy probablemente haya que acudir a una prueba pericial de arquitecto y aparejador para cotejar las calidades y la configuración inicial y final de la edificación. No es habitual, aunque a veces se oferta por algún promotor o gestor, que en la publicidad o en los contratos de adhesión aparezca fecha de entrega o «precios cerrados»; en cambio sí consideramos frecuente que se facilite de forma abierta una vaga memoria de calidades o que, de los bocetos publicados, puedan inferirse alguna de ellas (por ejemplo, instalaciones deportivas).

Respecto al plazo de entrega abogamos que pueda deducirse por el calendario de pagos exigido al comunero o cooperativista y por otros elementos habituales en el desarrollo urbanístico como el estado de las obras de urbanización, compromisos de finalización de obra que el autopromotor o el gestor haya precisado frente a las Administraciones, Juntas de Compensación u otros agentes intervinientes.

En cuanto al elemento precio, efectivamente éste es uno de los más eludidos por ser claramente identificable y exigible. A la vista de dicha dificultad, debemos poner la lupa en los incrementos de costes sobrevenidos y repercutidos sobre los consumidores, detectando sus causas y la gestión de la toma de decisiones sobre los mismos; en la mayoría de los Estatutos Sociales de los autopromotores, determinados incrementos de costes permiten la baja justificada del proyecto, nosotros abogamos, en caso de promoción encubierta, que dichos incrementos puedan, en su caso, interpretarse como incumplimientos del promotor que confieran a los perjudicados la facultad resolutoria. Coherentemente con lo anterior, defendemos también que se deje sin efecto cualquier plazo de reembolso de lo aportado que difiera el vencimiento del crédito de los socios o comuneros dados de baja.

El contenido de nuestra acción de cumplimiento podrá ser, en la mayoría de los casos, una indemnización, valorando económicamente los compromisos iniciales a la hora de adherirse al proyecto inmobiliario con la realidad finalmente ejecutada.

X. MEDIDAS CONDUCENTES A REDUCIR LA PROMOCIÓN ENCUBIERTA

1.^a El autopromotor debe ser consciente de que el asesoramiento independiente puede prevenirles de situaciones de abuso o conflictos de intereses,

sabilidad por deudas sociales a los *ex* socios hasta transcurridos cinco años desde la baja y hasta el importe de lo reembolsado por capital social (art. 15.4).

habituales entre el gestor y el resto de agentes intervinientes. Estos asesoramiento, aunque puedan suponer un mayor gasto inicial, deben tener carácter preventivo y no solicitarse al final del proyecto inmobiliario. Es de alabar, en este sentido, el artículo 117.d) de la Ley 4/1999, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (44).

2.^a Otro factor que deben asumir estos colectivos es el de retribuir económicamente al Consejo Rector o Junta Rectora para dotarles de mayor independencia y poderles solicitar un nivel mayor de exigencia en la gestión (45).

3.^a También consideramos necesario el apoyo real y efectivo de estos colectivos en cuanto a su defensa en juicio por parte de las organizaciones de consumidores y usuarios sobre la base del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.^a La creación de una autorización y registro administrativo en el que se exija solvencia profesional y seguros de responsabilidad civil u otros requisitos análogos a los gestores de comunidades y cooperativas como sucede en otras sociedades de gestión de fondos de inversión colectiva.

5.^a Dotación de mayores medios a la inspección de consumo para la vigilancia del cumplimiento de la normativa administrativa, en especial, la existencia de avales o seguros de caución frente a cualquier desembolso.

6.^a En promociones de viviendas protegidas limitar por norma la responsabilidad del autopromotor hasta el precio máximo de venta aplicable.

7.^a Establecer una presunción *iuris tantum* a favor del consumidor por la que se presuma, salvo prueba en contrario, que el gestor del proyecto inmobiliario ha tenido una intervención decisiva y, por tanto, es promotor inmobiliario.

(44) Dicho artículo, que buscaba precisamente garantías en la gestión de los cooperativistas, fue sorprendentemente criticado por la Federación de Cooperativas de Madrid, por entender que resultaba inoperante, apoyando, eso sí, la creación de una inspección especial en materia de cooperativas y consumidores (ver VÁZQUEZ FRAILE, A., «Las Cooperativas de Viviendas y el Proyecto de Ley de Cooperativas», en *Revesco*, núm. 66, 1998, pág. 145).

(45) Desgraciadamente la legislación cooperativa ha ofrecido tradicionalmente resistencia a estas retribuciones, sin embargo de forma estatutaria se pueden prever o pueden plantearse dichas retribuciones en sede de comisiones ejecutivas o consejeros delegados. Ver, por ejemplo, la Ley 4/1999, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, artículo 43.5. También artículo 38.6 de la Ley extremeña 2/1998, de 26 de marzo. No permite retribución, entre otras, el artículo 40 de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, y el artículo 71.2 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas andaluzas.

XI. CONCLUSIÓN

La promoción inmobiliaria encubierta es un fraude a la ley que amparándose en la legislación cooperativa, en la comunidad de bienes, en el mandato y el arrendamiento de servicios elude la aplicación de la normativa general sobre derechos y obligaciones, la compraventa y todo el elenco de normas garantistas de carácter contractual y administrativo de la que gozan los consumidores y usuarios de una vivienda.

Para detectarla es necesario examinar cómo se ha gestado la toma de decisiones sobre elementos esenciales de la promoción por parte del autopromotor, así como saber cuál ha sido la independencia real en la gestión del proyecto entre los órganos de administración del autopromotor y el gestor.

Para combatirla, antes de cualquier proceso judicial, es necesario partir de un colectivo de afectados que pueda coger el rumbo en las decisiones del autopromotor; si lo anterior no es posible, se deberá, en la mayoría de los casos, entablar demanda contra el promotor encubierto promoviendo la acción de nulidad por fraude de ley y la acción de cumplimiento contractual. En dicha última acción se debe indemnizar a los afectados con la diferencia de valor económico entre lo prometido en el momento de adherirse a estos colectivos con lo realmente ejecutado.

RESUMEN

FRAUDE DE LEY SIMULACIÓN

La promoción inmobiliaria encubierta es un fenómeno bastante común y se desarrolla especialmente en las cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios. En épocas de crisis inmobiliaria y financiera como la actual, estos agentes proliferan y con ellos el citado fenómeno.

A los responsables se les deben exigir las mismas obligaciones que a un promotor normal y los afectados deben gozar de las mismas garantías y derechos que posee un consumidor en la compraventa de una vivienda.

En este estudio se proponen medidas para evitar la promoción encubierta en-

ABSTRACT

EVASION OF THE LAW SIMULATION

Fraudulent real estate promotion is quite a common phenomenon and it develops especially in housing cooperatives and community properties. In periods of real estate and financial crisis as the current one, these agents proliferate and with them the aforementioned circumstance.

It is necessary to demand the same obligations from the people in charge as from a normal real estate promoter and those affected must have the same guarantees and rights that a consumer in the purchase of housing.

In this study measures are proposed to avoid fraudulent real estate promotion,

tre las que destaca la necesidad de potenciar organizaciones de consumidores para defender de forma asequible sus derechos y la de considerar como promotor al gestor de cooperativas o comunidades, salvo que pruebe que se ha limitado a gestionar.

such as the need to promote consumer organizations to defend affordably their rights and the need to consider the manager of housing cooperatives or communities to be a real estate promoter, unless he has demonstrated that his role is limited to management.

(Trabajo recibido el 26-12-2008 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)

La simulación y las donaciones encubiertas de inmuebles bajo la forma de compraventas. Determinación de sus supuestos y sus efectos

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Abogado

SUMARIO

LISTADO DE ABREVIATURAS Y REFERENCIAS NORMATIVAS UTILIZADAS.

1. INTRODUCCIÓN.
2. CONCEPTO Y CLASES DE SIMULACIÓN:
 - 2.1. CONCEPTO DE SIMULACIÓN.
 - 2.2. CLASES DE SIMULACIÓN.
3. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA SIMULACIÓN.
4. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE DONACIONES ENCUBIERTAS.
5. CONCLUSIÓN.

BIBLIOGRAFÍA.

LISTADO DE ABREVIATURAS Y REFERENCIAS NORMATIVAS UTILIZADAS

CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
CC	Código Civil.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, Enjuiciamiento Civil.

LGT	Ley 58\2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
TRLIPT	Real Decreto Legislativo 1\1993, de 24 de septiembre, aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
ITP	Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
LISD	Ley 29\1987, de 18 de diciembre, regula el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
Pág.	Páginas.
Art.	Artículo.
Ss.	Siguientes.
Ed.	Edición.

1. INTRODUCCIÓN

La simulación, y en concreto las donaciones de inmuebles encubiertas bajo la forma de compraventa, es un problema recurrente del tráfico jurídico que no tiene una solución normativa como denuncia parte de la doctrina (1).

Seguramente las principales causas son la menor tributación de las compraventas en comparación con las donaciones y la posibilidad de ocultar el fraude de la legítima de los herederos forzosos sorteando así la prohibición del art. 636 del CC. Así, la compraventa tributa a través del ITP, mientras que la donación tributa mediante el ISD a un tipo de gravamen gradual necesariamente superior (2).

Esta finalidad de engaño se ve incentivada por dos indeterminaciones. La primera se produce entre las donaciones remuneratorias y modales en relación con la compraventa. En efecto, en las donaciones remuneratorias hay una causa onerosa conforme al art. 622 del CC, cuya contraprestación no tiene que tener una equivalencia cuantitativa al valor del objeto de la donación (3). En las donaciones modales se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación, que puede consistir en cualquier tipo de conducta, incluso no

(1) Al respecto, DE CASTRO, en *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, reimpresión 1985, pág. 349, ha llegado a comentar que «la práctica judicial ofrece un número impresionante de casos en los que se pide y se declara la simulación, cuya cantidad y continuidad parece merecerían la atención del legislador».

(2) *Cfr.* art. 21 LISD y 11 TRLIPT.

(3) *Vid.* STS de 9 de mayo de 1999 (*RJ* 1999\4048).

evaluable económicamente. El incumplimiento de dicha obligación da lugar a la revocación de la donación según el art. 647.1 del CC (4).

Estas figuras intermedias son donaciones en las que su objeto en la práctica pueden tener un valor muy superior al atribuible a su contraprestación a pesar de lo dispuesto en determinados preceptos como el art. 629 del CC. La desproporción de tal valor en una economía de mercado no puede ser motivo de nulidad. Esta desproporción no excluye la posibilidad de que el contrato sea calificado de compraventa por nuestros tribunales (5). Lo cual constituye una respuesta judicial coherente con la economía de mercado reconocida en el art. 38 de la CE y con la regulación del contrato de compraventa, que sólo exige que el precio sea cierto y no se deje al arbitrio de terceros (6).

La segunda indeterminación normativa se produce a nivel tributario. Los artículos referentes a los hechos imponible de los distintos impuestos también generan una gran incertidumbre al respecto, puesto que una transmisión onerosa *inter vivos* de bienes o derechos (que puede constituir tanto una donación como una compraventa), se encuentra dentro del hecho imponible del ITP y del ISD (7).

Esta indeterminación normativa respecto a la diferenciación entre la donación y la compraventa, tanto en su regulación civil como tributaria, ha provocado que nuestros tribunales se hayan tenido que pronunciar reiteradamente sobre supuestos en los que las partes han celebrado contratos calificados formalmente de compraventas, pero que encubren, o pueden encubrir donaciones.

La doctrina y la jurisprudencia española suelen tratar el problema expuesto a través de la figura de la simulación. En consonancia con lo anterior, el objeto de este artículo es establecer unos criterios de identificación de los supuestos de donaciones encubiertas bajo la forma de compraventas, así como esclarecer los efectos jurídicos que deben asignarse a tal tipo de supuestos.

2. CONCEPTO Y CLASES DE SIMULACIÓN

2.1. CONCEPTO DE SIMULACIÓN

Puede decirse que hay un gran consenso en torno al concepto de simulación a pesar de que no haya una definición legal de la misma (8). La si-

(4) *Vid.* STS de 6 de abril de 1999 (*RJ* 1999\2656) y STS de 23 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\7386).

(5) *Vid.* STS de 19 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990\10312).

(6) *Cfr.* art. 1.445, 1.447 y 1.449 del CC.

(7) *Cfr.* art. 3 LISD y 7 TRLIPT.

(8) A este respecto, DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 335, comenta: «La simulación no se ha regulado bajo este nombre en el CC. Se refiere directamente a ella cuando se trata de las donaciones hechas “simuladamente, bajo apariencia de otro contrato”

mulación es una institución jurídica cuya principal característica es la creación de una apariencia (9). Así DE CASTRO dice: «la simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial; ya sea éste contrario a la existencia misma (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de contrato (simulación relativa)» (10).

Por su parte, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (11) consideran que «la simulación implica una contradicción entre la voluntad interna y la voluntad declarada. De esa contradicción nace un negocio jurídico, que se califica de aparente». «Toda simulación consiste en la creación intencional de una apariencia de negocio jurídico, realizada con el fin de ocultar la verdadera situación jurídica existente».

En igual sentido se pronuncia el resto de la doctrina, como ALBALADEJO (12), ESPÍN (13) o LASARTE (14). Por tanto, puede concluirse que el fenómeno de la simulación «es un caso de divergencia entre lo declarado y lo querido», como bien dice PUIG BRUTAU (15).

(art. 628), y de la disposición testamentaria, a la que “se la disfraza bajo la forma de contrato oneroso” (art. 755). Mas las reglas generales respecto al significado de la simulación se establecen al tratar de la falsedad de la causa (art. 1.276)».

(9) En este sentido, DE CASTRO aclara precisamente el ámbito de la simulación al comentar: «Mientras la falsedad y falsificación se refieren a actos y hechos de la más variada naturaleza, la simulación constituye una figura jurídica, de significado negocial bien precisado (comp., sentencia de 5 de mayo de 1958), incluso respecto a su eficacia frente a terceros». Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 340. A su vez, también dice: «(...) no cabe en los negocios consistentes en una declaración unilateral y menos cuando ésta sea de las llamadas no recepticias. Centrada, además, la simulación en la valoración de la causa, en la de su falsedad, carecerá de relevancia respecto de aquellos negocios insensibles a la causa, en aquellos en los que la forma tiene verdadero carácter constitutivo o en los que la abstracción hace se deje de lado la causa». Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 345.

(10) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 334.

(11) Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, Introducción. Parte General. Derecho de la persona, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 316.

(12) Vid. ALBALADEJO, *Derecho Civil, I. Introducción y parte general*, vol. 2º. La relación, las cosas y los hechos jurídicos, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, pág. 230 y 231. En concreto el citado autor dice: «hay simulación de negocio cuando, de común acuerdo, las partes entre sí —o, si aquel es unilateral, de acuerdo el declarante con el destinatario— emiten una declaración (o declaraciones) no coincidentes con la voluntad interna, con el fin de engañar a terceros». Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 230.

(13) Así, ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. I, Parte general, 8ª ed., Edersa, Madrid, 1982, pág. 524: «cuando las partes se ponen de acuerdo para celebrar un negocio que realmente no quieren celebrar, existe simulación, creando un negocio aparente o simulado, que esconde una voluntad distinta».

(14) Cfr. LASARTE, *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pág. 466: «simular un negocio equivale a fingir o aparentar una celebración de un acuerdo de voluntades que realmente no son queridos por las partes».

(15) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1978, pág. 486.

De forma similar se pronuncia nuestra jurisprudencia (16). Especialmente clarificadora resulta también la STS de 29 de octubre de 1956 (*RJ* 1956\3421): «Que negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, sea que no existe en absoluto, sea que es distinto de aquel que se muestra al exterior, habiendo un marcado contraste entre la forma extrínseca y la esencia íntima, pues el negocio que aparentemente parece serio y eficaz es, por el contrario, mentiroso y ficticio, porque o no fue perfeccionado el negocio, o lo fue de modo diferente a aquel expresado, siendo un disfraz para encubrir un negocio diverso».

La definición de la simulación atiende fundamentalmente a las características de ésta, o como indican Díez-Picazo y Gullón, a los rasgos del negocio simulado (17). Así se puede apreciar como los autores y sentencias citados recurren a los elementos de la simulación para alcanzar un concepto de ésta. Estos elementos podrían sintetizarse en los siguientes (18):

- *Acuerdo de los contratantes en emitir una declaración de voluntad falsa.* A este elemento de la simulación la doctrina lo ha calificado como acuerdo simulatorio, contradecación (19). Este acuerdo versa como mínimo sobre un doble aspecto: la emisión de la declaración de voluntad falsa y su ineficacia entre las partes declarantes. Aunque en el caso de la simulación relativa incluiría un tercer aspecto, el acuerdo sobre el contrato que los declarantes desean celebrar (20).
- *Emisión querida y consciente de una declaración de voluntad divergente con la voluntad interna.* Esta declaración origina el contrato simulado.
- *El engaño de terceros* (21). Esta intención de engaño no conlleva necesariamente la finalidad de dañar a terceros, según nuestra doctri-

(16) *Vid.* STS de 23 de septiembre de 1989 (*RJ* 1989\6352).

(17) *Cfr.* Díez-Picazo y Gullón, *Instituciones de Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 316.

(18) *Vid.* Díez-Picazo y Gullón, *Instituciones de Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 316, y LACRUZ y otros, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, pág. 291.

(19) *Vid.* ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 233.

(20) A este respecto empleo el término desear, porque el hecho que las partes lleguen a perfeccionar el contrato simulado depende de la concurrencia de los elementos de dicho contrato, que son como mínimo el consentimiento, el objeto y causa. En algunos casos puede requerirse también el cumplimiento de una determinada forma, como ha exigido la jurisprudencia en múltiples ocasiones respecto a la donación en virtud del art. 633 del CC. *Vid.* STS de 19 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987\8408), STS de 30 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998\9982) y STS de 18 de marzo de 2002 (*RJ* 2002\2663), entre otras muchas. También pueden requerirse otros elementos específicos del contrato, como el acuerdo sobre el precio y el objeto en la compraventa en virtud del art. 1.450 del CC.

(21) A este respecto no conviene olvidar, como señala CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 23, que simulación proviene de la voz latina *simulare*, que significa fingir o hacer parecer lo que no es cierto. Por

na (22). Los ejemplos que suelen emplearse al respecto son evitar indiscreciones de terceros, jactancia o engañar a un pariente pedigrüeño al que no se quiere dar dinero.

Estos ejemplos, si bien son válidos por cuanto recogen finalidades lícitas, no son muy ilustrativos, puesto que ni son frecuentes, ni parece que sea necesario recurrir a la celebración de un contrato para conseguir tales objetivos.

Por ello, nuestra doctrina, a pesar de la matización descrita, reconoce que la finalidad de la simulación es defraudatoria (23) en la mayoría de los casos. En efecto, parece que podría sostenerse que la simulación relevante para el ordenamiento será la que persiga una finalidad ilícita porque los supuestos de simulación con causa lícita son casi anecdóticos. Como consecuencia de lo anterior, seguramente ninguno de ellos se planteará ante los tribunales.

Por tanto, puede concluirse que para apreciar la existencia de simulación tienen que concurrir los elementos anteriormente mencionados.

2.2. CLASES DE SIMULACIÓN

Unánimemente (24) se considera que hay dos clases de simulación: la absoluta o *simulatio nuda*, que se caracteriza porque las partes no quisie-

ello el engaño es un elemento esencial en todas las definiciones doctrinales y jurisprudenciales de simulación.

(22) Así ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 232, comenta al respecto: «Fin de engaño, no implica ni intención de dañar y ni siquiera de ilicitud». En igual sentido se pronuncia Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 316: «Pero no debe confundirse la intención de engañar con la intención de dañar, porque la simulación puede tener una finalidad lícita».

(23) Así Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 316, comenta que: «si bien debe de reconocerse que en la mayoría de los casos la simulación se dirige a defraudar a los terceros o a ocultar una violación de la legalidad». En igual sentido, LASARTE, *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho, op. cit.*, pág. 467: «los supuestos reales de simulación, de ordinario, no encuentran su causa en los fines lícitos anteriormente ejemplificados, sino que comúnmente la técnica simulatoria es sencillamente un artificio o una máscara utilizada para conculcar las reglas de carácter impositivo, cuyo primer problema real y práctico viene representado por la prueba de la misma».

(24) *Vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 348 a 356, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 316; LACRUZ y otros, *op. cit.*, pág. 291 y 292; ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 235 y 236; ESPÍN, *op. cit.*, pág. 524 y 525; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte general, Edersa, Madrid, 1992, pág. 477; DORAL GARCÍA, *El negocio jurídico ante la jurisprudencia*, 1ª ed., Trivium, Madrid, 1994, pág. 162. A nivel jurisprudencial, *Vid.* STS de 18 de julio de 1989 (RJ 1989\5715), STS de 29 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7921) y STS de 26 de julio de 2004 (RJ 2004\6633). En concreto, la última sentencia señala: «...y se puede distinguir una dualidad, o simulación absoluta,

ron celebrar ningún contrato, no existiendo contrato alguno; y la relativa o *simulatio non nuda*, en la que las partes contratantes celebraron o pretendieron celebrar un contrato bajo la apariencia proporcionada por el contrato simulado.

La dualidad de simulaciones tiene una gran repercusión en los efectos de la simulación, tal y como se expone en el siguiente apartado.

3. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA SIMULACIÓN

Hay una polémica sobre la naturaleza de la simulación. Dicha controversia se centra en determinar a qué elemento esencial del contrato afecta la simulación. Esta discusión, en contra de lo que puede aparentar tras un estudio superficial, tiene consecuencias prácticas al variar los efectos del fenómeno simulatorio.

En efecto, en el caso de considerar que la simulación afecta a la voluntad, el problema radica en qué voluntad debe primar, la declarada en el contrato simulado o la del acuerdo simulatorio. Para ello hay que atender a la pertinente protección de los terceros, que se recoge en diversos preceptos del CC como los arts. 1.230 y 1.257. Un sector doctrinal consideró bajo esta misma premisa que se trataba de un vicio del consentimiento por falta de voluntad en el contrato simulado (25). Postura que parece muy discutible, por cuanto de no existir la voluntad de celebrar tal contrato, éste no se habría perfeccionado de no mediar intimidación, dolo, error o violencia.

En cambio, si se opta por considerar que la simulación afecta a la causa, como hace la mayoría de la doctrina (26) y la jurisprudencia (27), la cuestión estriba en discernir si hay causa en el contrato, y en el supuesto de que ésta exista, determinar si ésta es falsa o ilícita. La respuesta jurídica variará en función de la opción elegida (28).

cuando el propósito negocial inexistente por completo por carencia de causa —*cur debetur aut pactetur*— y la relativa, que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado...».

(25) Vid. ESPÍN, *op. cit.*, pág. 524 y 525.

(26) Vid. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 334 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 316 y ss.; LACRUZ y otros, *op. cit.*, pág. 290 y ss.; GETE-ALONSO, *Manual de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 574 y ss.

(27) STS de 18 de julio de 1989 (RJ 1989\5715), STS de 29 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7921), STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994\7459), STS de 26 de julio de 2004 (RJ 2004\6633).

(28) A nivel doctrinal, vid. LACRUZ y otros, *op. cit.*, pág. 291; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pág. 575 y 576; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 488 y 489, entre otros. A nivel jurisprudencial, vid. STS de 29 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7921), STS de 13 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9004), STS de 29 de marzo de 1993 (RJ 1993\2532), STS de 7 de mayo de 1993 (RJ 1993\3465), STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994\7459), entre otras muchas.

Cuando la causa no existe o es ilícita, es decir, en los supuestos de simulación absoluta, se aplica el art. 1.275 del CC. Nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad. Este artículo no es más que la aplicación al supuesto concreto de lo dispuesto en el art. 6.3 del CC para la causa ilícita, y de lo estipulado en el art. 1.261 del CC para la inexistencia de la causa. Puede observarse que en dichos artículos la repuesta jurídica es la misma: la nulidad. Por ello, el contrato no existiría y no produciría efecto alguno (29). Amén del resto de efectos de la nulidad: imprescriptibilidad de la acción, apreciación de oficio y legitimación activa de cualquier interesado.

En el supuesto de que la causa sea falsa, es decir, en los supuestos de simulación relativa, se aplicarían los arts. 1.276 y 1.277 del CC. El contrato simulado sería nulo. Aunque hay una presunción *iuris tantum* de la existencia del contrato y de su causa. Presunción que se entiende aplicable al contrato disimulado para favorecer su validez (30). Aunque tal validez sólo puede producirse cuando en el contrato simulado concurren los elementos esenciales del contrato disimulado. En caso contrario, ambos contratos serían nuevamente nulos (31). Hay que resaltar que tal aplicación de la presunción de la validez y licitud de la causa puede entenderse como un uso controvertido de la figura de la conversión (32). No obstante, en el caso de las donaciones de inmuebles encubiertas, la jurisprudencia ha vacilado reiteradamente respecto a la validez de la donación por la ausencia del *animus donandi* manifestado en la aceptación de la correspondiente donación en virtud del art. 633 del CC (33).

(29) Afirmación que puede ser objeto de matización conforme lo expuesto por PASQUAU LIAÑO, *vid.* PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 120 y ss.

(30) A estos efectos conviene recordar que corresponde probar a quien lo alegue la falsedad de la causa conforme al art. 217 de la LEC.

(31) STS de 31 de mayo de 1982 (*RJ* 1982\2614), STS de 9 de mayo de 1988 (*RJ* 1988\4048) y STS de 7 de mayo de 1993 (*RJ* 1993\3465), entre otras muchas. También nuestra doctrina. *Vid.* ALBALEDEJO, *op. cit.*, pág. 237, o GETE-ALONSO, *op. cit.*, pág. 575.

(32) En efecto, esta postura parece acercar la simulación relativa a la conversión del negocio jurídico. Y ello por cuanto se muta la naturaleza del negocio jurídico de compraventa a donación remunerativa para conseguir la validez del negocio. Esta teoría entraría en contradicción con la posición reacia a la conversión de nuestra jurisprudencia y doctrina. *Vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 512 y ss., y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, *op. cit.*, pág. 107 y 108.

(33) En contra de la validez de la donación, *vid.* STS de 19 de diciembre de 1960 (*RJ* 1960\4112), STS de 22 de diciembre de 1981 (*RJ* 1981\9615), STS de 2 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988\9292) STS de 1 de octubre de 1991 (*RJ* 1991\7438), STS de 24 de mayo de 1993 (*RJ* 1993\4784). A favor, que parece la tendencia actual, *vid.* STS de 16 de noviembre de 1956 (*RJ* 1956\4115), STS de 20 de octubre de 1966 (*RJ* 1966\4455), STS de 31 de mayo de 1982 (*RJ* 1982\2614), STS de 13 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993\9615), STS de 23 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\7386), STS de 2 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004\7907). Esta última tendencia es seguida por parte de la doctrina. *Vid.* ATAZ LÓPEZ, «Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de las donaciones», en

De las soluciones expuestas, parece más acertado considerar que la simulación no implica un vicio ni en la causa ni en el consentimiento. Y ello a pesar que nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritarias parten del axioma de que la simulación es un vicio de la causa.

Dicha solución no es la única viable, tal y como reflejan los antecedentes normativos (34) y el Derecho Comparado (35).

Seguramente la acertada calificación de la naturaleza de la simulación pase por un detenido estudio de los elementos del fenómeno simulatorio. En toda simulación hay una declaración contractual no viciada en el contrato simulado. Y ello por cuanto la declaración del contrato simulado responde a la verdadera voluntad de las partes, ya que la declaración ha sido emitida libremente, siendo los contratantes conscientes de los efectos de su declara-

Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 111 a 144.

(34) En este sentido puede observarse como seguramente el primer antecedente en Derecho romano, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, trata la simulación más como un fraude de ley que como un vicio en la causa. A su vez, en nuestro Derecho histórico encontramos una prolija regulación de determinados supuestos vinculados al fraude fiscal, como en la Ley 212 de las Leyes de Estilo, las Ordenanzas Reales de Castilla 5, 9, 6, y en la Nueva Recopilación 5, 10, 11. Por tanto, y como ya sucedió en Derecho romano, se asimila la simulación al fraude de ley, alejándolo de los vicios en los elementos del contrato. Su tratamiento no se centra en que los elementos del contrato concurren de forma correcta, sino en la aplicación del resultado fiscal que se pretende evitar. Algunos autores vinculan el inicio de la teoría del vicio de la causa con la codificación. En concreto con los art. 998 y 999 del Proyecto de 1851, que derivaron en el art. 1.276 del CC. Vid. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 43, y SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XX, art. 1.214 a 1.314, 2ª ed., Reus, Madrid, 1958, pág. 830.

(35) En Derecho francés, en contra de lo que apunta parte de nuestra doctrina respecto a los art. 998 y 999 del Proyecto de 1851 y la influencia del art. 1.131 del *Code*, la simulación se contempla como un fenómeno de declaraciones contradictorias, y por tanto, de modificación del contrato. Ello se debe a que para los autores franceses tiene necesariamente que existir un contradocumento (*contrelettre*) que modifica un contrato. Esta modificación puede consistir en la ineficacia del contrato al que alude el contradocumento (*contrelettre*), o en ocultar la naturaleza de la operación, en cuyo caso se trata de una simulación parcial. Consecuentemente, la simulación no supone un vicio en ninguno de los elementos del contrato, sino una modificación de un contrato. La validez de la modificación depende de la licitud de ésta y de la protección de los terceros. Y por ello, la doctrina francesa mayoritariamente acude al art. 1.321 del *Code* para defender la validez del contradocumento (*contrelettre*), y por ende, de la simulación. Vid. PLANIOL y RIPERT, *Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, Méjico, 1996, pág. 834 y ss., 871 a 873, y COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, T. III, Reus, 1960, pág. 639 y ss.

Por su parte, la doctrina alemana tiende a considerar la simulación más como un vicio de voluntad. Vid. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, T. I, Reus, Madrid, 1999, pág. 198 a 202; ENNECCERUS y NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, T. I, 2º, vol. 1º, Parte General, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1981, pág. 318 y ss., y FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*, T. 2º, 4ª ed., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 482 a 493. En el mismo sentido se pronuncia parte de la doctrina italiana. Vid. CANDIAN, *Instituciones de Derecho Privado*, 1ª ed. en español, Uteha, 1961, Méjico, pág. 162 y ss.

ción. Si las partes no hubieran querido celebrar el contrato simulado, éstas no habrían prestado su consentimiento.

Supuesto bien distinto es que las partes no hayan alcanzado un acuerdo simulatorio, en cuyo caso habría un disenso, y se podría alegar la inexistencia del consentimiento, error en éste o incluso dolo, en función del conocimiento y voluntad del contratante que prestó el consentimiento y de la actuación del otro contratante. Pero en el supuesto común de simulación, que es el analizado aquí, dicha posible intimidación, violencia, dolo o error no concurren.

Un segundo elemento que concurre en la simulación es el acuerdo simulatorio. Acuerdo que normalmente será previo a la celebración del acuerdo simulado. En efecto, en la mayoría de los supuestos, antes de celebrar un negocio aparente, las partes acuerdan el verdadero negocio que quieren celebrar entre ellas. Aunque puede haber supuestos en que dicho acuerdo sea sobrevenido, por un cambio en la voluntad de los contratantes. Dicho supuesto no es el más frecuente y además puede ser considerado una novación contractual de común acuerdo sobre el contenido del contrato previamente celebrado.

El acuerdo simulatorio no es más que una modificación del contrato declarado frente a terceros. Los problemas que surgen en torno a este acuerdo simulatorio son variados. En primer lugar, el acuerdo simulatorio será verbal y por ello difícil de probar. Lo cual es una lógica consecuencia de la voluntad de las partes de conservar la apariencia del contrato simulado.

En segundo lugar, dicho acuerdo carece de sustantividad propia como contrato. Es decir, su único objeto es la ineficacia o modificación del contrato simulado. De hecho, aunque usualmente no haya constancia del acuerdo simulatorio, es de suponer que el contenido del mismo será una remisión completa al contrato simulado, excepto en los aspectos que efectivamente se modifiquen. Así, en el caso de las donaciones encubiertas, será el carácter gratuito o casi gratuito del mismo. Consecuentemente, el objeto —y generalmente el resto de las estipulaciones contractuales— del contrato simulado y del acuerdo simulatorio serán los mismos.

Por tanto, parece que el acuerdo simulatorio no es más que una parte del contenido del contrato efectivamente celebrado. Consecuentemente, habría que concluir que el fenómeno simulatorio no afecta ni al consentimiento, ni a la causa. No se trataría de un vicio en un elemento esencial del contrato. Y ello porque tanto la voluntad como la causa no están viciadas. La voluntad se formó libremente y sin error. La causa existe y se presume válida al amparo del art. 1.277 del CC.

El tercer elemento de la simulación es el engaño (36). Ésta es la finalidad característica del fenómeno simulatorio, concurriendo tanto en el contrato

(36) Vid. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, op. cit., pág. 316, o LASARTE, *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho*, op. cit., pág. 467;

simulado como en el acuerdo simulatorio. Con independencia de que dicha finalidad encaje con el concepto de causa (37), esta única finalidad supone cuanto menos un indicio importante de la existencia de un solo contrato.

Las partes contratantes celebran un contrato (38) integrado por dos declaraciones: el contrato simulado y el acuerdo simulatorio. En efecto, si se examina detenidamente el acuerdo simulatorio se puede concluir que éste no tiene una causa, ni un objeto, ni un consentimiento distinto del contrato simulado. No tiene sentido que los mismos contratantes celebren conscientemente dos contratos sobre el mismo objeto con distinta causa, puesto que la contraprestación del contrato posterior únicamente se podrá ejecutar si deviene ineficaz en el contrato previo.

Así, en las donaciones encubiertas, la causa del contrato de compraventa simulado no es la contraprestación del precio sino un ánimo de liberalidad. Y para alcanzar dicho acuerdo hay que modificar el contrato simulado mediante el acuerdo simulatorio, transformando la compraventa en una donación. El contrato de compraventa constituye una mera apariencia para conseguir los fines más o menos defraudatorios (normalmente menor tributación o defraudación de los derechos hereditarios), que los contratantes persiguen. La causa en el fenómeno simulatorio podría concluirse que es única, puesto que el contrato simulado y el acuerdo fijan una única contraprestación o ánimo de liberalidad en su caso.

Respecto al objeto, es obvio que es el mismo en el contrato simulado y en el acuerdo simulatorio, ya que el acuerdo simulatorio modifica el contrato simulado, bien generando su ineficacia, bien alterando sus estipulaciones contractuales. Por tanto, el acuerdo simulatorio solamente puede cumplir su función modificadora si versa sobre el mismo objeto que el contrato simulado.

Lo mismo debe predicarse del consentimiento, puesto que recae sobre el objeto y la causa del contrato. Y como se ha explicado, el objeto y la causa del contrato simulado y del acuerdo simulatorio son los mismos. Consecuentemente, hay un único contrato con sus tres elementos esenciales que se manifiestan en dos declaraciones distintas: acuerdo simulatorio y contrato

STS de 29 de marzo de 1993 (*RJ* 1993\2532), STS de 3 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\6870), STS de 23 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\7386) y STS de 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1918).

(37) *Vid.* LALAGUNA, *Sobre la causa en los contratos*, en «Centenario del CC», Madrid, 1989, pág. 293 y ss., o ALONSO PÉREZ, *El error sobre la causa*, en «Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Castán Tobeñas», III, Gómez, S. L., Pamplona, 1969, pág. 9 y ss. No obstante, la causa no es objeto de este artículo y por eso no se analiza con mayor profundidad.

(38) Aunque nuestra jurisprudencia se refiere a la existencia de dos contratos para justificar la alusión a la ineficacia del art. 1.275 del CC y a la nulidad del art. 1.276 del CC. En dichos casos se refieren al contrato simulado, y no al disimulado. *Vid.* STS de 9 de mayo de 1988 (*RJ* 1988\4048) y STS de 29 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989\7921).

simulado. Por ello, si la causa y el objeto del contrato simulado y del acuerdo simulatorio son los mismos, el consentimiento también necesariamente tiene que ser el mismo.

Por tanto, el fenómeno simulatorio se reduce a un contrato recogido en dos medios distintos que han de ser examinados conjuntamente, porque ambos medios forman el contrato. Y dicho contrato no existe sin cualquiera de estos elementos integrantes: el contrato simulado y el acuerdo simulatorio.

Esta conclusión sobre la existencia de un único contrato en la simulación, puede comprobarse analizando la existencia autónoma del contrato simulado y el acuerdo simulatorio. Aunque los contratantes hayan declarado su voluntad para formalizar el contrato simulado, la verdadera voluntad de los contratantes no es su perfección, si no la de su sometimiento a un contenido obligacional que no está íntegramente recogido en el contrato simulado. Su consentimiento es sobre una causa que no coincide con lo recogido en el contrato simulado. Luego no habría consentimiento en el contrato simulado, y éste no existiría conforme el art. 1.261 del CC.

Su causa tampoco existiría sin el acuerdo simulatorio, ya que ésta es la recogida en el acuerdo simulatorio. Y lo mismo puede predicarse del acuerdo simulatorio. Su finalidad es la modificación o la ineficacia del contrato simulado. Si éste no existe, no tendría sentido la celebración del acuerdo simulatorio. Consecuentemente, tanto el contrato simulado como el acuerdo simulatorio no existirían el uno sin el otro conforme el art. 1.261 del CC, al faltarles sus elementos esenciales.

Por ello, el fenómeno simulatorio no es más que la concurrencia de dos declaraciones contractuales de un mismo consentimiento, y no un vicio en sus elementos esenciales. Y como tal, su eficacia se limita al valor jurídico que debe asignarse a declaraciones que, pudiendo ser contradictorias, forman parte de una única voluntad y consentimiento. Y ello tiene la importante repercusión práctica de aplicar una normativa diferente a la postulada por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

Por consiguiente, los efectos de la simulación dependen de la relación entre dichas declaraciones. Debido a que la voluntad es única y ambas declaraciones responden a dicha voluntad (aunque puedan resultar contradictorias entre sí), habría que atender a qué declaración prevalece y la protección de terceros, distinguiendo varios ámbitos de eficacia (39).

(39) Esta solución, aunque con distinto resultado, es esbozada por LASARTE. Este autor distingue varios ámbitos de eficacia en función de los siguientes principios: *a)* La validez del negocio simulado frente a terceros; *b)* La validez del negocio disimulado *inter partes* en el caso de la simulación relativa, siendo ineficaz el contrato simulado. En el caso de la simulación absoluta es inexistente tanto el negocio simulado como el disimulado entre los contratantes; *c)* En términos generales, la voluntad real debe prevalecer sobre la simulada entre los contratantes, mientras que frente a terceros debe de primar la voluntad

A este respecto, habría que tener en cuenta que la declaración del contrato simulado en las donaciones encubiertas de bienes inmuebles se recoge habitualmente en una escritura pública, para que la transmisión de la propiedad acceda al Registro de la Propiedad. Al ser el contrato simulado de compraventa un documento público conforme el art. 1.216 del CC, el acuerdo simulatorio, es decir, la donación, sólo tendría efectos *inter partes*, siendo inoponible frente a terceros. Por tanto, el contrato disimulado sería válido y sus efectos estarían limitados a las partes contratantes. Asimismo, el contrato simulado sería válido y tendría efectos *erga omnes* al ser precisamente inoponible el acuerdo simulatorio.

Las consecuencias descritas derivarían, entre otras cosas, de aplicar la teoría de los actos propios reconocida jurisprudencial y doctrinalmente para otros supuestos (40). Pero también por expreso mandato del art. 1.230 del CC, que establece la inoponibilidad del acuerdo simulatorio si éste está recogido en documento privado y el contrato simulado en documento público. En el caso de incompatibilidad manifiesta entre ambos tipos de eficacia debería prevalecer la eficacia frente a terceros sobre la eficacia *inter partes*. Es decir, se produciría una eficacia *inter partes* del acuerdo simulatorio en tanto en cuanto no sea incompatible con la necesaria protección de terceros de buena fe. La voluntad de las partes, expresada en el acuerdo simulatorio, no puede ser totalmente ignorada cuando su causa es lícita.

En los casos de simulación absoluta, el contrato simulado tendría efectos frente a terceros como resultado de la legítima protección de los terceros y la doctrina de los actos propios (41). La ineficacia acordada por las partes no

simulada, puesto que es la que conocen. Cfr. LASARTE, *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho*, op. cit., pág. 467 y 468.

(40) Así ocurre en supuestos de nulidad contractual. Parece que es posible aplicar la doctrina de los actos propios a los supuestos de simulación relativa, según nuestra jurisprudencia. Vid. STS de 30 de octubre de 1995 (RJ 1995\7851), STS de 23 de noviembre de 2001 (RJ 2001\9513) y STS de 17 de febrero de 2005 (RJ 2005\1301). Para ello el contrato simulado debe ser inequívoco y contrario a la actuación posterior de los contratantes. Mas nuestra jurisprudencia es reacia a aplicar la doctrina de los actos propios a la simulación absoluta, porque entiende que el contrato simulado es nulo. Y ello porque generalmente se considera que esta doctrina no permite convalidar actos nulos, vid. STS de 28 de octubre de 2003 (RJ 2003\7770). Aunque podría sostenerse lo contrario, como se ha expuesto en este artículo. Esta postura jurisprudencial podría ser objeto de matización, ya que parece legítimo proteger las legítimas expectativas de terceros de buena fe, impidiendo que los contratantes que han producido el engaño se beneficien de éste en perjuicio de los terceros. Asimismo, se contempla genéricamente esta posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios a contratos nulos en la STS de 26 de julio de 2000 (RJ 2000\9177). Vid. LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, T. I, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 347.

(41) Es curioso constatar que en los supuestos de simulación absoluta, ni la doctrina ni la jurisprudencia se pronuncian sobre los efectos del contrato simulado o del acuerdo simulatorio. Y es que, ¿del acuerdo simulatorio no podrían surgir derechos y obligaciones para las partes? Aunque no es el objeto de este artículo, parece que en la simulación

podría perjudicar a terceros. Las contratantes han celebrado un acto con efectos jurídicos oponible a terceros. Los terceros han podido confiar legítimamente respecto a la existencia y contenido de derechos y obligaciones del contrato simulado. Lo injusto sería precisamente amparar el resultado perseguido por los contratantes en perjuicio de terceros de buena fe, máxime cuando en la mayoría de estos supuestos los intereses de los contratantes son cuanto menos espurios, como admite la mayoría de la doctrina.

Todo ello sin olvidar cualquier otra norma específica que pudiera ser aplicable, como la norma que se pretenda eludir en los casos de fraude de ley, según el art. 6.4 del CC (42).

A su vez, conviene señalar que los supuestos de donaciones encubiertas podrán ser considerados en la mayoría de las ocasiones como una calificación incorrecta del negocio por parte de los contratantes. Error consciente que persigue generalmente un fraude de ley: una tributación menor al amparo de los arts. 7 y 11 del TRILPT. Pero como reitera nuestra jurisprudencia, «los contratos son lo que son, y no lo que digan las partes» (43), por lo que podría recalificarse el contrato con una eficacia *erga omnes* conforme a la verdadera naturaleza del contrato celebrado. Naturaleza del contrato que se determinaría según los artículos del CC relativos a la interpretación de los contratos, siguiendo los criterios de determinación de los supuestos de donaciones encubiertas expuestos en el apartado 4.

En cualquier caso, el contrato compuesto por el contrato simulado y el acuerdo simulatorio no tendría efecto alguno cuando su causa es ilícita al amparo del art. 1.275 del CC. Por ejemplo, en los supuestos de fraude de acreedores.

4. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE DONACIONES DE INMUEBLES ENCUBIERTAS

La determinación de la existencia de una donación encubierta es una cuestión de hecho (44), que debido a la dificultad probatoria motivada por

absoluta también se podrían producir efectos. A su vez, se podría replantear dar validez como donaciones puras a los supuestos en los que no se produce pago alguno.

(42) Este fraude de ley tendría unos efectos más amplios a los dispuestos en el art. 16 LGT, que se restringen al ámbito tributario.

(43) Vid. STS de 10 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6245), STS de 26 de abril de 2005 (RJ 2005\3768), STS de 16 de mayo de 2005 (RJ 2005\4003) y STS de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005\6084); DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, V. II, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 84 y 85.

(44) Vid. STS de 23 de junio de 1962 (RJ 1962\3020), STS de 14 de febrero de 1985 (RJ 1985\533), STS de 13 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9615), STS de 6 de marzo de 1999 (RJ 1999\2247), STS de 10 de julio de 2002 (RJ 2002\8242), STS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004\6870) y STS de 2 de diciembre de 2004 (RJ 2004\7907).

la finalidad de engaño de las partes, admite la prueba de presunciones recogida en el art. 386 LEC (45). Siguiendo a la doctrina (46) y a la jurisprudencia (47), puede concluirse que los criterios de determinación son los siguientes:

- *La efectiva transmisión del bien objeto de la compraventa.* Así, en el caso de que la transmisión no se produzca de común acuerdo y sin incumplimiento, como en el caso de fraude de acreedores, no habría causa en el contrato y éste sería nulo conforme a los arts. 1.261 y 1.275 del CC. A su vez, el retraso en la transmisión puede constituir un indicio de la intención de retener el bien hasta el fallecimiento, y por tanto, de realizar una donación que defraude los correspondientes derechos hereditarios (48).
- *Los actos de las partes anteriores y posteriores a la celebración del contrato* (49). Este criterio es fruto de la aplicación del art. 1.282 del CC. La compraventa y la donación tienen unos derechos y obligaciones distintos. Los contratantes, para cumplir cada contrato, actuarán de forma distinta. Así en el caso de una donación encubierta bajo la forma de compraventa, el transmitente no reclamará el precio establecido en la compraventa. Hay otros hechos que pueden resultar clarificadores como el hecho de que no se liquide el ITP, que no se inscriba en el Registro de la Propiedad, etc. Los actos previos a la celebración del contrato también pueden ser relevantes para determinar la existencia de una donación encubierta. Así en las donaciones remuneratorias hay unos actos o servicios previos a la donación realizados por el donatario que suponen la existencia de unas deudas no exigibles que motivaron la donación (50).
- *La estipulación en la compraventa de un precio muy inferior al de mercado* (51). En efecto, en una economía de libre mercado, los con-

(45) Vid. STS de 5 de noviembre de 1988 (RJ 1988\8418), STS de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991\1590), STS de 29 de marzo de 1993 (RJ 1993\2532), STS de 27 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9317) y STS de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005\1918).

(46) Vid. DURÁN RIVACOBÁ, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2003, pág. 98 a 102.

(47) Vid. STS de 19 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8408), STS de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000\714), STS de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003\7004) y STS de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005\1918).

(48) Vid. STS de 31 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9622). En este caso podría haber otros intereses distintos del fraude fiscal, como intentar defraudar la legítima de otros herederos forzosos.

(49) Vid. STS de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991\1590) y STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994\7459).

(50) Vid. STS de 21 de enero de 1993 (RJ 1993\481).

(51) Vid. STS de 19 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10312) y STS de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991\1590), entre otras.

tratantes intentan conseguir el máximo beneficio para ellos. El hecho de que aparentemente no haya ninguna justificación para obtener un menor beneficio, constituye un indicio claro de que en el contrato concurre un ánimo de liberalidad. El cual, es un elemento integrante de la donación y no de la compraventa.

- *No entrega del precio fijado en el contrato de compraventa.* El hecho de que los contratantes, de común acuerdo, decidan no entregar el precio estipulado, refleja que su verdadera voluntad era la gratuidad de la transmisión (52). Gratuidad que es la finalidad propia de la donación conforme el art. 618 del CC y no de la compraventa, según el art. 1.445 del CC.
- *La relación personal entre los contratantes puede originar un ánimo de liberalidad.* Por ello, la mayoría de las donaciones se producen entre parientes. En casos en que no haya una justificación para la liberalidad, ésta puede presuponerse de la relación personal entre los contratantes (53).
- *La literalidad del contrato* (54). De ésta puede también extraerse la voluntad de los contratantes. Este criterio habría que aplicarlo en virtud del art. 1.281 del CC. Mas hay que tener en cuenta que en la simulación, la verdadera voluntad de las partes no se recoge en exclusiva en el contrato simulado. Por ello, habría que acudir también al acuerdo simulatorio, y por tanto, al resto de indicios, para conocer la verdadera voluntad de las partes. En caso contrario, este criterio conduciría siempre a la contradictoria conclusión de que en la simulación, el contrato simulado es el querido por las partes, cuando por el mismo concepto de simulación, dicho contrato es solamente un instrumento para crear la apariencia que cumple la finalidad de engaño de la simulación.
- *Las circunstancias concretas de cada caso.* Así, una situación de insolvencia (55) previa o posterior del transmitente puede ser un indicio de una voluntad de fraude de acreedores, y por ende de nulidad de la compraventa en virtud de los arts. 1.255 y 1.275 del CC. Pero en el supuesto de donaciones encubiertas bajo la forma de compraventas

(52) Vid. STS de 13 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993\9615), STS de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994\7459) y STS de 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1918).

(53) Vid. STS de 23 de septiembre de 1989 (*RJ* 1989\6352), STS de 29 de marzo de 1993 (*RJ* 1993\2532), STS de 13 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993\9615), STS de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994\7459), STS de 2 de abril de 2001 (*RJ* 2001\6643), STS de 3 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004\1918) y STS 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1918), entre otras.

(54) Vid. STS de 19 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990\10312), o STS de 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1405).

(55) Vid. STS de 3 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988\9297), STS de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994\7459) o STS de 2 de abril de 2001 (*RJ* 2001\6643).

puede deducirse de otras muchas circunstancias como la constitución de un usufructo previo a la celebración de la compraventa, la tributación menor de la compraventa, etc.

5. CONCLUSIÓN

1. *No hay una regulación específica y completa de la simulación (56), pero nuestra doctrina y jurisprudencia (57) entienden mayoritariamente que la regulación referente a la causa del CC es la aplicable al fenómeno simulatorio, por cuanto éste es un vicio causal del contrato.* A su vez, hay algún autor que considera que la simulación es un vicio del consentimiento por la divergencia que se produce entre la declaración y la voluntad (58).

2. *Para determinar la existencia de una donación encubierta bajo la forma de compraventa, hay que atender a la concurrencia de los elementos de la simulación: la finalidad de engaño, el acuerdo simulatorio y el contrato simulado. Tales elementos sugieren que la simulación es una contradicción entre dos declaraciones contractuales que se emiten dentro de un único contrato.* En la simulación concurre un acuerdo simulatorio, una declaración contractual contradictoria con dicho acuerdo y una finalidad de engaño. Pues bien, si se examina detenidamente el acuerdo simulatorio se comprobará que éste carece de entidad propia. Y ello porque su finalidad es la modificación o ineficacia del contrato simulado. Por tanto, no puede haber acuerdo simulatorio sin la concurrencia del contrato simulado, según el art. 1.261 del CC.

El contrato simulado tiene una causa común con el acuerdo simulatorio, que es la causa del contrato que las partes han querido celebrar. Esta causa común se recoge en el acuerdo simulatorio. Luego si no hay acuerdo simulatorio no hay causa en el contrato simulado y éste es nulo conforme el art. 1.261 del CC.

Por otro lado, la voluntad negocial es única en el fenómeno simulatorio y está recogida en ambas declaraciones. La valoración de una sola de ellas implica que tampoco haya consentimiento, y por tanto contrato, según el art. 1.261 del CC. Y ello porque los contratantes consienten el contrato recogido en el acuerdo simulatorio y en el contrato simulado, y no lo estipulado en uno sólo de ellos. De ahí que parte de la doctrina considere la simulación como un vicio del consentimiento.

(56) Vid. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 335.

(57) Vid. Díez PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 317, y LASARTE, *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho*, pág. 467, y STS de 29 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7921), entre otras.

(58) Vid. ESPÍN, *op. cit.*, pág. 524 y 525.

Por ello, puede apreciarse que ni el contrato simulado ni el acuerdo simulatorio tienen existencia autónoma. Este hecho, junto a que el contrato simulado y el acuerdo simulatorio tienen una causa común, los mismos contratantes, y a que en el caso de la simulación relativa, el acuerdo simulatorio se remite al contrato simulado para completar el contenido del contrato disimulado, dejan entrever que hay un solo contrato en el fenómeno simulatorio. En ese caso, no sería un vicio causal, y por ende, no se aplicarían los arts. 1.274 y ss. del CC.

3. *Hay distintos ámbitos de eficacia en la simulación en función de los efectos de las declaraciones contractuales.* En los supuestos de simulación relativa habría que atender a los arts. 1.218 y siguientes del CC. Sobre todo para los supuestos de donaciones encubiertas de inmuebles, en los que usualmente el contrato simulado se otorga en escritura pública y el acuerdo simulatorio se perfecciona en documento privado.

Conforme al art. 1.230 del CC, el acuerdo simulatorio es inoponible, y por tanto, ineficaz frente a terceros. Pero éste sí produciría plenos efectos entre los contratantes. Estos efectos son objeto de modulación en los casos en los que además de ser una simulación, se produce también un fraude de ley, como suele acontecer en el supuesto de donaciones encubiertas de inmuebles bajo la forma de compraventas.

En este supuesto concreto habría dos ámbitos de eficacia contractual. El primero estaría circunscrito a los contratantes. En él, la donación tendría plenos efectos y se aplicaría a su vez la norma eludida. Es decir, el art. 21 LISD que los contratantes pretenden eludir creando la apariencia de que se realiza el hecho imponible de ITP, recogido en el art. 7.1.A) TRLITP. Esta finalidad de fraude de ley persigue una menor tributación conforme a los arts. 21 LISD y 11.1.a) TRLITP. Pero este efecto del fraude de ley, en virtud del art. 6.4 del CC, ya se produce frente la Agencia Tributaria por los efectos establecidos en el art. 16 LGT.

El segundo ámbito de eficacia contractual se establece frente a terceros. Los únicos efectos que se producirían son los de la compraventa. Consecuentemente, la donación es ineficaz e inoponible frente a ellos. Estos efectos se producen en virtud del art. 1.230 del CC, y también por la aplicación de la doctrina de los actos propios y la legítima confianza de los terceros. A su vez, habría que tener en cuenta los efectos del fraude de ley en el caso de que éste se produzca.

Los distintos ámbitos de eficacia únicamente podrían coexistir en tanto en cuanto no sean incompatibles entre sí. En dicho supuesto debería prevalecer la protección de terceros, y por ende, la validez del contrato simulado.

En los casos de simulación absoluta, el contrato simulado tendría eficacia frente a terceros y entre las partes, en virtud de la teoría de los actos propios y de la protección de los terceros de buena fe. El contrato simulado tendría

que tener efectos entre las partes, siempre que su eficacia frente a terceros lo requiera, lo cual sucede en la mayoría de los casos.

Evidentemente, cuando la causa es ilícita, como cuando se pretende defraudar la legítima de los herederos forzosos o defraudar acreedores, no habría ningún contrato válido en ambos ámbitos de eficacia en virtud del art. 1.275 del CC.

4. *La jurisprudencia atiende a una serie de circunstancias fácticas como prueba indirecta de la existencia de una simulación.* Como remarca nuestra doctrina y jurisprudencia (59), la simulación es una cuestión fáctica con gran dificultad probatoria debido a la voluntad de engaño que concurre en ésta. Como consecuencia de esta dificultad, la jurisprudencia admite la prueba indirecta, o sea, a través de indicios (60). Por ello, además de aplicar los preceptos del CC, relativos a la interpretación de los contratos, hay que determinar una serie de indicios que permitan acreditar la existencia de una donación encubierta de inmuebles bajo la forma de compraventa (61). Dichos indicios principalmente son: un precio muy inferior al de mercado, la ausencia de pago del precio, la retención del bien, la relación de parentesco entre las partes, la literalidad del contrato y los actos de las partes posteriores y anteriores a la celebración del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, «El error sobre la causa», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Castán Tobeñas*, Gómez, S. L., Pamplona, 1969, pág. 9 a 77.
- ALBALADEJO, *Derecho Civil*, T. I, vol. 2º, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, pág. 229 a 241.
- ATAZ LÓPEZ, «Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 111 a 144.
- CANDIÁN, *Instituciones de Derecho Privado*, 1ª edición en español, UTEHA, Méjico, 1961, pág. 148 a 176.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1986.
- CC, *La Ley*, Madrid, septiembre de 2005.
- COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, T. III, Reus, Madrid, 1987, pág. 638 a 671.
- DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, reimpresión, 1985, pág. 333 a 377.

(59) Vid. STS de 13 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9615) y STS de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004\7385), entre otras muchas.

(60) Vid. STS de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000\714) y STS de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003\7004), entre otras.

(61) Vid. DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, pág. 98 a 102.

- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 114 a 116 y 309 a 319.
- *Sistemas de Derecho Civil*, vol. II, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 83 y ss.
- DURÁN RIVACOBIA, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2003.
- DORAL GARCÍA, *El negocio jurídico ante la jurisprudencia*, Trivium, 1ª ed., Madrid, 1994, pág. 159 a 171.
- ENNECERUS y NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, T. I, 2º, vol. 1º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1981, pág. 318 a 329.
- ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. I, 8ª ed., Ederso, Madrid, 1982, pág. 128 a 133 y 512 a 550.
- FLUME, *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*, T. 2º, 4ª ed., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 482 a 493.
- GETE-ALONSO, *Manual de Derecho Civil, II*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 512 a 578.
- LALAGUNA, «Sobre la causa en los contratos», en *Centenario del CC*, Madrid, 1989, pág. 291 a 313.
- LACRUZ, DELGADO ECHEVERRÍA, LUNA SERRANO y otros, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, pág. 46 a 49 y 288 a 295.
- LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, T. I, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 296 a 304.
- *Curso de Derecho Patrimonial. Introducción al Derecho*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pág. 466 a 490.
- LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil*, dirigidos por LACRUZ BERDEJO, T. II, vol. 2º, Dykinson, Barcelona, 1977, pág. 91 y ss.
- O'CALLAGHAN, «Compendio de Derecho Civil», T. I, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1992, pág. 477 a 481.
- PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 120 y ss.
- PLANIOL y RIPERT, *Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Iberoamericana, Méjico, 1996, pág. 834 a 877.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1988, pág. 486 a 500.
- SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XX, 2ª ed., Reus, Madrid, 1958, pág. 798 a 835.
- VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, T. I, Reus, Madrid, 1999, pág. 198 a 202.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- STS de 12 de julio de 1942 (RJ 1942\912).
- STS de 16 de noviembre de 1956 (RJ 1956\4115).
- STS de 29 de octubre de 1956 (RJ 1956\3421).
- STS de 19 de diciembre de 1960 (RJ 1960\4112).
- STS de 10 de octubre de 1961 (RJ 1961\3293).

- STS de 23 de junio de 1962 (*RJ* 1962\3020).
- STS de 1 de enero de 1964 (*RJ* 1964\5572).
- STS de 14 de marzo de 1964 (*RJ* 1964\1422).
- STS de 18 de febrero de 1965 (*RJ* 1965\882).
- STS de 20 de enero de 1966 (*RJ* 1966\8).
- STS de 20 de octubre de 1966 (*RJ* 1966\4455).
- STS de 20 de diciembre de 1968 (*RJ* 1968\5890).
- STS de 23 de noviembre de 1971 (*RJ* 1971\4975).
- STS de 16 de febrero de 1976 (*RJ* 1976\5487).
- STS de 4 de octubre de 1976 (*RJ* 1976\4750).
- STS de 10 de noviembre de 1980 (*RJ* 1980\4750).
- STS de 22 de diciembre de 1981 (*RJ* 1981\9615).
- STS de 31 de mayo de 1982 (*RJ* 1982\2614).
- STS de 14 de febrero de 1985 (*RJ* 1985\533).
- STS de 20 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985\6604).
- STS de 10 de noviembre de 1986 (*RJ* 1986\6245).
- STS de 19 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987\8408).
- STS de 22 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987\9648).
- STS de 9 de mayo de 1988 (*RJ* 1988\4048).
- STS de 5 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988\8418).
- STS de 28 de octubre de 1988 (*RJ* 1988\7746).
- STS de 2 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988\9292).
- STS de 3 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988\9297).
- STS de 18 de julio de 1989 (*RJ* 1989\5715).
- STS de 23 de septiembre de 1989 (*RJ* 1989\6352).
- STS de 29 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989\7921).
- STS de 19 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990\10312).
- STS de 22 de febrero de 1991 (*RJ* 1991\1590).
- STS de 1 de octubre de 1991 (*RJ* 1991\7458).
- STS de 13 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991\9004).
- STS de 19 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992\9417).
- STS de 21 de enero de 1993 (*RJ* 1993\481).
- STS de 29 de marzo de 1993 (*RJ* 1993\2532).
- STS de 5 de abril de 1993 (*RJ* 1993\2791).
- STS de 7 de mayo de 1993 (*RJ* 1993\3465).
- STS de 24 de mayo de 1993 (*RJ* 1993\4784).
- STS de 13 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993\9615).
- STS de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994\7459).
- STS de 22 de febrero de 1995 (*RJ* 1995\1700).
- STS de 30 de octubre de 1995 (*RJ* 1995\7851).
- SAP de Tarragona de 26 de noviembre de 1997 (*AC* 1997\2592).
- STS de 30 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998\9982).

- STS de 6 de marzo de 1999 (*RJ* 1999\2247).
- STS de 6 de abril de 1999 (*RJ* 1999\2656).
- STS de 9 de mayo de 1999 (*RJ* 1999\4048).
- STS de 15 de junio de 1999 (*RJ* 1999\4474).
- STS de 19 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999\10512).
- STS de 31 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999\9622).
- STS de 26 de julio de 2000 (*RJ* 2000\9177).
- STS de 27 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000\9317).
- STS de 29 de diciembre de 2000 (*RJ* 2000\714).
- STS de 2 de abril de 2001 (*RJ* 2001\6643).
- SAP de Toledo de 2 de abril de 2001 (*JUR* 2001\179600).
- STS de 23 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001\9513).
- STS de 18 de marzo de 2002 (*RJ* 2002\2663).
- STS de 8 de junio de 2002 (*RJ* 2002\5372).
- STS de 15 de junio de 2002 (*RJ* 2002\8709).
- STS de 2 de julio de 2002 (*RJ* 2002\8242).
- STS de 30 de abril de 2003 (*RJ* 2003\3085).
- STS de 25 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003\7004).
- STS de 28 de octubre de 2003 (*RJ* 2003\7770).
- STS de 26 de julio de 2004 (*RJ* 2004\6633).
- STS de 3 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\6870).
- STS de 23 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004\7386).
- STS de 2 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004\7907).
- STS de 3 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004\1918).
- STS de 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1405).
- STS de 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1918).
- STS de 17 de febrero de 2005 (*RJ* 2005\1301).
- STS de 26 de abril de 2005 (*RJ* 2005\3768).
- STS de 16 de mayo de 2005 (*RJ* 2005\4003).
- STS de 26 de mayo de 2005 (*RJ* 2005\6084).

RESUMEN

SIMULACIÓN DONACIÓN ENCUBIERTA

La simulación de donaciones encubiertas es un supuesto de hecho al que se enfrentan nuestros tribunales con bastante frecuencia. Sin embargo, no hay una regulación específica sobre la misma. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran la simulación como un vicio

ABSTRACT

SIMULATION CONCEALED GIFT

It is a fact that people simulate contracts in order to conceal gifts. Our courts often have to deal with such cases. However, there is no specific regulation on the topic. Most case law and doctrine regard simulation as a defect of contract cause, or, to be more speci-

de la causa, y en concreto, como casos de causa falsa (simulación relativa) o de causa inexistente (simulación absoluta).

Un análisis detenido de los elementos de la simulación sugiere que en este fenómeno hay un único contrato compuesto por dos declaraciones que manifiestan una única voluntad. La consecuencia de ello es que la simulación no se trata de un vicio en la causa ni en la voluntad, como parte de la doctrina sostuvo. La simulación no supone un vicio en los elementos del contrato, sino simplemente la coexistencia de dos declaraciones contractuales voluntarias: una inter partes y otra frente a terceros.

La eficacia de la simulación pasa entonces por discernir cuál de dichas declaraciones debe prevalecer en el caso de que no puedan coexistir. Conforme apunta parte de la doctrina, podría distinguirse dos ámbitos de eficacia: uno inter partes y otro frente a terceros.

En el caso de simulación relativa, el contrato simulado debería ser eficaz frente a terceros, entre otras razones, por la protección de los terceros de buena fe y la teoría de los actos propios. El acuerdo simulatorio sólo tendría efectos inter partes. En los casos de simulación absoluta, debido a que el acuerdo simulatorio niega la eficacia del contrato simulado, la solución habitual será dar eficacia al contrato simulado erga omnes, puesto que ambas declaraciones contractuales son incompatibles. Y es que en los supuestos que eso suceda, parece que hay que dar preferencia a las legítimas expectativas de terceros de buena fe sobre los intereses espurios de las partes.

Evidentemente, en los supuestos en los que la causa sea ilícita, como en los casos de fraude de acreedores o de derechos hereditarios, el contrato no tendría efectos en virtud del artículo 1.275 del Código Civil.

A su vez, no conviene olvidar que muchos supuestos constituirán un fraude de ley, y que por ello habrá que aplicar

fic, as a case of false cause (in relative simulation) or non-existent cause (in absolute simulation).

A careful analysis of the elements of simulation suggests that in this phenomenon there is a single contract made up of two statements declaring a single intention. Therefore, simulation does not constitute a defect of contract cause or, as some doctrine used to hold, a defect of contract intention. Simulation does not involve any defect in the elements of the contract at all; it simply involves the coexistence of two voluntary contractual statements, one made between the parties to the simulation and one made vis-à-vis third persons.

So, the efficacy of a simulation depends on our discerning which of the statements should prevail if both statements cannot coexist. As some doctrine points out, we could make out two spheres of efficacy: one between the parties to the simulation and another vis-à-vis third persons.

In the case of relative simulation, the simulated contract should be effective vis-à-vis third persons. This is because of the protection accorded to third persons acting in good faith and because of the doctrine of estoppel, among other reasons. The simulating agreement, however, would have effects only between the parties to the contract. In cases of absolute simulation, because the simulating agreement denies the efficacy of the simulated contract, the usual solution is to enforce the simulated contract erga omnes, as the two contractual statements are incompatible with each other. And the fact is that when this happens, preference would seem to have to go to the legitimate expectations of third persons acting in good faith, instead of going to the spurious interests of the parties themselves.

Obviously, in cases where the cause is unlawful (such as evasion of creditors or fraud in regard to hereditary

la norma cuya aplicación se pretende evitar al amparo del artículo 6.4 del Código Civil.

Los casos concretos de donaciones encubiertas de bienes inmuebles bajo la forma de compraventas se pueden identificar siguiendo unos criterios propuestos por la jurisprudencia y la doctrina, además de las pautas de interpretación de los contratos que ofrece el Código Civil. Dichos criterios principalmente son: la transmisión efectiva del bien inmueble, un precio inferior al de mercado, la relación personal entre las partes, la ausencia del pago del precio y los actos de las partes anteriores y posteriores a la celebración del contrato.

rights), the contract would be void under section 1275 of the Civil Code.

And yet we should not forget that many cases will actually constitute evasion of the law, and for that reason, under section 6.4 of the Civil Code, the rule or regulation the parties are trying to evade will have to be applied.

Cases of gifts concealed in the guise of purchases can be identified by following certain criteria proposed by case law and doctrine, in addition to the contract interpretation guidelines offered by the Civil Code. These criteria are mainly the actual transfer of the real estate; a below-market price; the personal relationship between the parties; non-payment of the price; and the acts of the parties before and after the contract is concluded.

(Trabajo recibido el 7-1-2009 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)

DICTÁMENES Y NOTAS

La garantía legal en la adquisición de bienes de consumo

por

AITOR ZURIMENDI ISLA

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la UPV/EHU

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

II. CONCEPTO DE CONFORMIDAD Y RÉGIMEN PROBATORIO:

1. DEFINICIÓN.
2. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA FALTA DE CONFORMIDAD.
3. PRUEBA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE CONFORMIDAD:

1. PRESUPUESTOS PARA PODER EJERCERLAS.
2. REPARACIÓN O SUSTITUCIÓN.
3. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO O REBAJA DEL PRECIO.
4. RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.
5. LA ACCIÓN CONTRA EL PRODUCTOR.

I. INTRODUCCIÓN. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. En cualquier contrato de compraventa el vendedor tiene la obligación de entregar al comprador la cosa vendida en un estado apto para su uso, de forma que si ésta presenta un vicio o tara que le prive de tal fin, el comprador podrá optar entre resolver el contrato o pedir una reducción proporcional del precio. Es el régimen de la obligación de saneamiento que corresponde a todo vendedor (arts. 1.468 y 1.484 a 1.490 CC). Pero si el comprador tiene la condición de consumidor y el vendedor la de empresario, tal y como se definen a ambos en los artículos 3 y 4 de la Ley General para la Defensa

de los Consumidores y Usuarios (LDCU) (1), deberá aplicarse prioritariamente sobre este régimen general el de los artículos 114 a 127 de la LDCU, tal y como aclara el artículo 117 de este último cuerpo legal. En cambio, cuando el comprador adquiera un bien para usarlo en su actividad empresarial, no será de aplicación este régimen especial a tenor de la definición de consumidor del artículo 3, por más que lo utilice en el proceso productivo y no directamente para transformarlo y revenderlo (2). Este régimen especial tiene su origen en la Directiva Comunitaria 1999/44, que España traspuso inicialmente a través de la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, que ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la LGDCU al integrar en ésta su contenido.

Existen hoy, por tanto, dos regímenes paralelos de saneamiento por vicios ocultos, uno aplicable cuando el vendedor es empresario y el comprador consumidor, y otro para el resto de los casos. Incluso si la compraventa tiene carácter mercantil por cumplirse el presupuesto del artículo 325 del Código de Comercio, habrá que atenerse a los preceptos sobre la materia recogidos en sus artículos 334 y siguientes, antes de acudir al Código Civil. Tal situación carece de explicación racional, puesto que el régimen del Código Civil y del Código de Comercio no se adapta por su arcaísmo al tráfico moderno, y en cambio sí lo hacen las soluciones y conceptos contemplados en el régimen especial contemplado en la LGDCU, por lo que habría sido deseable que se hubiera aprovechado la necesidad de adaptar la Directiva Comunitaria sobre garantías en las compraventas entre consumidores y usuarios para reformar la compraventa en general y establecer un régimen unificado al respecto, tal y como han hecho otros Estados miembros. La Directiva obliga a implantar ese régimen a las compraventas entre empresarios y consumidores, pero no impide que se pueda establecer también para otros supuestos. No se alcanzan a ver razones de peso que justifiquen esta dualidad de regímenes que generará confusión en algunos casos (3). Con todo, no debe pasar de-

(1) El artículo 3 dice que son consumidores «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada». Y el artículo 4 define al empresario como «toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada».

(2) La SAP de Pontevedra, de 22-9-2005, *JUR* 21683/2006, declara inaplicable la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (hoy integrada en la LDCU) a la adquisición de una carretilla defectuosa para su uso empresarial. Con frecuencia se discute, con razón, que en este tipo de adquisiciones para uso (no especulación) no se aplique la normativa del consumidor, pero no podemos centrarnos aquí en esta polémica.

(3) En parecidos términos, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XI (2005), pág. 64; CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Madrid, 2005, pág. 33 y sigs.; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, Granada, 2006, pág. 165 y sigs. y 228-229.

sapercibido que la derogación de la Ley 23/2003 y la inclusión de su contenido en la LGDCU ha supuesto cierta simplificación en este caos normativo, porque junto a las normas concurrentes vigentes que se han citado, además de la derogada ley especial, resultaban aplicables antes algunos preceptos de la LGDCU que no expresaban exactamente lo mismo (4).

2. Pero además de tener que ser consumidor y empresario el comprador y el vendedor, para aplicar el régimen especial de los artículos 114 y siguientes de la LGDCU, se requiere que se trate de «contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro que hayan de producirse o fabricarse». El artículo 1.II de la LGVBC afirmaba que objeto del contrato debían ser bienes muebles corporales. Aunque en la actualidad no se dice expresamente nada, el artículo 6 de la LDCU dice que es «producto» todo bien mueble, por lo que debe seguir manteniéndose la misma conclusión. Es indiferente que los bienes sean nuevos («recién producidos») o hayan sido utilizados anteriormente («de segunda mano»), tal y como se deduce del artículo 123 LDCU, que alude expresamente a ellos. Así por ejemplo, se aplica este régimen a la venta de coches de segunda mano, siempre que el vendedor sea empresario, esto es, siempre que no se haga entre particulares (5). En función de estos criterios, también quedarán protegidos por este régimen los bienes muebles que acompañan a la venta principal de un bien inmueble, como los electrodomésticos o mobiliario, sin que quepa ser calificados como bien inmueble por incorporación o destino (6).

El artículo 115.2 excluye expresamente la venta de agua y gas cuando no estén envasados y también a la electricidad. La razón principal es probablemente que el suministro de estos servicios, por considerarse de interés público esencial, tiene su propia normativa específica que ya contempla medidas de protección de los usuarios, además de que alguno de ellos no puede calificarse de bien mueble. La razón es que suelen tenerse en cuenta a la hora de fijar el precio a pagar por el total de la operación, lo que denota cierta autonomía en la venta de éstos. Quedan igualmente excluidas las ventas judiciales y las adquisiciones a través de subasta administrativa a las que pueda acudir el consumidor, en este caso, parece ser, por la peregrina razón de evitar la posibilidad de que la administración o el poder judicial puedan llegar a ser calificados de vendedores y tener que responder por los términos de la ley. Cabría acudir en estas hipótesis al régimen general de saneamiento del Código Civil (7).

(4) Al respecto, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 58 y sigs.

(5) SAP de Barcelona, de 22-2-2008, AC 660/2008.

(6) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 260 y sigs.

(7) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 43-44; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, 2.ª ed., Madrid, 2008, págs. 590-591.

Respecto a la tipología de contratos a los que resultan aplicables los artículos 114 y siguientes de la LGDCU, el contrato de compraventa y el de suministro no agotan los contratos comprendidos, sino que parece ser la intención del legislador la de abarcar todo tipo de contrato que suponga una transmisión de la propiedad de la cosa como, por ejemplo, la permuta o la donación. Así se deduce claramente del artículo 116.3 de la LGDCU cuando excluye la responsabilidad por falta de conformidad cuando ésta tenga su origen en «materiales suministrados por el consumidor y usuario», en donde se está haciendo referencia a un contrato de obra mueble con aportación de materiales (8).

II.- CONCEPTO DE CONFORMIDAD Y RÉGIMEN PROBATORIO

1. DEFINICIÓN

1. Del artículo 116 LDCU se deriva que el bien es conforme siempre que cuando se entregue presente las características, usos y cualidades que se esperaba en el momento en el que se perfeccionó el contrato. El consumidor tiene derecho a recibir un bien en el estado pactado cuando se contrató y el vendedor la obligación de entregarlo de ese modo. Por más que en ocasiones se subraya la novedad del término «conformidad», no utilizado por nuestros textos legales ni por nuestra doctrina y jurisprudencia hasta ahora, debe relativizarse sobremanera tal novedad, puesto que el concepto es el mismo que el del artículo 1.468 del Código Civil, que establece que «el vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato». En tal artículo se incorpora lo que hasta ahora se llamaba la obligación del vendedor de saneamiento de los vicios de la cosa, puesto que si ésta no presentaba las características pactadas, el vendedor debía restablecer de algún modo la situación para restaurar el equilibrio de prestaciones pactado por las partes (9). La obligación de entregar un bien conforme es simplemente un modo más moderno de definir la obligación de saneamiento por vicios (10), con la particularidad de que el artículo 116 de la LDCU concre-

(8) Sobre los tipos de contratos comprendidos en este régimen especial, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 45 a 47; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 588; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 247 y sigs.; SAGASTI, «El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo», en *RCDI*, 695 (2006), págs. 1004-1005 y 1013. Véase, no obstante, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «Régimen legal de garantías al consumidor», en TOMILLO, *Práctica arbitral de consumo*, Navarra, 2007, pág. 266.

(9) MORALES, *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2.^a ed., Madrid, 1993, artículo 1.484, págs. 954-955.

(10) En este sentido, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 54 a 57 y 69 a 72.

ta algo más tal obligación fijando por escrito una serie de criterios que, no obstante, se utilizaban en gran medida en la práctica de la compraventa hasta ahora y que se siguen utilizando cuando no resulta aplicable el régimen especial de la LDCU.

Tanto un concepto como otro abarcan en principio cualquier caso de falta de correspondencia entre lo pactado en el contrato con lo realmente entregado, por más que el incumplimiento sea total o parcial. Lo diferente son las distintas consecuencias jurídicas que en un régimen y otro se da a esa falta de correspondencia que, no obstante, podrían unificarse si el legislador quisiera (*supra* I). A veces se dice que existe una diferencia entre un concepto y otro, porque mientras que el régimen de saneamiento del artículo 1.484 y siguientes del Código Civil no se aplicará si la falta de correspondencia no es importante al no privar a la cosa de su uso previsto sin mayor inconveniente; en el régimen especial de la LDCU no se exige que la entidad del vicio sea importante, por lo que sigue habiendo disconformidad (11). No obstante, que la leve entidad del vicio prive de las acciones de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil no quiere decir que el vendedor tenga derecho a entregar una cosa con defectos leves sin que tal comportamiento carezca de consecuencia jurídica alguna. El artículo 1.466 del Código Civil sigue diciendo que el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa en el estado esperado, y si el incumplimiento es leve, aunque no se podrá acudir a los remedios de los artículos 1.484 y siguientes, podrá reclamarse por la vía del artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, puesto que estamos, en todo caso, ante un incumplimiento contractual. De hecho, cuando resulta aplicable el régimen especial de la LDCU también la escasa entidad de la falta de conformidad tendrá consecuencias en los remedios jurídicos a aplicar (*infra* III, 2).

2. El momento en que debe medirse si el bien es conforme o no es el de su entrega (art. 114 LDCU), entendiendo por tal aquél en el que se pone materialmente a disposición del consumidor. No obstante, esto no significa que la inadecuación se tenga que manifestar en ese momento, sino que es posible, e incluso habitual, que los efectos de la misma se exterioricen con posterioridad. Habrá que probar que esos vicios, pese a manifestarse después, tienen su origen en el momento anterior a la entrega (*infra* 3). La puesta a disposición no quiere decir siempre que el consumidor lo tenga efectivamente en sus manos, sino que puede ser que se haya entregado a otra persona por él designada o a la empresa de transporte por él contratada y no ofrecida por el vendedor. Es decir, si este último oferta el transporte del bien a cambio de un sobreprecio que abone el comprador, el vendedor es el responsable del transporte y por tanto no pondrá el bien a disposición del comprador hasta que el transportista lo entre-

(11) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 72 y 164.

que al consumidor o persona por él designada (12). Es él a través de sus empleados o de empresas subcontratadas el que asume la obligación de transporte, luego no hay entrega hasta que éste se realice. Además, para que responda el vendedor por la falta de conformidad, no se requiere que ésta se derive de alguna actuación negligente del vendedor, por lo que carece de sentido invocar si existe culpa o no. El dato es intrascendente para determinar si el bien o servicio es conforme o no. Con el concepto de conformidad, se trata simplemente de establecer quién asume el riesgo de que por defecto de origen o por fuerza mayor o caso fortuito la cosa se deteriore antes del momento de la entrega, y la LDCU hace correr con ese riesgo al vendedor. Aquí sí que hay una diferencia importante respecto al régimen general del Código Civil, que si bien hace responder de los defectos de la cosa con respecto a las cualidades que se le presuponen antes de la perfección del contrato al vendedor, si el deterioro sucede posteriormente pero antes de la entrega por caso fortuito o fuerza mayor será el comprador el que deba asumir ese riesgo (arts. 1.452 y 1.468 CC) (13). En cambio, si la compraventa es mercantil, la solución es idéntica a la de la LDCU (art. 331 C.Com.) (14).

Excepcionalmente, cuando el adquirente es consumidor, el artículo 116.2 LDCU establece para dos supuestos concretos un momento posterior al de la entrega para determinar la conformidad del bien, lo cual también resulta novedoso. El primero de ellos se da si cuando se produce la entrega material al consumidor el bien cumple las expectativas del contrato, pero posteriormente, en la instalación del mismo cuando ésta corra a cargo o bajo la responsabilidad del vendedor (15), el bien sufre un deterioro con respecto a la calidad que se le suponía (16). Por «bajo la responsabilidad del vendedor» hay que entender que es éste el que ofrece la posibilidad de instalarla por más que sea con un sobreprecio y a través de otro profesional subcontratado (17).

(12) Por esto, las cláusulas contractuales o condiciones generales por las que el vendedor se exime de los daños causados por el transporte ante el comprador sólo serán válidas, en todo caso, para la garantía comercial, pero no para legal o saneamiento, que es la que estamos tratando aquí. AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 341-342.

(13) Sobre estas cuestiones, BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 591 y sigs.; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 271 y 316 y sigs.

(14) En este problema se ve lo ilógico de la convivencia de distintos regímenes por no ser coherente o justificable el diferente tratamiento de unos supuestos y otros.

(15) En la práctica, la falta de conformidad por defectuosa instalación no es infrecuente, SAP de Guipúzcoa, de 16-9-2005; SAP de Madrid, de 4-5-2007, *JUR* 2008/210.736.

(16) Se trata, según algunos, de una postergación del momento de entrega o puesta a disposición de la cosa hasta el instante en que se instale, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XI (2005), pág. 76; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 300-301.

(17) Así se pronuncia la SAP de Guipúzcoa, de 16-9-2005, pese a que el vendedor aducía que el contrato de instalación era otro contrato de prestación de servicios que su

Quedan por ello fuera los casos en los que es el comprador el que elige al instalador. Más dificultoso puede resultar el supuesto en el que la elección de éste se realice teóricamente de común acuerdo (18). En realidad, lo más apropiado será investigar quién tuvo la iniciativa en la elección. Si es el vendedor el que propone, lo que sucederá casi siempre, y el comprador simplemente da su aprobación, entonces el vendedor también responderá si la instalación defectuosa repercute en la calidad del bien. En estos casos el comprador apenas tiene opción de proponer a otra persona porque desconocerá el mercado en el 99 por 100 de ocasiones.

El segundo supuesto excepcional se refiere a bienes que requieren instalación que realiza el consumidor, pero siguiendo las instrucciones que se le dan y que por ser defectuosas provocan la disconformidad. El problema aquí surgirá en diferenciar cuándo las instrucciones son erróneas o si más bien no han sido entendidas correctamente por el consumidor. En principio, un error en la redacción supone una información incorrecta, aunque también deberá considerarse un error por omisión la ausencia de determinada información necesaria para la correcta instalación del bien sin que éste no se deteriore; esto es, siempre que la omisión sea esencial (19). Si la omisión es relevante es algo que deberá concluirse caso por caso, teniendo en cuenta que el consumidor medio no tiene por qué tener conocimientos técnicos sobre la materia, por lo que si falta algo que no tiene que ser conocido por la generalidad, entonces la omisión podrá calificarse de errónea. Lo que no cabe es acudir a la disconformidad si el consumidor no ha entendido una instrucción correcta e instala el bien defectuosamente. Lo lógico, en ese caso, es que hubiera preguntado o recurrido a gente con el debido conocimiento. Por otra parte, se afirma a veces que otros supuestos similares a los de instrucciones de instalación falsas aunque no mencionados en el artículo 116.3 deben ser incluidos en él, como el del suministro de instrucciones de uso incorrectas que tras ser acatadas deterioran el bien (20). Sin embargo, por más que resulta innegable la «identidad de razón» de ambos supuestos de hecho que exige la aplicación analógica del artículo 4.1 del Código Civil, debe recordarse que el artícu-

cliente había pactado con otra persona con la que no tenía que ver. Efectivamente pueden ser dos contratos, pero el segundo se vincula al primero y se deriva de un acuerdo de colaboración entre vendedor e instalador, que al tener intereses económicos comunes no se pueden calificar como terceros independientes.

(18) Véase, no obstante, BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 609; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, en TOMILLO, *Práctica arbitral de consumo*, pág. 268.

(19) En parecidos términos, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 142. Véase, no obstante, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 302-303, aunque matizado por la pág. 306.

(20) BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, págs. 609-610.

lo 116.3 es una norma que establece una excepción a otra general, como lo es que la conformidad se mide en el momento de la entrega, y las normas excepcionales no pueden aplicarse a supuestos distintos de los expresamente contemplados en ellas (art. 4.2 CC), quedando vedada la analogía en estos casos. Con esto no queremos decir que tales conductas sean lícitas ni que carezcan de consecuencias jurídicas, ya que, aunque no podamos acudir al régimen que para la disconformidad prevé la LDCU, probablemente estaremos ante un supuesto de responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil.

3. Finalmente, en el artículo 116. 3 LDCU se afirma que el vendedor no responderá por la falta de conformidad si el consumidor conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar el vicio en el momento de la celebración del contrato, o si éste ha surgido por los materiales suministrados por el consumidor. En el primer caso, más que ante una excepción al principio de responsabilidad por falta de conformidad, estamos más bien ante una ausencia de falta de conformidad. Si por ésta se entiende la adecuación del bien entregado a lo acordado y esperado en el momento de perfección del contrato, está claro que si el comprador conocía el defecto en tal instante no podía esperar una calidad superior. Recibe lo que sabía y lo que pactó, por lo que realmente no hay falta de conformidad (21). Y, lógicamente, como conocía el defecto, se habrá tenido en cuenta a la hora de determinar el precio. Es lo que sucede, por ejemplo, en las ventas de saldo por tara. Y lo mismo ocurre si no lo conoce realmente pero no lo puede ignorar fundadamente. Son hipótesis en las que el no conocimiento deriva más bien en un no querer conocer por estar ante un grado de negligencia alto (culpa grave). Se trata de situaciones en las que cualquier consumidor medio advierte el vicio examinando mínimamente el bien, sin ser nunca exigible una inspección profunda. O también de aquéllas en el que el comprador, por su profesión o cualificación, se debe dar cuenta enseguida del defecto, aunque tal reacción no se le exija al consumidor medio. El comprador no podía esperar un bien con cualidades distintas porque ya las conocía o debía conocerlas. Tales circunstancias sólo pueden producirse si el consumidor tiene un contacto con la cosa antes de perfeccionarse el contrato, pero no si no la visualiza en ese momento. Por ejemplo, si encarga hacer el bien o en las ventas a distancia. Por el contrario, si se le permite probar durante un tiempo la cosa antes de celebrar el contrato, más posibilidades tendrá de darse cuenta del defecto, lo que no obsta a que si sus consecuencias no comienzan a exteriorizarse hasta después del contrato el consumidor pueda seguir reclamando por no ser el bien conforme (22). Idéntico trato se da a este supuesto en el régimen general del saneamiento,

(21) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 311.

(22) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 313-314.

que distingue entre vicios ocultos y aparentes (arts. 1.484 y 1.485 CC, y 336 y 342 C.Com.) (23).

La segunda teórica excepción a la responsabilidad por falta de conformidad, la referida a los contratos de obra mueble en los que el defecto sea imputable a los materiales suministrados por el consumidor, tampoco es en realidad un caso de falta de conformidad. En la responsabilidad por falta de conformidad, como hemos dicho, el deudor asume el riesgo de que la cosa presente una tara o se deteriore por caso fortuito o fuerza mayor sin que sea necesaria su culpa, pero nunca responderá si la causa del daño se debe a culpa del comprador. En este último caso será éste, también si es consumidor, el que deba acarrear con las consecuencias, y es precisamente lo que sucede en el supuesto ahora contemplado. Es por esto que debe quedar acreditado que la causa de que lo entregado no se adecue a lo que inicialmente se esperaba en la celebración del contrato sean los materiales aportados por el consumidor y no otra. Pero además, ateniéndose a la buena fe contractual que integra todo contrato (art. 1.258 CC), cuando el consumidor ofrezca los materiales a la contraparte para que realice la obra, esta última deberá advertirle del riesgo que el empleo de los mismos conlleva cuando para cualquier profesional del sector sea conocido que existe la posibilidad de que por tales materiales el resultado de la obra sea defectuoso. Si del estado de la ciencia resultante en ese momento fuera evidente para los profesionales la existencia de ese riesgo, la no advertencia al consumidor que no tiene por qué conocer el mismo supondrá que sí tendrá que responder del resultado defectuoso. La causa es que el defecto se ha producido por negligencia del contratista que no ha advertido al consumidor debiendo haberlo hecho (24). Similar consecuencia se prevé en el régimen general del contrato de obra en el artículo 1.590 del Código Civil.

2. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA FALTA DE CONFORMIDAD

1. Aunque cualquier falta de adecuación entre lo pactado y lo entregado es falta de conformidad, el artículo 116 LDCU establece una serie de criterios que pueden ayudar a determinar cuándo hay o no conformidad. En realidad, será el contrato el que establezca las condiciones, calidades y propiedades que deba tener el bien, y es por esto que lo expresamente manifestado en

(23) Es la conclusión que tras una comparación con ambos obtiene CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 148 y sigs.

(24) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XI (2005), pág. 78; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 314. Véase, no obstante, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 158.

el contrato tiene absoluta prioridad sobre los criterios del artículo 116. Así, cuando el comienzo del mismo afirma: «salvo prueba en contrario se entenderá que los productos son conformes...», debe interpretarse como salvo que el contenido del contrato diga otra cosa. Estos criterios por tanto son en realidad un instrumento que ayuda a determinar cuáles son las propiedades y cualidades que el contrato presume para el bien cuando determinados aspectos de las mismas no se hayan concretado expresamente, cumpliendo así el papel de derecho dispositivo. En realidad suministran orientaciones para la integración del contrato, que según el artículo 1.258 del Código Civil debe hacerse según el contenido de la ley, el uso o costumbre y la buena fe contractual, y tal método es el que se sigue en algunos de estos criterios que no hacen sino desarrollar algo más esta previsión (25). Así, por ejemplo, la apelación a la costumbre parece clara cuando en la letra *b*) del artículo 116 se menciona «los usos a los que ordinariamente se destinan los productos del mismo tipo». O lo mismo cuando en la letra *d*) se alude a la «calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor pueda esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto». O a la buena fe contractual cuando se alude a las propiedades expuestas con una muestra o modelo (letra *a*). Pero no siempre los criterios ayudan a integrar el contrato, sino que simplemente recuerdan la prioridad de lo expresamente pactado, como la letra *c*), que se refiere al uso especial acordado por las partes; o que determinadas manifestaciones forman parte del contrato en el caso de contratación con los consumidores aunque no se incluyan expresamente en él, y que por eso se tendrán en cuenta para determinar si la entrega es conforme o no, como sucede con las menciones a las declaraciones públicas vertidas sobre el bien o a los contenidos de la publicidad.

Precisamente la heterogeneidad de funciones de estos criterios hace que no se establezca ninguna relación de prelación ni de mutua exclusión entre los mismos. Habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para ver si se aplica uno solo de ellos o varios a la vez, puesto que tampoco hay problema en su acumulación, siempre que sean compatibles entre sí. Si hay alguna contradicción entre dos o más, tendrá prioridad siempre el que haga prevalecer la voluntad de las partes, que es al fin y al cabo lo que trata de descubrir la aplicación de estos criterios. De esta forma, si se ha pactado un fin especial para el bien (letra *b*) que no sea compatible con el uso y prestaciones habituales de ese producto (letra *d*), deberá prevalecer aquél sobre éste (26). Y de cualquier modo, tales criterios no constituyen un catálogo

(25) En tal sentido, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 78 y sigs.; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, págs. 596 y 598.

(26) Sobre las relaciones entre los diferentes criterios, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 84 a 86; AVILÉS

cerrado a los que pueda acudir el intérprete que, en todo caso, podrá acudir a otros distintos que sean compatibles con el artículo 1.258 del Código Civil para integrar el contrato en estos aspectos, o lo que es lo mismo, descubrir el concreto programa contractual de las partes (27).

De cualquier modo, la conformidad viene marcada por el contenido del contrato, que en primer lugar viene delimitado por las normas de derecho imperativo, que prevalecen, como siempre, incluso sobre lo expresamente pactado por las partes. Y después, tras las cláusulas del contrato, debe recordarse también la normativa de derecho dispositivo que para ese tipo de contrato rija y que afecte a la calidad y propiedades del bien. En este sentido, debe señalarse que no son infrecuentes normativas imperativas o dispositivas sobre la calidad que deben presentar determinados productos que pueden incidir en la seguridad o en el medio ambiente, y cuyo cumplimiento debe exigirse por formar parte del contenido del contrato para que el bien sea conforme. También deberá tenerse presente que las condiciones generales del contrato forman parte del mismo, pero siempre que hayan superado los controles de legalidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de los artículos 80 y siguientes de la LDCU, por lo que si en ellas se establece una cualidad del bien inferior a lo habitual o a lo marcado por el derecho dispositivo, sin que exista una contraprestación para el adquirente, habrá que entender que tal cláusula es nula y no forma parte del contenido del contrato, que deberá proceder a integrarse utilizando los criterios de conformidad previstos (28).

2. Procedemos ahora a analizar someramente los criterios empleados por el artículo 116 LDCU. El de la letra *a*) se alude a la descripción del bien realizada por el vendedor y las propiedades que se le hubieran presentado en la muestra o modelo. Se trata de supuestos en los que el vendedor hace una demostración a potenciales compradores que observan así las propiedades y utilidades del bien. Si finalmente alguno de ellos decide comprar, el consumidor puede reclamar si el bien entregado no tiene las mismas propiedades o utilidades que la muestra o modelo, aunque éstas no se hayan especificado expresamente en el contrato. La demostración suscita la confianza en que el bien será idéntico y por eso se entiende integrada en el contenido del contrato a través de la buena fe. Sólo cabe que éstas no sean exigibles si en la propia demostración el vendedor advierte que alguno de los elementos de la demostración no se da en la realidad o si en el contrato se ha contradicho expresa-

GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 269-270; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 598.

(27) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 83-84.

(28) Sobre el uso de condiciones generales abusivas en este ámbito advierten BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 595.

mente alguna de estas propiedades, aunque no a través de una condición general de la contratación. Sólo así se puede vencer la confianza que suscita la demostración. Por otro lado, si en la muestra o modelo se ve que el bien no es útil para ciertas finalidades, tampoco el consumidor podrá luego exigir las.

El problema está en que si el vendedor niega que hubo muestra o modelo, el comprador tendrá la carga de probar que sí, para lo que se podrá valer de testigos que acrediten que era habitual la realización de demostraciones o de la existencia de otras ventas similares realizadas con muestra o modelo. Pero además de esto, le quedará acreditar que lo entregado es distinto a la muestra, y como en la práctica es habitual que tras realizar la demostración el vendedor se la lleve, el comprador tendrá muy difícil dicha prueba. Precisamente por tal grado de dificultad, aplicando el artículo 217.6 LECiv, que permite modular la carga de la prueba en función de la disponibilidad y la facilidad para la misma, habrá que entender que el vendedor deberá aportar la muestra colaborando así en el *iter* probatorio (29).

Idéntica razón de ser presenta el criterio de la letra *b*) y el del primer inciso de la letra *d*), que aclaran que salvo pacto en contrario, el bien debe servir para los usos a que ordinariamente se destinan y presentar las características o propiedades habituales que tiene en el tráfico (30). Es una invocación a los usos o costumbres para integrar el contrato (art. 1.258 CC). Si lo normal o habitual es que el bien sirva para ciertos fines y tenga determinadas propiedades es lógico que el consumidor espere que el bien cuente con ellas, aunque no se diga expresamente en el contrato. Lo normal o habitual no es preciso pactarlo, sino que más bien, si hay algo que se aparta de ello, deberá especificarse en el contrato.

En contraposición a lo anterior, el criterio de la letra *c*) establece que el bien será conforme si cumple el uso especial requerido por el consumidor, siempre que lo haya puesto en conocimiento del vendedor y éste haya admitido que, efectivamente, sirve para eso. Como hemos dicho antes, lo normal o habitual se presume, pero lo inhabitual en cambio no, por lo que para que el consumidor pueda exigir un uso distinto al habitual de la cosa deberá pactarse en el contrato, bien de forma expresa o tácita. Esto es, que basta con que de cualquier modo se comunique al vendedor la razón por la que se quiere adquirir el bien para cumplir este requisito. Si sabiéndolo este último accede a la venta, se entiende que acepta que el bien sirve para ese fin especial, de lo contrario, la buena fe exige que se hubiera advertido en ese momento al consumidor de la no aptitud del bien para ese uso. O lo mismo sucede si aunque el comprador no diga nada expresamente tiene

(29) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 276-277.

(30) Sistemáticamente, lo lógico es que ambos criterios se hubieran fusionado en una misma letra en lugar de exponerse de forma separada, ya que atienden a la misma lógica.

relación habitual con el vendedor y éste conoce su profesión y que los bienes que suele adquirir requieren propiedades especiales porque se destinan al ejercicio de la misma (31). El problema de que la comunicación del uso habitual no se haga por escrito será fundamentalmente probatorio. Ejemplos de posibles usos especiales lo constituyen la compra de gafas o ropa de cualidad específica para eventos deportivos, ordenador que tiene que ejecutar programas exigentes, o turismo para ser empleado principalmente en terrenos no asfaltados (32).

3. Finalmente, la letra *d*) del artículo 116 LDCU menciona las declaraciones públicas que sobre las características del bien o servicio realicen el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. Se plantea, en primer lugar, si sólo se da a estos dos últimos el estándar de criterio o si, por el contrario, se refiere a cualquier otra declaración pública, entendida como cualquier manifestación vertida al exterior por cualquier vía y dirigida a una generalidad indeterminada de destinatarios. El tenor literal del precepto parece inclinarse por esta segunda opción. No obstante, en la práctica, debido fundamentalmente a la amplia definición de «publicidad», que se recoge en el artículo 2 LGP, se nos antoja difícil que una manifestación pública no pueda encajarse en dicho concepto, por lo que la problemática es más bien superficial.

En lo que se refiere a la expresa mención a la publicidad, hay que decir que ésta no añade nada nuevo, puesto que el propio artículo 61 de la LDCU aclara que la oferta, promoción o publicidad sobre las prestaciones propias de cada bien o servicio serán exigibles por los consumidores y usuarios. En el artículo 116.*d*) no se recoge más que una reiteración de este principio. La publicidad constituye, por tanto, parte del contrato porque en ella se ha dado información sobre las cualidades del bien que han suscitado la confianza en el comprador de que eran ciertas y que han influido en su decisión de compra. Aunque luego en la redacción del contrato no se hagan constar, forman parte del mismo y son exigibles (33). No obstante, no todas las afirmaciones publicitarias tienen tal carácter, porque la publicidad, además de informar, exagera y trata de persuadir con otra serie de tácticas al consumidor para que adquiera el producto. Sólo cuando el contenido de la misma se refiera a una propiedad del bien y servicio susceptible de ser creída por el consumidor medio forma parte del contrato y será exigible. Obviamente, afirmaciones del

(31) Sobre estas dos últimas hipótesis, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 281-282.

(32) Extraídos de BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 599.

(33) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 118 a 120; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 287-288. Y así lo dice expresamente el artículo 61 LDCU, que se titula «integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato».

tenor: «con estas zapatillas jugarás al tenis como Rafa Nadal» o que «el coche de la marca X es el que llevan los hombres que gustan a las mujeres» son afirmaciones meramente persuasivas y no creíbles. El consumidor no confía en que comprando el bien conseguirá esos usos u objetivos, por lo que claramente quedan al margen del contenido del contrato (34).

Algo similar sucede con el etiquetado de los productos. Ya el artículo 18 LDCU establece que el etiquetado de los productos debe contener «información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales», de forma que se garantiza al consumidor que lo que pueda leer en él es cierto y que por tanto el bien tendrá esa cualidad prometida. Es una información que el propio productor, el vendedor o el representante de alguno de ellos incluye en la oferta que se realiza al consumidor, y este último al adquirir acepta dicha oferta contractual, por lo que lo indicado en el etiquetado forma parte del contrato. La conclusión sería, por tanto, idéntica aunque no se mencionara expresamente en el artículo 116.d) LDCU. A diferencia de lo que sucede con la publicidad, toda información incluida en el etiquetado suscita la confianza en el consumidor de que es cierta y por tanto podrá exigirla por formar parte del contrato, ya que el etiquetado se refiere a datos objetivos y empíricamente comprobables, puesto que como hemos dicho, la ley exige que sea «veraz y eficaz» (35).

No obstante lo anterior, el artículo 116.d) LDCU exige al vendedor (no al productor) de la responsabilidad por el contenido de las declaraciones públicas en tres supuestos. El primero de ellos es si desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión. Podrá darse cuando sea el productor o el representante de éste quienes hayan vertido estas declaraciones. La razón es que el vendedor no está obligado a conocer siempre todas las manifestaciones publicitarias que hagan éstos. Habrá que estar a las circunstancias de cada caso para concluir si «cabía esperar que conociera la declaración en cuestión». Así por ejemplo, si se trata de un anuncio muy conocido y emitido en muchos medios de comunicación, parece difícil justificar el desconocimiento. Diferente es si, por ejemplo, se ha entregado pasquines en lugares distintos al establecimiento del vendedor. En estos casos es más probable que el desconocimiento esté justificado. En cualquier caso, cualquier declaración pública que haga el fabricante o su representante en alguno de los establecimientos del vendedor, sí le vinculan a éste sin que pueda alegar que los desconocía, puesto que el control de todo lo que pasa

(34) Al respecto, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 120 y sigs.

(35) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 128 a 130; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 288-289; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 603.

en sus establecimientos le corresponde a él. Es además importante señalar que en el supuesto del etiquetado en ningún caso cabe esta excepción, puesto que existe un deber de diligencia sobre todo vendedor de conocer los contenidos del etiquetado de todos los productos que oferta (36). Son declaraciones que se hacen ya en su establecimiento y bajo su control.

Tampoco responderá el vendedor si en el momento de celebración del contrato la declaración ha sido corregida. Si las declaraciones públicas resultan vinculantes por formar parte del contrato, es lógico que si se corrigen al perfeccionarse, éstas ya no formen parte del mismo y que por tanto pierdan el carácter vinculante. Lo importante es que la corrección de lo manifestado en la publicidad o en el etiquetado se haga de forma clara y determinante, venciendo de forma indudable la confianza que la declaración pública generó en el consumidor. A este respecto, será más sencillo terminar con esa confianza en el caso de la publicidad que en el etiquetado (aunque no imposible), puesto que en este último el grado de confianza suscitado es mayor al tener que ser su contenido veraz por imperativo legal. La rectificación exigirá una actuación más enérgica que en la publicidad por parte del vendedor (37). En cualquier caso, tanto en la publicidad como en el etiquetado, nunca será suficiente para vencer la confianza suscitada que la rectificación se incluya en una condición general de la contratación. Se entenderá que la manifestación pública es una condición particular del contrato que en caso de conflicto con una condición general prevalecerá sobre ésta. Las condiciones generales no son habitualmente leídas por los consumidores, por lo que no puede atribuírseles el efecto de corregir lo que a través de otro modo se les ha expuesto expresamente.

Igualmente se exonera al vendedor de cumplir las manifestaciones públicas si demuestra que ésta no influyó en la decisión de compra del consumidor. Desde el punto de vista de política legislativa, esta excepción plantea serias dudas en cuanto a su justificación, puesto que la publicidad y el etiquetado siguen formando parte del contrato y por tanto su cumplimiento debe poder ser exigido por el comprador aunque él hubiera adquirido conociendo la realidad. Si se demanda por un incumplimiento de una cláusula contractual, la otra parte nunca puede defenderse manifestando que es irrelevante ese incumplimiento porque el contrato se hubiera celebrado en todo caso; por lo que permitirlo cuando se apliquen los artículos 114 y siguientes de la LDCU, resulta paradójico al someterse al consumidor en este punto a un régimen

(36) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 136; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 307-308; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, págs. 603-604.

(37) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 137-138.

peor que el general. En todo caso, es la opción del legislador y debe aplicarse. No obstante, por fortuna, en la práctica será casi imposible que el vendedor pueda demostrar que el comprador habría adquirido igualmente el bien de haber conocido la situación real, puesto que es una situación totalmente subjetiva de la que es altamente improbable tener un indicio externo que ayude a la prueba.

Finalmente, respecto a estas tres excepciones, hay que recordar que según el contenido literal del artículo 116.d) de la LDCU afectan exclusivamente a la responsabilidad del vendedor, pero no a la del productor, de forma que no impedirán, en principio, la acción que se otorga al consumidor contra el productor en virtud del artículo 124 LDCU (38). En la primera de las excepciones, la conclusión es irrefutable, al ser hecha la declaración pública por el productor o su representante. En la tercera, desde el punto de vista de política legislativa, no hay motivos para tratar de forma distinta al productor y al vendedor ante la circunstancia de que el consumidor hubiera adquirido de igual forma el bien. Pero como no nos parece racional, según la finalidad de la norma (proteger más al consumidor) que se exonere al vendedor en esta hipótesis y no se menciona expresamente al productor, no tenemos por qué extender el tenor literal de la excepción a este último. Mayor inconveniente presenta que la segunda excepción afecte sólo al vendedor y no en cambio al productor (39). Si en el momento de celebración del contrato la declaración pública se ha corregido a través de una contradecación que ha dejado claramente fuera del contenido del contrato a la primera, el bien será conforme, por lo que no se podrá reclamar ni al vendedor ni a nadie. Aunque la excepción no mencione al productor, a la misma conclusión habrá que llegar para él en este caso aplicando la normativa y principios del derecho contractual. No hay incumplimiento luego no hay responsabilidad.

3. PRUEBA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

1. Según las reglas generales sobre carga de la prueba, para exigir la responsabilidad por falta de conformidad, sería el vendedor el que debiera probar tanto que el bien o servicio no cumple alguno de los usos o cualidades que legítimamente se esperaba cuando se perfeccionó el contrato, como que tal vicio ya existía en el momento de la entrega, aunque se haya manifestado después. Ambos extremos constituyen hechos positivos que fundamentan la demanda, y que por tanto corresponde probar al reclamante según el artículo 217.2 LECiv. Que en el bien o servicio no concurren alguna de las carac-

(38) Véase, no obstante, SAGASTI, en *RCDI*, 695 (2006), pág. 1018.

(39) Esta incongruencia valorativa es expuesta por SAGASTI, en *RCDI*, 695 (2006), pág. 1018, lo que le lleva a extender las excepciones también al productor.

terísticas que se le suponían no es tan difícil, pues en ocasiones bastará una mera inspección ocular. Pero más complicado será la prueba de que el vicio ya existía cuando la cosa se entregó, pese a que se ha manifestado posteriormente. Por tal razón, el artículo 123 II LDCU establece la presunción de que «las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad». Con esto se facilita la labor del consumidor que de otro modo debería recurrir probablemente a costosos mecanismos probatorios que impedirían en la práctica la reclamación. Además, como toda presunción o norma que altera la distribución de la carga probatoria, se basa en una máxima de experiencia. Esto es, que como resulta que en la realidad la mayoría de vicios que se manifiestan en los bienes en los siguientes seis meses a su entrega ya existían en tal momento, lo lógico es partir de que esto es así. Es más práctico y adecuado a la realidad hacerlo así.

De aquí derivan precisamente las excepciones a esta presunción. Se dice que a veces la naturaleza del producto puede ser incompatible con la misma. Efectivamente, en los productos perecederos o sometidos a un rápido deterioro o en los bienes consumibles, como alimentos, ropa, etc., en la mayoría de los casos la pérdida de cualidades del bien se debe simplemente a su uso habitual o normal y no a que en el momento de la entrega tenían algún defecto, por lo que no tiene sentido aplicar la presunción. Se sigue también el criterio de la realidad. Así, por ejemplo, unos yogures que se advierte caducan en una fecha antes de que transcurran seis meses desde que se adquirieron. O una prenda de vestir que tres meses después de ser usada ha perdido algo de color por el uso de la lavadora aunque aún no hayan transcurrido los seis meses (40). O prendas destinadas a uso esporádico si se invoca que el deterioro se ha manifestado después de que se les haya dado ese uso como, por ejemplo, trajes de novia (41). En todos esos casos, cuanto más tiempo haya pasado desde el momento de la entrega, aunque sin llegar a los seis meses, más razón hay para inaplicar la presunción. Distinto es si la manifestación del vicio se produce unos días después, casos en que la casuística puede ser muy compleja.

Tampoco operará la presunción si la índole o tipo de vicio es de una naturaleza tal que pone en evidencia que no existía en el momento de la entrega, probablemente porque casi con toda probabilidad es consecuencia de un mal uso de la misma. Así, por ejemplo, si presenta una rotura imposi-

(40) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 321-322; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 611.

(41) Distinto es si antes de ese momento se ha constatado el defecto, como sucede en SAP de Segovia, de 22-6-2005.

ble de producirse sin un golpe o intervención humana y que se hubiera observado fácilmente al recibir el bien, como si la pantalla del portátil se ha desprendido del teclado; o si el televisor presenta varias disfunciones a la vez que de haber tenido su origen en el momento de la entrega hubieran hecho inviable su puesta en marcha. En estas hipótesis, la práctica nos dice que en la gran mayoría de los casos el vicio no existía en el momento de la entrega, por lo que es lógico que no opere la presunción y se adecue la carga de la prueba a la realidad.

2. Pero se retorna a la normativa general sobre carga de la prueba del artículo 217.2 LECiv si el vicio se manifiesta después de que hayan transcurrido seis meses desde la entrega y estemos aún dentro del plazo de dos años que tiene la garantía por falta de conformidad (art. 123.I LDCU). El consumidor deberá probar que el vicio ya existía en el momento de la entrega, lo que ha suscitado numerosas críticas por entender que asumir tal carga resulta complicado y costoso, porque serán necesarios dictámenes periciales caros que salvo que el bien sea de un precio elevado impiden la reclamación por no ser rentable. Se promueve así que el legislador hubiera extendido la presunción durante los dos años, tal y como, por ejemplo, ha hecho la ley portuguesa (42). Pero tal opción resulta criticable puesto que, como hemos dicho, las presunciones se establecen por lo que dictan las normas de la experiencia, y es evidente que si un defecto aparece pasados más de seis meses desde la entrega, en la mayoría de las hipótesis éste no existía cuando se entregó, sino por el uso del mismo o incluso por otras circunstancias ajenas tanto al comprador como al vendedor, pero que en todo caso tras la entrega debe soportar el consumidor. La adecuación de las normas sobre reparto de carga de la prueba a la realidad hace que en estos casos tenga que ser el consumidor quien deba probarlo. No tiene sentido establecer lo contrario rompiendo con el normal funcionamiento de las presunciones.

Es más, la crítica endurece exageradamente los presupuestos para establecer como probado que el vicio existía en el momento de la entrega. No siempre será necesario el costoso dictamen pericial, sino que con frecuencia será suficiente el uso de las llamadas presunciones judiciales o prueba indiciaria del artículo 386 LECiv (43), según la cual, a partir de un hecho probado, el Tribunal podrá presumir la certeza de otro si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Así por ejemplo, cuando una lavadora presentaba un defecto con unos síntomas que se han repetido más de una vez, habrá que dar por probado que aunque ya han pasado seis meses desde que se recibió, como no es la primera vez que presenta esos síntomas, el vicio ya existía cuando

(42) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 161-182.

(43) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 325.

se entregó (44). No, en cambio, si los síntomas de la avería son claramente distintos y no pueden vincularse a la anterior reparación (45). También cabe aplicar la prueba indiciaria si el bien presenta defectos desde un principio y las reparaciones resultan infructuosas porque tras ellas aparecen nuevos errores de funcionamiento motivadas por éstas, por más que en el último ya han transcurrido más de seis meses (46). Y lo mismo si el vendedor ha aceptado la devolución del bien por parte del comprador. Si lo hace será porque entiende que tiene derecho por no ser el bien como debiera cuando se entregó (47).

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que independientemente de quién tenga la carga de la prueba, habrá que valorar la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio (art. 217.6 LECiv). Generalmente, el empresario conoce en profundidad los bienes que vende y podrá ofrecer una explicación plausible de la causa del error. Si ante la reclamación del consumidor se limita a callar y no da una explicación técnica razonable, deberá entenderse que no colabora en la prueba y dar por buena la versión del consumidor. También cabe que se produzca el supuesto inverso. Si por ejemplo una reclamación se produce antes de que transcurran seis meses y el vendedor dice que una de las hipótesis del mal funcionamiento puede deberse no al bien sino a la instalación eléctrica de la vivienda del comprador a la que el bien se enchufa, el consumidor deberá permitir que se compruebe en su domicilio esa hipótesis. De lo contrario no estaría cumpliendo con el deber de colaborar en la prueba y debería darse por buena la versión del vendedor.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

1. PRESUPUESTOS PARA PODER EJERCERLAS

1. La LDCU contiene una serie de acciones que el consumidor podrá ejercitar para solventar el problema de que lo que se le entregó presentaba un vicio o defecto con respecto a lo pactado cuya causa existía ya en el momento de la entrega. Pero para poder ejercer estos remedios se requiere que el vicio se haya manifestado no más tarde de los dos años desde la entrega material del bien (48); y en los bienes de segunda mano, de un año si así se ha pacta-

(44) SAP de Madrid, de 20-6-2009, *JUR* 2008/283.501.

(45) SAP de Vizcaya, de 26-6-2007, *AC* 2007/1951.

(46) Es lo que sucede con una moto en el caso de la SAP de Guipúzcoa, de 10-4-2006, *JUR* 2006/156.322.

(47) DÍAZ ALABART, «La aplicación de la Ley de Garantías en las ventas de bienes de consumo: primeros pronunciamientos», en *RDP*, pág. 19. SAP de Zamora, de 13-9-2005.

(48) Salvo prueba en contrario, la entrega se entiende hecha el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega.

do (49). Tanto uno como otro pueden ser ampliados en el contrato, puesto que beneficiaría al consumidor, si bien no cabe que sean reducidos por ser de derecho imperativo toda la LDCU. Debe tenerse presente que la razón de que se establezca un plazo máximo de exteriorización del vicio es fortalecer la seguridad jurídica del vendedor, que tampoco puede estar pendiente de por vida del devenir de todos los contratos que haga. Por esta misma razón, si actuare de mala fe, es decir, si resultase que conocía la existencia del vicio en el momento de la entrega, no podrá hacer valer este plazo máximo puesto que estaría abusando de un derecho (50). No queda afectada la seguridad del vendedor, puesto que precisamente conocía ya la realidad del vicio, así que no tiene sentido aplicar en estos casos el plazo máximo según la *ratio* que se da a éste.

Este plazo de dos años es superior al de seis meses que establece el régimen general de saneamiento del artículo 1.490 del Código Civil, que prevé uno de caducidad para las acciones de seis meses desde la entrega (51), por lo que si el defecto se manifestara después de ese plazo, ya han caducado las acciones de saneamiento. En este sentido, debe valorarse de forma positiva el aumento del plazo en beneficio del consumidor. No obstante, podría discutirse si dado que tras los seis primeros meses el comprador tiene la carga de probar que el defecto existía ya en la entrega aunque se ha manifestado después (*supra* II, 3), no habría sido más justo establecer otro más prolongado, puesto que puede suceder que en determinados bienes, por su naturaleza, tarden más tiempo en manifestarse al exterior posibles defectos originarios. Ciertamente, razones de seguridad jurídica motivan que haya que establecer un tope legal porque no se puede dejar al vendedor pendiente eternamente del correcto transcurrir de todos los contratos que celebra. Pero teniendo en cuenta que el plazo de prescripción de las acciones por falta de conformidad es de tres años desde la entrega (art. 123.3), no habría estado mal que se hiciera coincidir un plazo con otro, otorgando así al consumidor un año más para que se pudieran exteriorizar los vicios, simplificándose de paso el régimen de saneamiento. Con el régimen vigente, el vicio debe exteriorizarse antes de dos años desde la entrega, aunque podrás reclamar hasta

(49) El artículo 7.1 de la Directiva 44/1999 posibilita que los Estados miembros rebajen para los bienes de segunda mano el plazo de los dos años hasta uno como máximo, aunque no obliga a ello. El legislador español ha hecho uso de esa opción que es la menos favorable al consumidor, aunque exigiendo que la rebaja se pacte en el contrato. La reducción del plazo de dos a un año para los bienes de segunda mano requiere, en todo caso, alterar contractualmente el derecho dispositivo, por lo que si aparece en una cláusula general, ésta será nula salvo cuando se dé una importante contrapartida al consumidor, por aplicación de la Ley de Condiciones Generales y del artículo 82 LDCU.

(50) En parecidos términos, BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 611.

(51) MORALES, *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2.^a ed., Madrid, 1993, artículo 1.490, págs. 968 y 969.

que se cumplan tres desde la entrega. En cambio, si se equipararan los dos plazos, se podría reclamar cualquier vicio que se manifestase en los siguientes tres años.

Este plazo, así como el de prescripción de las acciones, se suspende en caso de reparación del bien desde que se pone a disposición del vendedor hasta que se entrega al comprador ya reparado. Y lo mismo en caso de sustitución desde que el consumidor ejerce la opción entre sustitución o reparación hasta la entrega del nuevo producto. Del tenor literal de ambos preceptos (art. 120, letras *c* y *e*) no queda lugar a la duda de que el cómputo del plazo se «suspende» desde el momento que señalan hasta el instante que establecen, con lo que a partir de ahí no se deberá volver a contar de nuevo el plazo en su integridad, sino que se seguirá contando como si fuera el día siguiente a aquél en que comenzó la suspensión; y esto tanto si se refiere al plazo de manifestación de los vicios de los dos años como si afecta al plazo de prescripción de las acciones de tres años (52). Se introduce por primera vez en España la institución de la suspensión de la prescripción como alternativa a la interrupción, opción más moderna y acorde al tráfico moderno, que es la que se está siguiendo prioritariamente en las últimas reformas del derecho de obligaciones en Europa. No se interrumpen para volver a contar desde cero como es norma general en nuestro derecho de obligaciones, sino que sólo se suspende el cómputo durante un período de tiempo.

Como consecuencia de este régimen de suspensión, en los casos de sustitución, al bien nuevo entregado no se le aplicará el plazo nuevo de dos años para que se manifieste la falta de conformidad, sino que seguirá computándose el que correspondía al bien sustituido. Así, si transcurrido un año desde la venta, éste deviene disconforme y se sustituye por otro, el nuevo no tendrá una garantía legal de dos años como corresponde a todo bien nuevo, sino el de uno, lo que perjudica claramente al consumidor. Así lo deja claro el tenor literal del artículo 120.e) que habla de suspensión, siendo la única diferencia que el legislador contempla con respecto a la reanudación de la situación anterior que al consumidor se le otorga la ventaja de que cualquier defecto de conformidad que se produzca en los seis primeros meses desde la sustitución se presume existía desde la entrega. En todo lo demás, por tanto, no hay más que una continuación de la situación anterior. Compartimos la crítica generalizada que se ha hecho a esta opción del legislador, puesto que no vemos razón aparente que justifique la diferencia de trato (53).

En casos de reparación, el artículo 120.c) LDCU establece que durante los seis meses posteriores a la entrega del producto reparado, el vendedor

(52) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 281.

(53) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 368-369; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, en TOMILLO, *Práctica arbitral de consumo*, pág. 273.

responderá de las faltas de conformidad que provocó la reparación. Se plantea aquí si tras la reparación sólo va a contar con seis meses más de garantía legal, incluso si en el momento en que comenzó la suspensión le quedaban más; o si por el contrario habrá que interpretar que siguiendo el ritmo natural del levantamiento de la suspensión se reanuda la situación anterior y se dispondrá del mismo plazo que le restaba en aquel momento. Pero si éste fuera inferior a seis meses, entonces debe entenderse prorrogado por este período de tiempo al menos en lo que se refiere a las faltas de conformidad provocadas por la reparación. Esta segunda debe ser la interpretación preferida, porque es la más acorde al interés del consumidor y porque no tiene sentido que éste se vea perjudicado respecto a la situación anterior por ejercer un derecho que le concede la ley. La prórroga de los seis meses para los defectos provocados por la reparación trata de garantizar que en cualquier caso el vendedor tenga que responder al menos durante un plazo mínimo por la misma, ya que ha habido una nueva intervención sobre el bien que puede tener consecuencias (54). Eso sí, para que opere este plazo adicional es necesario que los vicios deriven de la reparación, lo que el artículo presume si se trata del mismo que originó la reparación. Si es otro y no se prueba que su causa es la reparación, entonces no cabe la prórroga de seis meses y si ya han pasado los dos años originarios el consumidor se quedará sin poder reclamar.

2. Se incluye también en el artículo 123.4 LDCU que el consumidor debe informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. Se persigue con ello darle al vendedor la oportunidad de subsanar la falta de conformidad antes de que se abra un pleito judicial, lo que resulta lógico. En realidad, lo habitual es que el consumidor acuda al vendedor explicándole lo que pasa antes de iniciar cualquier tipo de procedimiento judicial o arbitral. Este deber de comunicar no supone que estos dos meses que se tienen para ello se superpongan o añadan al plazo de dos años en el que se debe exteriorizar el vicio, sino que una vez detectado dentro de ese plazo el consumidor dispone de dos meses para comunicarlo (55). Así, si la falta de conformidad se descubre 23 meses después de la entrega y se comunica en el mes 25, la reclamación será tempestiva. Pero si es en el mes 25 cuando se exterioriza y al día siguiente el consumidor se lo hace saber al vendedor, entonces no debe aplicarse la garantía legal. Naturalmente, tanto en un caso como en el otro se pueden plantear conflictos de prueba, por alegar el consumidor en el segundo caso, aún siendo inexacto, que el vicio se detectó antes del transcurso de los dos años; o el vendedor afirmar en el primer caso que el vicio se ha producido fuera

(54) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 370.

(55) Véase, no obstante, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 379-380.

de plazo, aún siendo inexacto y desconociendo en realidad tal dato. En estos supuestos, el intérprete tendrá que valerse de las circunstancias del caso concreto que aporten algún indicio a favor de una u otra versión. Habrá que estar, por ejemplo, a la naturaleza de la cosa y del vicio, a la frecuencia habitual con la que se usa, y a si es posible o no, utilizarla con ese defecto. Así, por ejemplo, si se trata de un coche cuyo embrague presenta problemas, no parece plausible que si se ha producido en el mes 23, el consumidor no acuda al concesionario hasta el 25, puesto que el uso del coche con tal vicio se estima imposible, y la utilización del vehículo suele ser frecuente como para dudar de que ha estado más de un mes parado. La misma conclusión debemos mantener si se trata de una lavadora. La utilización habitual de la misma hace impensable que el consumidor tarde más de un mes en acudir al vendedor, salvo que pruebe que tenga otra en el domicilio o que ha estado fuera del hogar durante ese plazo. En los bienes que no se utilicen tan habitualmente y que sea más que factible por ello que estén sin usar durante más de un mes, las circunstancias tienden a favorecer la versión del consumidor, y será el vendedor el que tenga la carga de probar que la exteriorización del vicio se ha producido superados los dos años. Por ejemplo, bienes que se utilizan para realizar viajes o acampar, como una cuna de viaje o una tienda de campaña.

La forma en la que debe hacerse la comunicación no se menciona en la ley, por lo que aplicando el principio general de libertad de forma, cabe que se haga por cualquier vía, tanto oral como escrita. Además, a diferencia de lo que sucede en otras ocasiones, el artículo 123.4 LDCU establece que se presume que la comunicación al vendedor se ha hecho dentro de plazo, por lo que será el comprador el que tenga que probar que no, lo que le resultará muy difícil. Esto aporta mayor tranquilidad al consumidor, porque aunque no la haga por escrito, en caso de versión contradictoria con el vendedor, será este último el que tenga la carga de la prueba, eximiéndole al consumidor de tener que aportar algo que lo acredite, lo que no tendrá cuando se hizo verbalmente. No obstante, en la práctica, lo más habitual es que la comunicación se haga efectiva cuando se le lleve el bien al vendedor para que lo examine pidiéndole la reparación o la sustitución. Aunque en determinados bienes, por su peso y su difícil movilidad, primero se advierte al vendedor del vicio por lo general verbalmente, para que éste venga al domicilio a inspeccionarlo.

El incumplimiento de la carga de comunicar al vendedor la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella, no supone la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, sino que sólo da pie a que el vendedor pueda reclamar al consumidor los daños y perjuicios que el incumplimiento de este deber le haya podido irrogar, siempre que los acredite (por ejemplo, que el saneamiento podía haber resultado más barato para él). Esta consecuencia es la que expresamente contempla el artículo 123.4 LDCU, y que sin embargo no se preveía en el artículo 9.4

LGVBC, lo que hacía pensar a la doctrina que el incumplimiento generaba la pérdida de las acciones que la ley otorgaba al consumidor, al considerar ésta como una carga a la que se condicionaba el ejercicio de los derechos que se reconocían (56). El añadido del artículo 123.4 LDCU, respecto a la situación anterior, debe considerarse positivo, puesto que si bien debe calificarse como negligente el comportamiento del consumidor que deja pasar más de dos meses desde que tiene conocimiento del vicio, que las consecuencias de esa negligencia sean tan graves, como lo es el que se quede con un bien defectuoso y que incluso no le pueda servir para nada, resultan excesivas. Más acorde con los intereses en juego es que el consumidor deba asumir los daños y perjuicios que su comportamiento negligente pueda generar al vendedor, en coherencia con los postulados de la responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil.

2. REPARACIÓN O SUSTITUCIÓN

1. La principal novedad que presenta el saneamiento regulado en la LDCU con respecto al régimen general del Código Civil y del Código de Comercio es, sin duda, que mientras en éstos la solución pasa por la resolución del contrato o la reducción del precio, en aquél estos remedios son meramente subsidiarios de la reparación o la sustitución del bien, que tienen carácter prioritario. Se trata de una solución más moderna y adaptada a la realidad y necesidades actuales y más respetuosa con lo pactado, puesto que se pretende que el contrato se cumpla tal y como estaba previsto en un principio reinstaurando al consumidor en el uso de un bien que goce de las propiedades, usos y calidad que se le presumía cuando se pactó el contrato y que después se observó adolecía (57).

Corresponde al consumidor la elección entre la reparación y sustitución, lo que deberá comunicar al vendedor. Pero esta elección tiene sus límites, puesto que si una opción es «objetivamente imposible o desproporcionada», se deberá acoger a la otra (art. 119 LDCU). Pues bien, en la práctica, deter-

(56) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 197 a 199 y 205 a 211; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 393. Otra opinión mantenía VÉRGEZ, *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo*, Pamplona, 2004, pág. 110.

(57) En el régimen del Código Civil se critica que la solución contemplada en él como prioritaria (rescisión o reducción del precio) va contra el principio de estabilidad de los contratos. Por ejemplo, MORALES, *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, artículo 1.486, pág. 961. Estamos por tanto ante un argumento más para haber extendido el régimen específico del saneamiento para el consumidor a la totalidad de los contratos de compraventa (*supra* I).

minar cuándo una opción es imposible o desproporcionada es lo que más problemas plantea, puesto que el comprador tiende a pedir la sustitución por un bien nuevo desconfiando de la posible reparación del que tiene, y el vendedor a preferir la reparación, puesto que casi siempre le será menos costosa que la sustitución. Tal problemática se da especialmente ante bienes con un precio de cierta entidad, puesto que si es bajo, el coste de la reparación será similar al de la sustitución y las discusiones en este sentido apenas se plantean. Debemos centrarnos por tanto en determinar cuándo una de las dos opciones es imposible o desproporcionada.

2. Respecto a la imposibilidad, ésta debe ser absoluta y objetiva, lo que puede ocurrir porque según el estado de la técnica del momento, la reparación no es factible, o por la naturaleza de determinados bienes, que es incompatible con alguna de las dos opciones. Así, por ejemplo, en los bienes fungibles la sustitución es muy sencilla, pero con los no fungibles en cambio imposible. Verbigracia las obras de arte, caballos de carreras, antigüedades, modelos exclusivos, etc. Tampoco parece que puedan ser sustituidos los bienes de segunda mano, puesto que el distinto uso de los mismos, pese a pertenecer a una misma categoría, los hace individuales, de forma que al consumidor no le da lo mismo aceptar uno u otro, porque las cualidades que conservan uno y otro serán distintas. Así se recoge expresamente en el artículo 120.g) LDCU. Ciertamente, cabe un arreglo extrajudicial entre comprador y vendedor sustituyendo un bien por otro, incluyendo incluso una compensación económica. Pero esto requiere el consentimiento de ambas partes, ya que no se le puede obligar al consumidor a aceptar un bien del mismo género y de segunda mano pero que ha sido usado durante distinto tiempo y manera. De la misma forma que pueden resolver las desavenencias contractuales por los medios que estimen oportuno sin necesidad de acudir a los Tribunales o al arbitraje de consumo. Pero la sustitución, sin más, de uno por otro, es imposible (58). Así por ejemplo, en coches de segunda mano, se considera imposible la sustitución de un coche por otro, debido a que los kilómetros de uno y otro son distintos, el estado del motor también, el modelo, la carrocería, etc. (59). En el caso de la reparación, deberá entenderse que es imposible cuando los técnicos así lo acrediten, o cuando ya ha habido algún intento de reparación y ha resultado infructuoso (*ex art. 120.d LDCU*) (60). No se puede exigir que el consumidor esté expuesto a sucesivas reparaciones cuando la anterior no ha resuelto el problema y por ello se tienen serias dudas de que pueda hacerlo

(58) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 219-220; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, págs. 613-614. Con algunas reservas, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 332-333.

(59) SAP de Barcelona, de 22-2-2008, AC 660/2008.

(60) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 372.

ahora (61). La frustración del intento de saneamiento no le es imputable, por lo que no tiene que soportar las consecuencias ni unas molestias mayores.

Es la propia ley la que exige que la imposibilidad sea objetiva, por lo que si es meramente subjetiva, esto es, si es el concreto vendedor el que no puede llevar a cabo la reparación o la sustitución pero sí otros, se deberá satisfacer la opción del consumidor. Este vendedor concreto deberá acudir a un tercero que le repare el bien o que le entregue otro igual para poder proceder a la sustitución (62).

3. El segundo elemento que impide la elección del consumidor es que una de las dos alternativas sea desproporcionada con respecto a la anterior. En concreto, el artículo 119.2 LDCU considera «desproporcionada la forma de saneamiento que en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario». Por tanto, en primer lugar, se quiere hacer referencia al coste económico que supone para el vendedor una opción con respecto a la otra. Generalmente sucederá en los bienes de alto valor que la sustitución suponga un coste fuertemente gravoso para el vendedor, al que le resultará mucho más económica la reparación. Aunque en los bienes de precio reducido normalmente sucederá lo contrario, llegando a ser los costes de la reparación mayores que los del propio bien a sustituir.

Pero no es suficiente para evitar la elección por desproporción que al vendedor le resulte una opción sustancialmente más costosa que la otra, sino que habrá que tener presente qué consecuencias tiene para el consumidor la opción menos costosa para el vendedor con respecto a la otra. Si ciertamente no va a notar apenas diferencia porque el bien se le va a entregar apto para el uso que quería y con una calidad semejante a la pactada, ante la desventaja que para el vendedor supone una vía de saneamiento con respecto a la otra, el comprador perderá su capacidad de elección y se seguirá la opción menos gravosa para el vendedor. Pero si al consumidor esta última vía le supone considerables desventajas con respecto a la otra, por ejemplo, porque es más que dudoso que la calidad del bien sea similar a la esperada una vez saneado el bien, o porque las incomodidades y molestias que le supongan sean relevantes y no las pueda o quiera asumir el vendedor, podrá seguir

(61) Así lo entienden la SAP de Madrid, de 20-6-2008, *JUR* 283.501; SAP de Barcelona, de 18-12-2007, *AC* 334/2008; SAP de Guipúzcoa, de 10-4-2006, *JUR* 156.332/2006. En algunos de estos supuestos, la reparación se ha intentado ya hasta tres veces. Sin embargo, en ocasiones, es el propio consumidor el que insiste en solicitar la reparación incluso aunque el vendedor afirme que es imposible satisfacer así las reclamaciones del cliente. Tal actitud lo único que consigue es prolongar indefinidamente el problema.

(62) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 33-334; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 615.

eligiendo entre las dos alternativas, independientemente de los costes que le supongan al vendedor. En este sentido, hay que otorgar especial relevancia a la entidad del vicio que presenta el bien. Si es sustancial, es posible que la reparación deje al bien mermado con respecto a lo que se espera de un bien nuevo idéntico, por lo que el consumidor podrá elegir independientemente de la diferencia de coste que las opciones tengan para el vendedor (63). Si en cambio no es de especial relevancia, la sustitución será desproporcionada cuando el bien sea de un precio elevado, ya que la reparación dejará al bien muy próximo a su estado óptimo (64).

En los casos en los que la sustitución del bien es imposible y la reparación muy cara para el vendedor, parece que éste no tendrá que resignarse a cumplir la voluntad del consumidor. Así se desprende del artículo 120.f) LDCU, que impide a éste exigir la reparación cuando resulte desproporcionada al vendedor y la sustitución no logre poner al producto en conformidad. Esto, naturalmente, siempre que acredite que el coste es sustancialmente alto y que por ello la reparación resulta inviable en términos de funcionamiento normal de mercado. El consumidor, según el precepto, tendrá que acudir en estos casos a la resolución del contrato o a la reducción del precio.

4. Si fueran posibles las dos vías de saneamiento por no resultar ninguna de ellas ni imposibles ni desproporcionadas, corresponde al consumidor comunicar al vendedor por cuál de las dos opta, y desde este momento, la elección vincula a ambas partes (art. 119.1 LDCU). Es decir, que tampoco el consumidor puede alterar su decisión en cualquier instante, lo que atentaría contra la buena fe contractual que exige no tener a la contraparte pendiente durante largo tiempo de tu decisión ni tampoco de los posibles cambios que puede haber en ella. Hay que partir de que desde la comunicación el vendedor habrá podido comenzar con el saneamiento y haber realizado gestiones y gastos para su buen fin, por lo que resulta inadmisibles que luego tenga que asumir estos costes por cambio de voluntad del consumidor. El precepto no indica ninguna forma especial por la que se tenga que comunicar al vendedor esta decisión, así que basta que se haga verbalmente. Pero si el vendedor luego indica que se le pidió que hiciera una cosa y el consumidor niega que se hubiera producido aún comunicación alguna sobre la opción, tendrá que ser el vendedor el que pruebe que ésta tuvo lugar, al tratarse de un hecho positivo (art. 217 LECiv.), por lo que conviene a este

(63) La SAP de Las Palmas, de 3-10-2005, no entiende desproporcionado que el comprador de una furgoneta que presenta importantes corrosiones pida la sustitución de la misma, puesto que la relevancia del daño es muy alta.

(64) Sobre la proporcionalidad, véase CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 222 y sigs.; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 615; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 334 y sigs.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, en TOMILLO, *Práctica arbitral de consumo*, pág. 262.

último hacer lo posible por que quede constancia de cuál ha sido la opción del consumidor.

Sólo si el intento de reparación o sustitución del bien ha resultado baldío, esto es, no ha conseguido restablecer la conformidad del bien, el consumidor podrá volver a optar por la otra alternativa, siempre que no resulte desproporcionada según los criterios antes vistos. Pero además de poder optar por la otra vía, tendrá ya abierta, si lo prefiere, la posibilidad de exigir la resolución del contrato o la reducción del precio (art. 120.d y f LDCU), equiparándose esta frustración con la imposibilidad de llevarse a cabo (*supra* punto 2) (65). Lo que en ningún caso puede el vendedor es tratar de obligar al comprador a aceptar un nuevo intento de saneamiento utilizando la misma vía, puesto que no le es en absoluto imputable que ésta haya fracasado.

La reparación o sustitución serán totalmente gratuitas para el consumidor. Todas las operaciones y gastos variados que produzca correrán a cargo del vendedor. El artículo 120.a) LDCU lo menciona expresamente haciendo una referencia especial a los gastos de envío, la mano de obra y los materiales, en tanto que gastos típicos de la reparación o sustitución, pero incluyendo también cualquier otro de distinta naturaleza. La gratuidad resulta lógica y habría que llegar a la misma conclusión aunque no se dijera expresamente, puesto que la finalidad del saneamiento es que el consumidor debe quedar en una situación patrimonial idéntica a la que se hubiera producido si el bien era conforme cuando se compró. Igualmente deberán realizarse «en plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario» (art. 120.b LDCU). Ambas exigencias se derivan también de la buena fe contractual, que obliga al vendedor a sanear y cumplir su obligación de la forma más rápida posible y menos molesta para el comprador. Y en ambos se deben tener en cuenta tanto criterios objetivos como subjetivos, tal y como aclara el precepto.

El plazo razonable tendrá que determinarse desde luego según la naturaleza o complejidad técnica del bien, de las costumbres del sector y de lo que se tarde como media aproximada en ese mercado por cualquier vendedor en el arreglo de ese defecto. Pero aunque se cumplieran tales criterios, si resultare que ese plazo fuese tardío atendiendo a las circunstancias y necesidades subjetivas del consumidor, entonces el plazo deja de ser razonable. Así sucede si éste necesita el bien para una fecha concreta pero según las circunstancias objetivas el plazo razonable sería posterior a tal fecha. Por ejemplo, un vestido de novia, un traje para un evento, o unas mesas para la celebración de un Congreso en determinada fecha, unas gafas o bañador

(65) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 372. En el mismo sentido, SAP de Madrid, de 20-6-2008, *JUR* 283.501; SAP de Barcelona, de 18-12-2007, AC 660/2008; SAP de Guipúzcoa, de 10-4-2006, *JUR* 156.332/2006.

especiales para afrontar una determinada competición deportiva en fecha concreta, etc...

Respecto a los inconvenientes, no se puede pedir al consumidor que colabore en la reparación de una forma desproporcionada teniendo, por ejemplo, que sacrificar durante un tiempo el uso de alguna de las dependencias de su casa porque se le está reparando un electrodoméstico o cualquier elemento de su hogar. Sí se le puede pedir cierta colaboración (entrega de llaves, información sobre el sistema eléctrico, etc.) pero no que sacrifique sus hábitos de vida (tiempo excesivo, etc.). También se entiende por inconveniente que se entregue el bien al consumidor sin satisfacer plenamente sus pretensiones. Pero si esto sucede porque la calidad del bien no se corresponde con la inicialmente esperada cuando se celebró la compraventa, entonces habrá que entender que la reparación ha sido fallida y que se abren de nuevo las otras vías de saneamiento, salvo que la falta de correspondencia sea menor y no mayor como exige la ley, en cuyo caso parece que el consumidor tiene que resignarse a aceptar el bien (66). En tales casos, no podrá acudir a las otras vías de saneamiento entendiendo que el intento ha quedado frustrado, pero sí que podrá exigir que se le reparen tales defectos menores si es posible; y si no lo es, resarcirse de la pequeña devaluación incluyéndola en la reclamación de los daños y perjuicios que la operación le ha provocado *ex* artículo 117.II LDCU y 1.101 y siguientes del Código Civil. De cualquier modo, para concluir si el vicio es «mayor» o «menor», además de a elementos objetivos, habrá que acudir a los subjetivos. Esto es, si el consumidor pretendía usar el producto para una finalidad especial y resulta que el bien presenta un defecto menor para su uso general, pero sustancial para el uso especial para el que el comprador lo quiere, entonces tal defecto deberá calificarse como «mayor» para el caso concreto, quedando abiertos los otros modos de saneamiento y no teniendo que resignarse el consumidor.

3. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO O REBAJA DEL PRECIO

1. El carácter subsidiario de estas acciones con respecto a las anteriores se deja claro en el artículo 121 LDCU, que aclara sólo puede reclamarlas el consumidor «cuando éste no pudiera exigir la reparación o sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario». Esto es, que sólo se abre la puerta a ellas si la reparación y la sustitución resultan a la vez imposibles y/o desproporcionados según lo dicho *supra* 2; o si aún

(66) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 241-242; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 346 a 348.

siendo posible alguna de ellas, no se ha realizado en tiempo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, también según lo dicho *supra* 2. Se aplican así de forma subsidiaria los remedios que con carácter general rigen para la compraventa en general (art. 1.486 CC) (67). Su carácter subsidiario puede justificarse en que la reparación y sustitución es más respetuosa con la voluntad de las partes que la resolución o la acción *quantum minoris*, ya que aquéllas tienden a cumplir el contrato, tal y como se pactó, y éstas a acabar con él o a alterarlo en uno de sus elementos esenciales, como lo es el precio.

Al igual que en las formas de saneamiento principales, también corresponde al consumidor optar por una u otra, lo que deberá hacerse de la misma forma que para aquéllas. No obstante, también aquí hay un límite a esa libre elección, puesto que la resolución no procede si «la falta de conformidad es de escasa importancia», lo que deberá apreciar en última instancia el juez atendiendo a parámetros tanto objetivos como subjetivos. Nótese que no se exige que la falta de conformidad sea grave o esencial para poder acceder a la resolución, como se hace para la acción de resolución general del Código Civil, sino que su exclusión sólo cabe cuando es leve. Es un matiz importante porque entre lo grave y lo leve existirán vicios intermedios que no excluirán la posibilidad de resolución, solución que es más acorde con la defensa de los intereses del consumidor (68). En principio, deben considerarse defectos de escasa importancia los que se refieren a la presentación externa del bien, como el embalaje, adornos, piezas accesorias, etc. (69). Para todo lo demás sobre el ejercicio de esta acción, habrá que aplicar los preceptos que sobre la misma contempla el Código Civil, puesto que la LDCU no prevé ninguna especialidad más (70).

2. Para el supuesto en el que el consumidor opta por la reducción del precio, lo que normalmente sucederá cuando piense que el bien le sigue siendo útil pese al vicio, el artículo 122 LDCU establece que dicha reducción «será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el mo-

(67) Se cumplen los presupuestos y se admite por eso la resolución o la reducción del precio en SAP de Madrid, de 20-6-2008, *JUR* 283.501; SAP de Barcelona, de 18-12-2007, AC 334/2008; SAP de Barcelona, de 22-2-2008, AC 660/2008; SAP de Guipúzcoa, de 10-4-2006, *JUR* 156.332/2006.

(68) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 249-250; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 617. Véase, no obstante, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 374-375.

(69) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 375.

(70) Sobre los mismos, MORALES, *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, artículo 1.486, pág. 959 y sigs.

mento de dicha entrega». Es una copia exacta del artículo 50 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, y tampoco se aleja del artículo 1.486 del Código Civil, que habla de reducción proporcional del precio (71). En cualquier caso, en muchas ocasiones será problemático determinar el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de su entrega, y por ende, será difícil concretar la diferencia. Aunque la LDCU no diga nada expresamente, habrá que acudir a los dictámenes de peritos, tal y como pide el artículo 1.486 del Código Civil para esta acción en el régimen general de saneamiento, al que además habrá que apelar para todas las demás cuestiones que no se encuentran expresamente contempladas en el régimen especial del consumidor.

4. RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

1. Finalmente, independientemente de la forma de saneamiento que se haya practicado, el consumidor podrá reclamar al vendedor los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad (art. 117.II LDCU). Esta opción se da así para cualquier supuesto, siendo mucho más generosa que la contemplada por el artículo 1.486 del Código Civil para el régimen general de saneamiento, que sólo la acepta «si el vendedor conocía los vicios o defectos de la cosa vendida» y se opta por la resolución (no junto a la *quantí minoris*). La reclamación deberá articularse a través de los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, que regulan la responsabilidad por incumplimiento de contrato, y aunque el artículo 1.486.II del Código Civil hable también de daños y perjuicios para el régimen general de saneamiento, habrá que excluir que la remisión se refiera a esa mención, puesto que el artículo 117.I LDCU declara sus acciones incompatibles con las derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa (72).

Debemos así acudir a los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil para articular esta reclamación. El único aspecto negativo de la compatibilidad de este régimen con el de las acciones derivadas de la garantía legal en compraventas de consumo, es que resulta ilógico aunque cierto, que las acciones para corregir la falta de conformidad prescriban a los tres años desde la entrega del producto (art. 123.3 LDCU), mientras que la de indemnización de daños y perjuicios lo haga en el de quince años por no contemplarse en

(71) Entiende que este mismo parámetro debe aplicarse en el artículo 1.486 del Código Civil, MORALES, *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, artículo 1.486, pág. 960.

(72) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 267 a 270; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 414 a 416.

la LDCU un plazo específico para la misma, incoherencia que se debería subsanar (73).

En todo caso, resulta muy positiva para el consumidor la compatibilidad de ambas acciones, puesto que le permitirá reclamar los daños y perjuicios que la reparación, la sustitución y la resolución le hayan podido causar. Así por ejemplo, resarcirse del tiempo durante el que no ha podido disfrutar del bien; el tiempo perdido en viajes, comunicaciones, etc...; los inconvenientes menores de una reparación, o la depreciación del valor del bien que se ha visto obligado a aceptar a consecuencia de la reparación (*supra* 1).

5. LA ACCIÓN CONTRA EL PRODUCTOR

1. Junto a los remedios mencionados en los números anteriores, el artículo 124 de la LDCU otorga al comprador la posibilidad de accionar de la misma manera contra el productor del bien y no sólo contra el vendedor, lo que resulta positivo porque en muchas ocasiones le es más fácil dirigirse contra éste que contra el establecimiento del vendedor. Debe reseñarse además que la Directiva 44/1999/CE no obligaba a los Estados miembros a incorporar esta acción, por lo que debe alabarse la actitud de nuestro legislador, que además podrá ahorrar la posible acción de repetición que el vendedor tuviera contra el productor en casos en los que la falta de conformidad le fuera imputable a éste (74). Téngase además en cuenta que según el artículo 5 LDCU, productor no es sólo el fabricante del bien o el prestador del servicio, sino también su intermediario, el importador del bien o servicio en la Unión Europea, así como cualquier persona «que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo». Esto es, que se engloba a muchas personas que no tienen tal condición desde el punto de vista económico, coloquial o para otros ámbitos jurídicos.

Para que el consumidor pueda reclamar al productor por la falta de conformidad del bien, a éste le debe resultar «imposible o suponer una carga excesiva dirigirse frente al vendedor». No cabe por tanto una reclamación contra ambos a la vez, sino que la pretensión contra el productor es subsidiaria con respecto a la del vendedor, si bien el presupuesto para acudir a ella

(73) Lllaman la atención sobre ella, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 264; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 416.

(74) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 291-292; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 395 a 397.

no es muy exigente. Es el comprador el que debe acreditar que se da este presupuesto, aunque tampoco le resultará excesivamente gravoso. Se dará, por ejemplo, si el vendedor está en situación concursal; o si por cualquier otra razón ha cerrado el establecimiento donde el consumidor adquirió; o si los costes de acudir al vendedor son más elevados que los de reclamar al productor, por ejemplo, porque éste está actualmente más próximo geográficamente que el vendedor al haberse adquirido el bien en otro lugar (incluso en el extranjero) y tener en cambio al productor en otro más cercano y en su propio país. Mención especial merecen los supuestos en los que por aplicación del artículo 116.d) LDCU, el vendedor queda eximido de la responsabilidad aunque no el productor (75) (*supra* II, 2 *in fine*).

2. En cuanto a la forma de subsanar la falta de conformidad, el productor sólo puede hacerlo a través de la reparación o la sustitución, pero nunca resolviendo el contrato de compraventa ni reduciendo el precio. La razón es que al no ser él parte del contrato de compraventa no está legitimado para alterar nada del mismo, tal y como implícitamente se reconoce en el artículo 124.1 LDCU, que circunscribe la reclamación contra el productor a la «sustitución o reparación del producto» (76). Nada se dice con respecto a la posible reclamación de los daños y perjuicios que la falta de conformidad le ha supuesto, pero varios son los indicios que apuntan en sentido afirmativo. En primer lugar, que la acción contra el productor se plantea como idéntica a la que se tiene contra el vendedor, salvo para aquello que expresamente se reconozca diferente. En este sentido, el artículo 124 LDCU no la excluye, por lo que debe entenderse que concurre. Además, cuando el defecto del bien o servicio sea imputable al productor, resultarán en todo caso de aplicación los artículos 128 y siguientes LDCU sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, o en su caso, el régimen general de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, que permiten directamente al consumidor tal reclamación (77). Y si el defecto no es imputable al productor, sino al vendedor, aquél tendrá un derecho de regreso contra éste para exigirle todo lo que ha tenido que pagar, y como el vendedor responde de los daños y perjuicios, debe entenderse que el productor también, ya que está legitimado para repetirlos contra el vendedor (art. 124.III LDCU).

(75) Sobre los casos que abren la vía de la reclamación contra el productor, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 296-297; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 397-398.

(76) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 404. No considera aceptable tal limitación, en cambio, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 296-297.

(77) Argumentos sostenidos por CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 299 a 301.

En todo lo demás, los plazos y condiciones en los que responde el productor son exactamente las mismas en las que responde el vendedor. Por tanto si en un proceso previo el consumidor se ha dirigido contra el vendedor alegando que había falta de conformidad y ésta no prospera, no podrá después abrir una nueva reclamación contra el productor, ni tampoco viceversa. La razón es que los hechos del *petitum* de la reclamación ya han sido conocidos por otro órgano jurisdiccional o arbitral y constituyen por tanto cosa juzgada. Sólo cabe abrir un nuevo proceso si los fundamentos de la demanda no hacen responder al vendedor, pero sí podrían hacerlo al productor, lo que únicamente ocurre en los casos del artículo 116.d) LDCU.

Sea como fuere, el que haya tenido que responder frente al consumidor, esto es, el vendedor, el fabricante o prestador del servicio, su intermediario, el importador o el que haya hecho constar su nombre o cualquier signo distintivo en el bien o servicio, tendrá un año desde que se ha completado el saneamiento para repetir contra el auténtico responsable de entre todos ellos (art. 124.III LDCU) (78). Podrá incluir en su petición el importe y/o gastos exactos del saneamiento más los intereses legales por el tiempo transcurrido desde que éste se produjo.

RESUMEN

SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Por más que no sea lo ideal, existen hoy dos regímenes paralelos de saneamiento por vicios ocultos: uno aplicable cuando el vendedor es empresario y el comprador consumidor, que existe desde que se transpuso la Directiva 1999/44; y otro para el resto de los casos. En el artículo se estudian las diferencias que presenta el primero de ellos, de reciente creación, con respecto al segundo. Se analizan las novedades y avances que ha aportado y las dificultades prácticas que

ABSTRACT

OBLIGATION TO MAKE GOOD HIDDEN DEFECTS CONSUMER PROTECTION

It may not be ideal, but there are today two parallel procedures for getting hidden defects made good. One is applicable when the seller is a businessperson and the buyer is a consumer; this exists since Directive 1999/44 was transposed. The other is for all other cases. The differences between the recently created first procedure and the second are looked at in this article. The new features and strides forward contributed by the new procedure and the practical difficulties

(78) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 303-304, excluye del regreso a los intermediarios que participan en la cadena de distribución, pero en tanto éstos tienen la condición de productores según el artículo 5 LDCU, tal exclusión se nos antoja injustificada. En este sentido, afirma que cabe regreso en estos casos, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 400-401.

se han detectado en su aplicación en estos años. Se relativiza lo novedoso del concepto de «conformidad» y se estudian las consecuencias que acarrea su falta, centrándonos en la reparación y sustitución por no existir como soluciones en el régimen general de saneamiento. Por lo mismo, se define cómo y con qué extensión puede el consumidor dirigirse contra el productor.

that have been detected in the procedure's application over the last few years are analyzed. The novelty of the concept of «approval» is cast in a relative light, and the consequences ensuing upon lack of approval are studied, focusing on repair and replacement, whereas they do not exist as solutions in the general procedure for making good hidden defects. The general procedure defines how a consumer can take action against the maker and what scope that action can have.

(Trabajo recibido el 9-10-2009 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)

DERECHO COMPARADO

El derecho de asociación y su regulación en el ordenamiento jurídico peruano

por

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA (*)

SUMARIO

1. ASPECTOS GENERALES.
2. ANTECEDENTES.
3. CONTENIDO ESENCIAL.
4. ALCANCES DEL DERECHO DE ASOCIARSE Y NO ASOCIARSE:
 - 4.1. DERECHO DE ASOCIARSE:
 - A) *Sobre las organizaciones y las personas jurídicas.*
 - B) *Sobre la finalidad no lucrativa.*
 - 4.2. DERECHO DE ADHERIRSE.
 - 4.3. DERECHO DE NO ASOCIARSE.
5. ALCANCES DE LA FACULTAD DE AUTO-ORGANIZACIÓN.
6. RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN.

1. ASPECTOS GENERALES

El derecho de asociación es reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993 como uno fundamental de todas las personas, que faculta «a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurí-

(*) Vocal del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Lima-Perú). Profesor de la Maestría de Derecho Registral y Notarial y Derecho Procesal de la Universidad San Martín de Porres.

dica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa» (inciso 13, art. 2).

Este derecho consiste en «la libertad que tienen las personas para juntarse entre ellas a fin de realizar un objeto en común» (1); dicho en otros términos, supone «la correspondencia de varios individuos en una organización que establece un esquema de cooperación para alcanzar ciertos fines» (2); fines que deben ser de naturaleza no lucrativa y con carácter permanente (3).

Este derecho fundamental constituye la base de organización y participación de los ciudadanos en su desarrollo y obtención de fines colectivos no lucrativos, el fortalecimiento de sus instituciones, la preservación de la democracia, entre otros (4) (5).

El fundamento de este derecho se encuentra en el carácter gregario de las personas, cuyos planes de vida u objetivos precisan, para su realización o concreción, de la cooperación o interacción con los demás, ello sin desconocer su dimensión individual; al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado: «(...) así como la persona tiene el derecho de desarrollar libremente su actividad individual para alcanzar los medios que se ha propuesto, tiene también la facultad de aunar esfuerzos con algunos o muchos de sus semejantes para satisfacer los intereses comunes de carácter político, económico, religioso, gremial, deportivo o de cualquier otra índole que determinen sus conductas en mutua interferencia subjetiva» (6).

En ese sentido, se reconoce este derecho como atributo de todas las personas a asociarse libremente y otorga a lo creado —en ejercicio de tal atribución—, la calidad de «organización jurídica», es decir, «(...) una organización protegida por la Constitución, que, a diferencia de los órganos constitucionales, cuya regulación se hace en el propio texto constitucional, y su desarrollo se deja al ámbito de la ley orgánica, en ésta la configuración

(1) RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I, Lima - Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, febrero de 1999, pág. 320.

(2) NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires-Astrea, 2002, pág. 335.

(3) En cuanto a su diferencia con el derecho de reunión, en la STC, Exp. número 04520-2006-PA/TC se indica que: «[L]a facultad asociativa es un derecho que supone una concretización de cierta permanencia o continuidad en el tiempo. Se distingue en ello, (...) del derecho de reunión, que aunque igual de relevante, es al revés del atributo aquí comentado y por lo que respecta a su desarrollo o puesta en práctica, sólo episódico o circunstancial. La voluntad de asociarse procura, por así decirlo, una cierta dosis de duración o estabilidad en el tiempo».

(4) JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco, «Unas notas en torno a la asociación. En especial, la nueva Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, año LXXXVIII, noviembre-diciembre de 2002, núm. 674, pág. 2126.

(5) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 004-96-I/TC.

(6) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 4241-2004-AA.

constitucional concreta de ella se ha dejado al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el respeto del núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza» (7).

Debe destacarse que el *nomen iuris* «derecho de asociación» no alude exclusivamente a un tipo especial de organización como es la asociación civil, sino que se refiere a todo tipo de organización de finalidad no lucrativa; por ello creemos que sería mejor denominarla «derecho de organización» y evitar posibles confusiones.

El desarrollo legislativo del derecho fundamental de asociación se materializa principalmente en el Código Civil, sin embargo, debe señalarse que este cuerpo normativo sólo regula algunas de las organizaciones y personas jurídicas existentes en nuestro ordenamiento, tales como la asociación, fundación, comité, etc., dada su naturaleza, el Código se aplica supletoriamente a las leyes especiales que regulan las otras formas de organizaciones y personas jurídicas de finalidad no lucrativa (8).

2. ANTECEDENTES

El derecho de asociación fue reconocido por primera vez en la Constitución de 1856, luego en la de 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y actualmente en la de 1993.

En cuanto a la Constitución Política del Perú de 1979 debe decirse que, ésta regulaba el tema en el numeral 11 de su artículo 2, en el sentido que toda persona tiene derecho «A asociarse y crear fundaciones con fines lícitos, sin autorización previa. Las personas jurídicas se inscriben en un registro público. No pueden ser disueltas por resolución administrativa».

A diferencia del dispositivo anterior de 1979, la Constitución actual elimina toda referencia a la inscripción en un «registro público» lo que, sin desconocer la importancia y efectos sustantivos del registro, «puede querer decir que no es indispensable inscribir la institución para ejercer el derecho de asociación» (RUBIO); en efecto, el ejercicio del derecho de asociación no precisa de la constitución de una persona jurídica, siendo suficiente la creación de una simple organización de personas.

Asimismo, se advierte que la Constitución actual, a diferencia de las anteriores de 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979, delimita el ámbito del «derecho de asociación» a las organizaciones «sin fines de lucro».

(7) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 004-96-I/TC.

(8) Artículo IX, Título Preliminar del Código Civil: «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».

Por ello no compartimos la interpretación que se hace en el sentido que el derecho de asociación regulado en la Constitución actual comprende tanto a las organizaciones de carácter lucrativo como no lucrativo; así, se señala «[E]l texto constitucional reconoce en el inciso 17) del artículo 2 el derecho de toda persona a participar no sólo en forma individual, sino también *asociada*, en la vida política, *económica*, social y cultural de la nación, lo que en pocas palabras significa que, desde una perspectiva amplia (la que ofrece el derecho de participación), no sólo cabe ejercer el derecho de asociación para propósitos no lucrativos, sino también para objetivos que, al revés de lo dicho, sean lucrativos (no otra cosa representan los consabidos fines económicos). En suma (...) tanto en aplicación de los principios de unidad y concordancia práctica como en observancia de lo previsto por nuestra Constitución histórica, es incorrecto sostener que los fines del derecho de asociación tengan que ser sólo de carácter no lucrativo» (9).

Lo anterior obliga a formularse la siguiente pregunta: ¿cuál es el sustento de promoción y protección constitucional de las otras formas de organización jurídica «con fines de lucro»?

Creemos que el sustento se encontraría en el artículo 58 de la Constitución vigente que señala: «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado (...)», y el artículo 2, literal 14, que establece que toda persona tiene derecho: «A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público».

3. CONTENIDO ESENCIAL

La jurisprudencia ha delimitado el contenido esencial del derecho de asociación, el mismo que comprende esencialmente (10):

- a) El derecho de asociarse.
- b) El derecho de no asociarse, y,
- c) La facultad de auto-organización.

(9) STC, Exp. núm. 04520-2006-PA/TC; véase, asimismo, la STC, Exp. núm. 04520-2006-PA/TC.

(10) En cuanto a la clasificación del contenido esencial, hay algunas Resoluciones del Tribunal Constitucional que agregan un cuarto elemento «el derecho a no ser excluido arbitrariamente de una asociación», es decir, «el derecho a no ser objeto de medidas que de modo irrazonable o desproporcionado aparten a una persona de la asociación a la que pertenece», aspecto que consideramos se encuentra comprendido dentro de los límites de la facultad de auto-organización.

Véanse, sentencias Exp. núm. 05589-2008-PA/TC, Exp. núm. 05460-2008-PA/TC y Exp. núm. 02643-2007-PA/TC.

a) «EL DERECHO DE ASOCIARSE»

La misma que se refiere a que las personas son, en principio, libres para constituir organizaciones de finalidad no lucrativa o adherirse a las ya constituidas.

b) «EL DERECHO DE NO ASOCIARSE»

Es decir, nadie puede ser coaccionado u obligado a formar parte de una organización o permanecer en ella.

c) «LA FACULTAD DE AUTO-ORGANIZACIÓN»

Léase, las personas que se asocian pueden (deben) establecer su propia organización a través del estatuto, el mismo que deberá «sujetarse al marco de la Constitución y las leyes, las que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollan y regulan» (11).

Contenidos que desarrollaremos a continuación.

4. ALCANCES DEL DERECHO DE ASOCIARSE Y NO ASOCIARSE

4.1. DERECHO DE ASOCIARSE

A) *Sobre las organizaciones y las personas jurídicas*

Organizaciones

Como se indicó, el ejercicio de este derecho fundamental no tiene que conducir necesariamente a la formación de una persona jurídica propiamente dicha, por lo que resulta suficiente «la coaligación de las personas para la finalidad común» (12), esto es, una simple organización (organización de personas no inscrita). Sobre el particular se ha dicho que: «la idea de organización resulta gravitante, pues ella no puede sino referirse a la organización de personas, con lo cual (...) se revaloriza el elemento personal de tales conglomerados por sobre el patrimonial (...)» (13).

Al respecto, el Código Civil de 1984 reconoce a las organizaciones no inscritas, la calidad de «sujeto de derecho» distinto a las personas jurídicas, es decir, centro de imputación de derechos y deberes, con capacidad para

(11) STC Exp. núm. 1027-2004-AA.

(12) RUBIO CORREA, Marcial, *op. cit.*, pág. 320.

(13) VEGA MERE, Yuri, «Comentarios al inciso 13 del artículo 2, en *La Constitución Comentada*, Lima - Gaceta Jurídica, S. A., Tomo I, febrero de 2006, pág. 157.

establecer relaciones jurídicas con terceros y sus propios integrantes (14); en efecto, el referido cuerpo legal contempla aquellos entes que por su estructura corporativa, organización y regulación interna actúan en el tráfico jurídico como si fuesen personas jurídicas sin fines de lucro, sea como asociación, fundación, comité u otros, los que si bien se adecuan a uno de los tipos legales no cumplen con inscribir su acto constitutivo en el Registro de Personas Jurídicas o ser reconocidas legalmente.

Debe destacarse que estamos ante un sujeto de derecho al que se le pueden imputar derechos y deberes, pero no como si fuese una sola persona (persona jurídica), sino como una «pluralidad» de personas; ello debido a la falta de inscripción o consagración legal que impide sintetizar en una «unidad normativa» dicha pluralidad (15).

Conforme a la «teoría tridimensional del derecho» —adoptada por el legislador del Código Civil de 1984—, los elementos esenciales de las organizaciones son la «conducta humana intersubjetiva» (dimensión sociológica-existencial), pues se trata de una organización de personas que constituye su «sustrato material», y los «valores jurídicos» (dimensión axiológica), traducidos en la búsqueda de fines colectivos valiosos de carácter no lucrativo; el elemento faltante sería el denominado «normas jurídicas» (dimensión formal), es decir, la inscripción o falta de consagración legal; consecuentemente, no hay «reducción» de una pluralidad de personas individuales a la singularidad de la persona jurídica (16).

Las consecuencias de que estas organizaciones no sean un centro unitario normativo se traducen en falta de subjetividad, capacidad y autonomía jurídicas plenas para ser titulares independiente de derechos y deberes como las personas jurídicas; situación que ha hecho que el legislador recurra a mecanismos alternativos de protección a favor de los terceros que contratan con aquéllas, tales como la existencia del fondo común, la autonomía patrimonial imperfecta y la responsabilidad solidaria, entre otros.

Personas jurídicas

A diferencia de las organizaciones, las personas jurídicas cumplen adicionalmente con la formalidad de su inscripción en el Registro o su consagración

(14) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas* (Exposición de Motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil), Lima - Grijley EIRL, enero de 2000, pág. 287.

(15) GONZÁLES BARRÓN, Günther, «Junta de Propietarios y Adquisición de Bienes», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 105. Lima - Gaceta Jurídica, S. A., 2007, pág. 263.

(16) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Naturaleza tridimensional de la persona jurídica, con especial referencia al Derecho peruano*, Lima - Díké, Portal de Información y Opinión Legal, Pontificia Universidad Católica del Perú (www.dike.pucp.edu.pe), págs. 66-67.

legal (Ley), de donde se distinguen dos sujetos de derechos, es decir, dos centros de imputación de derechos y deberes distintos, la persona jurídica y los miembros considerados individualmente (17).

La categoría de persona jurídica, al tener nexo y dependencia de las personas naturales que la conforman, según la doctrina, constituye, jurídicamente hablando, una sola persona, ontológicamente, un grupo de seres humanos y valorativamente, una unidad de fines (18); concordantemente, el artículo 78 del Código Civil establece que: «La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas», se entiende existencia «formal» o legal; norma que consagra la autonomía subjetiva y patrimonial plenas de la persona jurídica.

Una vez inscrita en el Registro y desde un punto de vista formal o legal, la persona jurídica adquiere autonomía respecto de sus miembros convirtiéndose en «sujeto de derecho» distinto a éstos (19) (20), en virtud de tal auto-

(17) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas* (Exposición de Motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil), Lima - Grijley EIRL, enero de 2000, pág. 185.

Del mismo autor véase: «Doctrina y legislación sobre la persona en el siglo XX», en *Instituciones del Derecho Civil peruano* (visión histórica), Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente y Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Tomo I, pág. 297.

Según el autor: «el tridimensionalismo postula, en síntesis, que “el derecho” es el resultado de la integración dinámica de tres objetos heterogéneos, los cuales cobran unidad conceptual en virtud, precisamente, de su interacción dinámica. Es por ello que no se puede imaginar al Derecho sin vida humana, sin normas jurídicas o sin valores. Cada uno de esos elementos es imprescindible para el surgimiento y la comprensión de “lo jurídico”. Si bien ninguno de ellos, por sí mismo, es derecho, tampoco alguno de ellos puede estar ausente si se pretende tener una noción cabal y completa de lo jurídico».

(18) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, Lima - Editorial Rodhas, S.A.C., octubre de 2006, pág. 718.

(19) En cuanto a los derechos de la persona jurídica, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 14-8-2002, Exp. núm. 0905-2001-AA/TC, ha precisado que: «El reconocimiento de los diversos derechos constitucionales es, en principio, a favor de las personas naturales. Por extensión, considera (el Tribunal) que también las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias. (...) en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estos últimos (*sic*) se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a toda asociación —entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances civiles— y por otro lado, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección. Sin embargo, no sólo de manera indirecta las personas jurídicas de Derecho Privado pueden titularizar diversos derechos fundamentales. También lo pueden hacer de manera directa».

(20) Nuestro ordenamiento jurídico reconoce como sujetos de derecho, esencialmente, al concebido a la persona natural (persona individual), persona jurídica (persona colectiva) y a la organización de personas no inscritas.

nomía posee una estructura y organización definidas y, conforme a ellas, para formar su «voluntad social» es preciso que sus miembros se hayan constituido en asamblea general, con las formalidades y garantías exigidas por su estatuto y la Ley (21).

Cabe indicar que la distinción formal entre los referidos «sujetos de derechos» ha generado algunos problemas en la praxis, pues «existen situaciones en las cuales el respeto excesivo de dicha formalidad puede generar situaciones ilícitas, en el cual se tiene que recurrir a cierto tipo de “medidas correctivas”, como el desconocimiento de la responsabilidad limitada de la persona jurídica o, en casos más graves, el *disregard of the legal entity*», sin embargo, también se reconoce que cumple una importante función simplificadora de las relaciones jurídicas entre los miembros de la organización y los terceros (22).

En tanto sujeto de derecho, la persona jurídica es capaz de ser titular de derechos y obligaciones, de carácter patrimonial y extra-patrimonial, sin más limitación que la que se deriva de su propia naturaleza; en ese sentido, la finalidad de la persona jurídica sólo implica la limitación de los poderes de sus órganos sociales, más no la limitación de la capacidad de la propia persona jurídica (23).

B) *Sobre la finalidad no lucrativa*

Si bien es cierto, el dispositivo constitucional, materia de comentario, faculta a los ciudadanos a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica, también lo es que éstas no deberán tener «fines de lucro», por lo que corresponde determinar los alcances de estos últimos.

Al respecto debe precisarse que la «finalidad no lucrativa» sólo implica una doble prohibición a los miembros de la organización o persona jurídica, los mismos que a través de su participación no pueden buscar lucrar u obtener ganancias, de manera directa o indirecta, sea durante el desarrollo de las actividades sociales o con ocasión de su extinción (24); en ese sentido, las

(21) DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho Civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., pág. 293.

(22) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Lima - Gaceta Jurídica, S. A., septiembre de 2003, págs. 390-391.

(23) JUAMBELTZ, Juan, «Capacidad de las personas jurídicas de interés privado en el orden patrimonial, Sociedades Anónimas», en *Revista de Derecho Comercial*, Montevideo, año VII, núm. 68, 1952, pág. 149.

(24) En el caso de las asociaciones, el artículo 98 del Código Civil dispone que, disuelta la asociación y concluido el proceso liquidatorio, el «haber neto resultante» no puede repartirse entre los asociados («con exclusión de los asociados»), sino entregarse a las personas designadas en el estatuto, en caso contrario «la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación».

organizaciones o personas jurídicas sí pueden realizar todo tipo de actividades económicas —salvo limitación o prohibición legal expresa—, siendo que las ganancias obtenidas deberán aplicarse a su finalidad.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el carácter no lucrativo de la persona jurídica «no impide que (...) pueda realizar actividades económicas; ello en la medida en que, posteriormente, no se produzcan actos de reparto directo o indirecto entre los miembros de la asociación (...), dicho principio no riñe con políticas de obtención de ingresos económicos destinados a la consecución del fin asociativo» (25).

Igualmente, en la doctrina se ha afirmado que la determinación del carácter no lucrativo de la persona jurídica u organización: «(...) no depende de la actividad que realice, sino de la manera cómo sus integrantes se relacionan con ella; es decir, si éstos buscan o no en la realización de dichas actividades un beneficio propio mediante el reparto de utilidades. Desde este punto de vista, cualquier actividad económica (...) puede ser realizada por una persona jurídica lucrativa y no lucrativa. La diferencia fundamental entre una y otra radica en el destino de sus ingresos» (26) (27); igualmente, que ello «no significa que (...) esté prohibida de generar utilidades o que (...) deba funcionar a pérdida. Lo único que se proscribe es la distribución de utilidades a los miembros o funcionarios que administran la institución» (28).

Véase, sentencia del 12-1-2000, Sala de Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, Exp. núm. 339-99, donde se estableció que: «(...) resulta necesario que esta Sala Civil ordene la entrega del haber resultante de la asociación demandante a otra entidad con fines análogos en interés de la comunidad, toda vez que conforme se aprecia de la esquila de observación del Registro de Personas Jurídicas (...), resulta necesario la aprobación de la misma por el órgano jurisdiccional; (...), por lo expuesto, resulta viable la solicitud de Web Perú Producciones e Investigaciones Generales para que el haber neto resultante de su patrimonio sea entregado al Centro de Educación Inicial Nuestra Señora de Fátima, entidad sin fines de lucro».

(25) Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. núm. 1027-2004-AA.

(26) DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier, «Entidades sin fin de lucro», en *Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios*, Lima-Editorial Apoyo, S. A., 1994, pág. 364.

(27) Sobre el particular, resulta interesante revisar la Resolución Final núm. 677-2001-CPC del 20-9-2001, de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, documento en el que se precisa que: «El hecho que una asociación, (...), realice una actividad económica, no implica necesariamente que se desnaturalice su finalidad no lucrativa, ni que dicha actividad económica forme parte de un proceso productivo. (...) la eventual ganancia que se podría obtener sería aplicada para la finalidad no lucrativa de la misma. (...)».

(28) BOZA DIBÓS, Beatriz, «La persona jurídica sin fin de lucro: ¿entidades meramente altruistas o filantrópicas?» (Primera parte), en *Thémis*, núm. 11, Lima, 1988, pág. 78.

Véase, de la misma autora, «La persona jurídica sin fin de lucro: su regulación a la luz del nuevo rol que desempeña» (Segunda parte), en *Thémis*, núm. 12, Lima, 1988, pág. 82.

La autora señala que: «a fin de asegurar que las organizaciones no lucrativas cumplan su propósito, no basta con declarar que se prohíbe la distribución de utilidades a miembros, directores o funcionarios. El reto del legislador radica en diseñar los mecanismos necesarios para reforzar y hacer cumplir el propósito que inspira esta prohibición».

Consecuentemente, no deben confundirse los objetivos últimos de las organizaciones o personas jurídicas no lucrativas con las actividades generalmente económicas que realizan, ya que éstas son sólo vías instrumentales que les permiten generar recursos o captarlos para poder cumplir sus fines (29).

Cabe agregar que, a diferencia de las sociedades donde la actividad económica está vinculada directamente con su finalidad lucrativa, en el caso de las asociaciones y demás personas jurídicas u organizaciones no lucrativas, la actividad económica no es concebible en sí misma sino que tiene que estar siempre subordinada a un objeto social de interés común no lucrativo (30) (31).

4.2. DERECHO DE ADHERIRSE

¿El derecho de adherirse a una organización o persona jurídica es irrestricto?

Creemos que no, pues la organización o persona jurídica es, en principio, autónoma para decidir a quién incorpora o admite como miembro, conforme a su estatuto y al Código Civil, teniendo como único límite que su actuación no constituya una flagrante discriminación o se sustente en motivos no razonables o irracionales; discriminación entendida como diferenciación establecida sin que se haya hecho referencia a criterios objetivos y que busca generar situaciones de desventaja.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que: «si bien el derecho mencionado tiene sustento en el artículo 2.º, inciso 13, de la Constitución (...), se debe tomar en cuenta que no se trata de un derecho irrestricto (...), que señala que la prerrogativa a la no admisión se circunscribe a condiciones de razonabilidad y no discriminación» (32) (33).

(29) VEGA MERE, Yuri, «La Asociación, la Fundación y el Comité en el Código Civil», en *Gaceta Jurídica*, S. A., tomo 49, diciembre de 1997, pág. 34-B.

(30) LUNA VICTORIA, César, «El régimen patrimonial de las asociaciones civiles», en *Thémis*, núm. 5, Lima, 1986, pág. 50.

(31) Sobre esta materia, la «Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil», designada mediante Ley núm. 26394 y presidida por Jorge Avendaño Valdez, actualmente suspendida, propuso en su momento la siguiente reforma normativa que, en nuestra opinión, materializa el estado de la cuestión, lo que nos exime de mayores comentarios: «Artículo 78-D. Finalidad: La persona jurídica no tiene finalidad lucrativa cuando le está legalmente prohibida la distribución directa o indirecta entre sus miembros, de utilidades o excedentes que se aplican sólo a la realización de su objeto. Los miembros no tienen derecho al valor neto resultante de la liquidación en caso de disolución de la persona jurídica».

(32) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 1177-2005-AA/TC.

(33) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 1027-2004-AA: «La doctrina y el derecho positivo establecen que, bajo determinadas condiciones de razonabilidad y de no discriminación, puede considerarse como legal que no se acepte la incorporación de una persona al seno de una asociación (...). Es evidente que dicha prerrogativa tiene alcances

Sobre el mismo tema y a propósito de las organizaciones de finalidad no lucrativa que no admiten a las mujeres como sus miembros, se promulgó el Decreto Supremo número 004-2008-MIMDES («El Peruano», 4-4-2008), que exige adecuen sus estatutos «a las normas de la Constitución Política del Perú y de la Ley, relativas a la igualdad jurídica del varón y la mujer» (por ejemplo, Ley 28983, «Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres»), otorgando un plazo de noventa días calendario a ese fin y facultando —en caso contrario—, al Ministerio Público a solicitar su disolución.

Siendo que las organizaciones de finalidad no lucrativa son entidades privadas, la exigencia establecida por el Ejecutivo de garantizar y respetar los derechos fundamentales —a través de la «adecuación» de sus respectivos estatutos—, como ocurre con el derecho de igualdad ante la ley (inciso 2, art. 2 de la Constitución) (34), deberá respetar, a su vez, la autonomía privada de aquéllas; autonomía en cuya virtud se constituyen y organizan (facultad de auto-organización).

En ese sentido y no obstante su propósito, creemos que una disposición como la indicada afecta la facultad de auto-organización, elemento esencial del derecho de asociación, al obligar a incorporar a miembros en el seno de las organizaciones de finalidad no lucrativas; ello sin perjuicio de proscribir cualquier acto discriminatorio o irracional, en cuyo supuesto los sujetos afectados siempre tendrán expeditas las acciones y medidas legales correspondientes para hacer valer su derecho.

El Tribunal Constitucional, a propósito de una demanda de amparo contra un acto de discriminación, señaló igualmente que el derecho de asociación como libertad fundamental tiene límites, así: «El disfrute de esta libertad puede ceder frente a imperativos constitucionales, como lo son otros derechos fundamentales y otros bienes constitucionales. En el caso de autos, interesa cuestionar los límites de la facultad de autoorganizarse, la que se ve reflejada en la posibilidad de que la directiva de la Asociación regule sus propias actividades. Desde luego, aquella regulación no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que esta libertad se ejercita dentro de un espacio constitucional en el que se conjugan otros valores y bienes fundamentales» (35).

residuales, por cuanto las razones de no admisión jamás podrán ampararse en el desconocimiento del principio de dignidad de las personas, así como tampoco en condiciones no explicitadas en los objetivos de la asociación».

(34) Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona:

«Toda persona tiene derecho: (...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (...).

(35) Sentencia. Exp. núm. 09332-2006-PA/TC.

4.3. DERECHO DE NO ASOCIARSE

Conforme señala el Tribunal Constitucional, el derecho de asociación es uno que no sólo implica el derecho de asociarse: «(...) sino que, por correlato, también supone la facultad de no aceptar compulsivamente dicha situación (libertad de no asociarse) o, simplemente, de renunciar en cualquier momento a ella, pese a haberla aceptado en algún momento o circunstancia (libertad de desvincularse asociativamente)» (36).

¿Y cuál es el caso del socio moroso que desea renunciar a la asociación?, ¿se requiere el previo pago de sus cuotas devengadas, como *conditio sine quanon*, para ejercer tal derecho?

Como se recordará, el artículo 91 del Código Civil establece que: «Los asociados renunciantes, los excluidos y los sucesores de los asociados muertos quedan obligados al pago de las cuotas que hayan dejado de abonar, no pudiendo exigir el reembolso de sus aportaciones»; en ese sentido, se consideraba que previamente deben abonarse las cuotas devengadas para poder renunciar, sustentado ello en el hecho que las cuotas tienen como finalidad esencial el mantenimiento y financiación de las actividades sociales, por lo que su incumplimiento afectaría seriamente a la organización y su desarrollo.

Sin embargo, creemos que el miembro no puede ser obligado a permanecer en la organización en contra de su voluntad, al carecer de *animus associationis*, esto sin perjuicio de la subsistencia de su obligación de pago que podrá ser requerido por la asociación a través de los mecanismos legales correspondientes; en efecto, el derecho de crédito de la organización o persona jurídica se encuentra protegido con la llamada «garantía genérica», que lo faculta a dirigirse contra el patrimonio del deudor, en caso de incumplimiento del pago de la deuda.

5. ALCANCES DE LA FACULTAD DE AUTO-ORGANIZACIÓN

En virtud de esta facultad, los miembros se encuentran autorizados por el ordenamiento para determinar o regular su propia organización a través del estatuto, el mismo que representa el *pactum associationis*, que vincula a todos los socios (37).

En efecto, el ordenamiento jurídico faculta a las personas que se asocian, reiteramos, a autorregular su organización, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, a través del estatuto (art. 82 del Código Civil).

(36) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 06730-2006-PA/TC.

(37) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 3312-2004-AA.

En ese sentido, el estatuto constituye la ley fundamental de la organización o persona jurídica, aplicable por igual a todos sus miembros en tanto «conjunto de normas que determina la estructura interna de la persona jurídica, que rige su actividad, que señala sus fines y que regula sus relaciones con el mundo exterior» (38).

En la jurisprudencia se ha llegado a afirmar, en un sentido metafórico, que «los estatutos son la carta magna de la voluntad social» (39).

Debe precisarse que el estatuto no puede imponer obligaciones a los terceros, sino que éstos, en sus relaciones con la organización o persona jurídica, deberán respetar su derecho de auto-estructura interna en materia de representación, capacidad y facultades (40).

El estatuto de la organización o persona jurídica debe expresar, cuando menos los siguientes contenidos: el nombre, duración, domicilio, fines, bienes que integran el patrimonio social (41), la constitución y funcionamiento del órgano máximo deliberante y el órgano ejecutivo y demás órganos, las condiciones para la admisión, renuncia y exclusión de sus miembros, los derechos de éstos, los requisitos para la modificación del estatuto, la disolución y liquidación y las relativas al destino final de sus bienes y demás pactos y condiciones que se establezcan.

¿Existe algún límite al estatuto en materia de «exclusión» de los miembros, es decir, respecto del procedimiento disciplinario-sancionador al interior de las organizaciones o personas jurídicas? Sobre el particular, la jurisprudencia ha precisado que: «toda asociación civil, por principio, se encuentra sometida a su propio régimen estatutario, el cual regula su funcionamiento, y establece los derechos y obligaciones de sus asociados; sin embargo, ello no las dispensa de observar un estricto respeto del derecho constitucional del debido proceso (42), sea en sus manifestaciones de derecho de defen-

(38) GUTIÉRREZ ALBORNOZ, Javier, *La concesión de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, pág. 91.

(39) Exp. núm. 1198-Piura, Ejecutoria Suprema del 20-9-1991.

(40) LLUIS Y NAVAS, Jaime, *Derecho de asociaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 1977, págs. 125-126.

(41) ARIAS SCHREIBER, Max, *Luces y sombras del Código Civil*, Lima-Librería Studium, 1991, pág. 69. Refiere el autor que: «no se ha exigido la existencia de peculio propio ni la fijación de las cuotas que deben pagar los asociados, a diferencia de lo que establecía el Código Civil de 1936. Lo primero se debe a que resulta suficiente determinar los bienes que integran el patrimonio social. Y lo segundo, porque no sería práctico, ya que esas cuotas varían constantemente, dado el proceso inflacionario y la devaluación monetaria, entre otros factores».

(42) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 4241-2004-AA: «[Es] una verdad de perogrullo decir que el debido proceso se aplica también a las relaciones *inter privados*, pues, que las asociaciones sean personas jurídicas de Derecho Privado, no quiere decir que no estén sujetas a los principios, valores y disposiciones constitucionales; por el contrario, como cualquier ciudadano o institución (pública o privada), tienen la obligación de respetarlas, más aún cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora. En tal

sa (43), doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, debiéndolo incorporar a la naturaleza especial del proceso particular que hubiesen establecido, a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen» (44) (45).

En ese orden de ideas, si la organización o persona jurídica no acredita la existencia de un debido proceso y la protección del derecho de defensa en la aplicación del derecho disciplinario-sancionador, la exclusión del miembro será arbitraria y violatoria de los derechos constitucionales y consecuentemente, contraria al mandato establecido en el artículo 38 de la Constitución Política del Perú (46); tales actuaciones arbitrarias y violatorias de la Constitución no pueden ser legitimadas en modo alguno por la asamblea general de asociados —vía ratificación, convalidación u otro tipo de acuerdo—, no obstante su carácter de órgano supremo.

En los demás casos, el miembro deberá ceñirse al procedimiento e instancias regulares establecidas en el estatuto de la asociación y el Código Civil, conforme a las que deberá hacer valer su derecho, pudiendo incluso recurrir a la vía judicial para impugnar —a través del proceso abreviado—, los acuerdos que considere lesivos a las disposiciones legales o estatutarias, de acuerdo al artículo 92 del Código Civil: «(...) no pudiendo (...) el socio excluido (...) saltar esta valla para exigir tutela jurídica al órgano jurisdiccional constitucional, burlando la exigencia condicionante de acudir a la vía

sentido, las asociaciones no están dispensadas de observar el estricto respeto del derecho fundamental al debido proceso, sea en sus manifestaciones de derecho de defensa, doble instancia, motivación resolutoria u otro atributo fundamental, debiéndolo incorporar a la naturaleza especial del proceso particular que hubiesen establecido, a efectos de garantizar un adecuado ejercicio de la facultad sancionadora que poseen».

(43) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 1027-2004-AA: «El derecho de defensa debe ser garantizado, de modo que, en caso de imputarse alguna falta, ésta y su sustento probatorio deberán ser comunicados oportunamente y por escrito al supuesto autor, a efectos de que ejerza cabalmente su derecho de defensa. Asimismo, se le deberá otorgar un plazo prudencial para formular su descargo».

(44) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 1461-2004-AA/TC.

(45) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. 0976-2001-AA/TC: «El respeto por los derechos fundamentales exige, además, de abstenciones y de respeto por la esfera de autonomía del individuo, la observancia de auténticos mandatos de actuación no omisiva y deberes de protección enfrente de la actuación del poder público, así como enfrente de los propios particulares. En tal sentido, es deber del Estado intervenir en caso de vulneración, ya sea que ésta provenga de los poderes públicos u opere, en cambio, en las relaciones entre particulares», lo que supone una limitación al estatuto.

En ese mismo sentido, se ha señalado que: «ningún asociado puede ser suspendido en sus derechos como tal por encontrarse en trámite una investigación en su contra. Sólo podrá ser suspendido si se comprueba su falta disciplinaria u otra en agravio de la sociedad» (Exp. núm. 1097-94. Sala de Derecho Constitucional y Social del Callao).

(46) Artículo 38. Deberes para con la patria:

«Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

procedimental específica que le señala el inciso 2 del artículo 5.º del Código Procesal Constitucional (...)» (47) (48).

¿Y qué sucede si el estatuto no ha regulado el procedimiento a seguir para la exclusión de un asociado; podría el consejo directivo proceder por sí mismo, sin necesidad de ratificación o aprobación de la asamblea general de asociados? La jurisprudencia ha señalado negativamente que: «la adopción de la medida de separación establecida únicamente por el consejo directivo no sólo significaría adoptar acuerdos arbitrarios, sino esencialmente atentaría el derecho fundamental del debido proceso, el cual es aplicable también al proceso administrativo, privándose de este modo del derecho de defensa que consagra la Constitución Política del Estado en su artículo 39, inciso 14, por tanto dicho acuerdo requeriría ser ratificado por la asamblea general que constituye órgano supremo de la persona jurídica demandada (...)» (49).

¿Cómo se resuelve el caso de aquellas normas estatutarias inscritas ambiguas, inciertas o contradictorias?; sobre este particular en la jurisprudencia registral se ha señalado que: «la asamblea general de una asociación, como órgano supremo facultado para aprobar y modificar el estatuto, podrá válidamente interpretar sus alcances en los casos en que la norma estatutaria inscrita resulte ambigua, incierta o contradictoria» (50) (51); es decir, si la

(47) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 10294-2005-PA/TC.

(48) Véase algunos de los criterios generales aplicables en materia de exclusión de asociados, según la jurisprudencia constitucional:

a) «(...) las garantías del debido proceso —y los derechos que lo conforman (...)—, resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si se ha contemplado la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión (...)» (Exp. núm. 1414-2003-AA/TC).

b) Se debe garantizar el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, previsto por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución (Exp. núm. 484-2000-AA/TC).

c) Sólo se puede excluir a un asociado por causales establecidas en el estatuto (Exp. núm. 083-2000-AA/TC).

d) Los hechos imputados a los asociados, como causales de exclusión, deben ser acreditados por la Asociación (Exp. núm. 1414-2003-AA/TC).

e) El derecho de defensa debe ser garantizado, de modo que, en caso de imputarse alguna falta, ésta y su sustento probatorio deberán ser comunicados oportunamente y por escrito al supuesto autor, a efectos de que ejerza cabalmente su derecho de defensa. Asimismo, se le deberá otorgar un plazo prudencial para formular su descargo (Exp. núm. 083-2000-AA/TC; Exp. núm. 1414-2003-AA/TC; Exp. núm. 1612-2003-AA/TC).

f) No se podrá sancionar a un asociado dos veces por los mismos hechos. En tal sentido, si se le suspende, no se le podrá excluir posteriormente por la misma causa (Exp. núm. 083-2000-AA/TC).

(49) Sentencia del 28-11-2001, Sala Civil, Exp. núm. 331-2001.

(50) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el XII Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 13-9-2005 y sustentado en las Resoluciones núm. 623-2003-SUNARP-TR-L del 1-10-2003, núm. 144-2004-SUNARP-TR-L del 12-3-2004 y núm. 39-1999-ORLC/TR del 12-2-1999.

(51) Los precedentes de observancia obligatoria son aquellos «criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, a ser seguidos de ma-

asamblea general puede modificar el estatuto (art. 86 CC), «con mayor razón» puede interpretar sus alcances en supuestos de ambigüedad, incertidumbre o contradicción interna de sus disposiciones (*argumento ab maioris ad minus*); interpretación que puede hacerse de manera expresa o tácita.

Igualmente, ¿cómo se resolverán aquellos casos en que el estatuto establece un número determinado de miembros para el consejo directivo, sin embargo, la asamblea general elige a algunos de ellos —parcialmente—, omitiendo pronunciarse respecto de los demás?; siendo que el estatuto constituye una suerte de ley fundamental de la persona jurídica en cuanto a sus fines, estructura y organización, su eventual aplicación defectuosa o parcial, consideramos no podría constituir *per se* causa de invalidez o ineficacia de los acuerdos adoptados, sino que habrá que determinar el tema casuísticamente.

En esa línea y a fin de viabilizar la inscripción de los consejos directivos electos, se ha establecido en la jurisprudencia registral que: «podrá inscribirse a los integrantes del consejo directivo de asociación cuando no se ha elegido a la totalidad de los mismos, siempre que se elija el número suficiente de integrantes como para que éste pueda sesionar y que entre los elegidos se encuentre el presidente u otro integrante al que el estatuto asigne la función de convocar a asamblea general» (52); este criterio interpretativo ha sido consagrado en el artículo 41.f) del actual «Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas No Societarias» y que privilegia el principio de conservación de los acuerdos de la asamblea general y el aseguramiento de la continuidad de la gestión y representación de la persona jurídica, sobreentendiéndose que tal defecto no perjudica la validez ni la eficacia del acto.

Respecto a la formalidad documental requerida, el artículo 81 del Código Civil establece que: «el estatuto debe constar por escritura pública, salvo disposición distinta de la ley», regla que se repite respecto de otras organizaciones y personas jurídicas (excepción hecha del comité, donde es suficiente documento privado con firmas legalizadas o certificadas notarialmente); opción legislativa que busca rodear de garantías documentales y mérito probatorio al acto constitutivo de la asociación —así, como el acto modificatorio del mismo—, según se advierte del texto del artículo 24 de la Ley del Notariado, Decreto Legislativo número 1049 («los instrumentos públicos notariales otorgados con arreglo a lo dispuesto en la ley producen fe respecto a

nera obligatoria por las instancias registrales, en el ámbito nacional», adoptados en los respectivos Plenos Registrales y publicados en el diario oficial «El Peruano» y en la página web de la SUNARP (art. 158, TUO Reglamento General de los Registros Públicos).

(52) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el XII Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 13-9-2005 y sustentado en las Resoluciones núm. 100-2001-ORLC/TR del 1-3-2001, núm. 351-2001-ORLC/TR del 14-8-2001 y núm. 284-2001-ORLC/TR del 2-7-2001.

la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie...») (53).

6. RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

¿El derecho de asociación puede restringirse?, al respecto, el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (54) ha establecido positivamente que: «(...) sólo procederá restringir el derecho de asociación (...) en supuestos excepcionales, por motivos o taxativamente señalados», es decir, «en interés de la seguridad nacional o del orden público, para proteger la salud o la moral pública o para la protección de los derechos y libertades de terceros» (55).

En ese mismo sentido, en caso que las actividades o fines de la asociación resulten contrarios al orden público o las buenas costumbres, el artículo 96 del Código Civil autoriza al Ministerio Público a solicitar judicialmente su disolución; adviértase que en nuestro ordenamiento jurídico la persona jurídica no puede disolverse «administrativamente» (es decir, «por resolución administrativa»), sino que debe ser declarado por el poder judicial, ello como garantía del derecho de asociación.

Debe destacarse que, a diferencia de las Fundaciones (Consejo de Supervigilancia de Fundaciones; art. 103) (56) y Comités (Ministerio Público; art. 119) (57), en el caso de las asociaciones el Código Civil no ha previsto

(53) Sobre los alcances del principio de legitimación registral y su aplicabilidad, tratándose de un estatuto inscrito presumiblemente violatorio del carácter imperativo de la convocatoria y su dualidad, resulta interesante revisar la Resolución núm. 217-2001-ORLC/TR del 22-5-01, donde el colegiado por mayoría señala que: «La sola aplicación del artículo 2.013 del Código Civil llevaría a sostener la primacía de la norma estatutaria inscrita violatoria de norma imperativa, de manera que el registrador debería aplicarla aun cuando se violen los principios sobre los que se fundamenta el ordenamiento jurídico; así, si el estatuto inscrito estableciera distinto peso a los votos según el grupo racial al que pertenecen los asociados, el Registrador no sólo debería inscribir la asamblea general en la que se adopte tal sistema discriminatorio de votación, sino que además debería denegar el acceso al Registro a la asamblea que, incumpliendo con dicho sistema, asigne un voto por persona; en nuestra consideración, el resultado de tal aplicación es inaceptable».

(54) Aplicado conforme a la Disposición Final y Transitoria Cuarta de la Constitución Política de 1993.

(55) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. núm. 3507-2005-PA/TC.

(56) Artículo 103. Consejo de Supervigilancia de Fundaciones:

«El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones es la organización administrativa encargada del control y vigilancia de las fundaciones (...)».

(57) Artículo 119. Control de los aportes por el Ministerio Público:

«El Ministerio Público vigila, de oficio o a instancia de parte, que los aportes recaudados por el comité se conserven y se destinen a la finalidad propuesta y, llegado el caso, puede solicitar la rendición de cuentas, sin perjuicio de la acción civil o penal a que haya lugar».

la existencia de un órgano externo *ad hoc* encargado de la fiscalización del manejo y destino de los recursos económicos de las asociaciones, recayendo esta función en la asamblea general de asociados (control interno) y en última instancia al poder judicial; ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 96 citado (58).

RESUMEN

DERECHO DE ASOCIACIÓN PERÚ

El derecho de asociación es reconocido en la Constitución Política del Perú como uno fundamental de todas las personas, que faculta «a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa» (inciso 13, art. 2).

Debe destacarse que el nomen iuris «derecho de asociación» no alude exclusivamente a un tipo especial de organización, es decir, la asociación, sino que se refiere a todo tipo de organización de finalidad no lucrativa; por ello creemos que sería mejor denominarla «derecho de organización».

El fundamento de este derecho se encuentra en el carácter gregario de las personas, cuyos planes de vida u objetivos precisan, para su realización o concreción, de la cooperación o interacción con los demás; ello sin desconocer su dimensión individual.

Así, la carta magna reconoce este derecho como atributo de todas las personas a asociarse libremente y otorga a

ABSTRACT

RIGHT OF ASSOCIATION PERU

The right of association is recognized in the Political Constitution of Peru as one of the fundamental rights of all persons, empowering all persons «to form associations with one another and to create foundations and diverse not-for-profit forms of legal organization, without prior authorization and pursuant to law. They cannot be dissolved by administrative decisions» (article 2, indent 13).

It ought to be stressed that the nomen iuris «right of association» does not allude exclusively to a special type of organization, i.e., the association, but instead refers to all kinds of organizations made for a non-profit purpose. For this reason we believe it would be better to use the term «right of organization».

The fundament of this right is found in the gregarious nature of people. Realizing or attaining one's life plans or objectives requires cooperation or interaction with other people, without overlooking the individual dimension of the people with whom one cooperates or interacts.

(58) VEGA MERE, Yuri, *op. cit.*, pág. 36-B. Refiere el autor que: «dada la gravitación que tiene este órgano en las funciones contraloras que ejerce, el legislador no considera conveniente la creación de un organismo estatal administrativo que se encargue de su supervigilancia, como ocurre en cambio con las fundaciones. Ello, sin embargo, no elimina la posible injerencia del estado cuando los fines o las actividades de la asociación son contrarios al orden público o a las buenas costumbres, en cuyo caso el Ministerio Público puede solicitar su disolución (art. 96)».

lo creado —en ejercicio de tal atribución—, la calidad de «organización jurídica», es decir, «(...) una organización protegida por la Constitución, que, a diferencia de los órganos constitucionales, cuya regulación se hace en el propio texto constitucional, y su desarrollo se deja al ámbito de la ley orgánica, en ésta la configuración constitucional concreta de ella se ha dejado al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el respeto del núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza».

La jurisprudencia ha delimitado el contenido esencial del derecho de asociación u organización, el mismo que comprende esencialmente:

a) «El derecho de asociarse», esto es, las personas son, en principio, libres para constituir asociaciones o adherirse a las ya constituidas.

b) «El derecho de no asociarse», es decir, nadie puede ser coaccionado u obligado a formar parte de una asociación o a permanecer en ella; y,

c) «La facultad de auto-organización», léase, las personas que se asocian pueden (deben) establecer su propia organización a través del estatuto, el mismo que deberá «sujetarse al marco de la Constitución y las leyes, las que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollan y regulan».

Accordingly, Peru's Magna Carta recognizes this right as the attribute of all persons to form associations with one another freely, and it grants to what is created in exercise of said attribute the standing of «legal organization», i.e., «an organization protected by the Constitution, where, unlike constitutional bodies, whose regulation is given in the text of the Constitution itself, and its implementation is left to the realm of organic law, in this the specific constitutional configuration of the organization has been left to the ordinary legislators, for whom no limits are set other than respect for the essential core of the institution that the Constitution guarantees».

Jurisprudence has delimited the essential content of the right of association or organization, which essentially encompasses:

a) «The right to form associations», i.e., people are in principle free to create associations or to join associations that have already been created;

b) «The right not to form associations», i.e., no-one can be coerced or forced to form part of an association or to remain in an association; and,

c) «The faculty of self-organization», to wit, people who form associations may (must) establish their own organization through the statutes, which must in turn «abide by the framework of the Constitution and the laws that, respecting the essential content of such right, implement and regulate the said right».

(Trabajo recibido el 11-6-2009 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)

Rottura della famiglia e interesse dei figli 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. LA SEPARACIÓN, LA NULIDAD Y EL DIVORCIO CON RESPECTO A LOS INTERESES DE LOS HIJOS:
 - 1.1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE 2006.
 - 1.2. DERECHO DEL HIJO A LA «BIGENITORIALITÀ».
2. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD:
 - 2.1. DERECHO A RELACIONARSE CON AMBOS PADRES Y SUS PARIENTES RESPECTIVOS.
 - 2.2. LA PRIORIDAD RECONOCIDA A LA CUSTODIA COMPARTIDA.
 - 2.3. AUDIENCIA DEL MENOR.
 - 2.4. CARACTERES DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.
 - 2.5. EJERCICIO CONJUNTO DE LA PATRIA POTESTAD.
3. LA CUSTODIA EXCLUSIVA DE UN PROGENITOR:
 - 3.1. APRECIACIÓN JUDICIAL DEL INTERÉS DEL MENOR.
 - 3.2. CARACTERÍSTICAS DE LA CUSTODIA EXCLUSIVA.
4. EL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS:
 - 4.1. EL MANTENIMIENTO DIRECTO.
 - 4.2. LA FUNCIÓN COMPENSATORIA DE LA PENSIÓN.
 - 4.3. EL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y DISCAPACITADOS.
5. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR:
 - 5.1. EL INTERÉS DEL HIJO.
 - 5.2. EL CAMBIO DE RESIDENCIA.

6. EL DERECHO DE VISITAS:

- 6.1. LA GRADACIÓN JUDICIAL DE LA PERMANENCIA DEL MENOR CON SUS PROGENITORES.
- 6.2. LAS RELACIONES DEL MENOR CON SUS ABUELOS.

1. LA SEPARACIÓN, LA NULIDAD Y EL DIVORCIO CON RESPECTO A LOS INTERESES DE LOS HIJOS

1.1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE 2006

La custodia de los hijos en los supuestos de ruptura de la pareja de los progenitores aparece regulada en el artículo 155 del Código Civil italiano, habiendo sido profundamente reformada esta materia a través de la reciente Ley de 8 de febrero de 2006 (1).

En la normativa anteriormente vigente, la custodia de los hijos en las situaciones en que existía un procedimiento de separación o de divorcio venía determinada por el Juez en favor de uno u otro cónyuge aunque, en aplicación del artículo 155 del Código Civil, que contemplaba la posibilidad de adoptar cualquier otra medida o disponer en sentido distinto al ejercicio exclusivo de la patria potestad, se admitía la solución de imponer la custodia conjunta a ambos progenitores (2). La toma de conciencia por parte del legislador de la importancia de que el hijo mantuviese una relación asidua con cada uno de los progenitores pese a haberse disgregado el núcleo familiar, le induce a explicitar modalidades distintas de aquéllas que constituían la solución tradicional de la custodia exclusiva por parte de uno sólo de los padres: en concreto, el artículo 6 de la Ley del divorcio, después de la reforma de 1987, contemplaba la posibilidad de determinar la custodia conjunta y la custodia

(1) Dice la Exposición de Motivos de esta ley que: «*In caso di separazione dei genitori, i figli saranno affidati come regola ad entrambi i genitori e, soltanto come eccezione, ad uno di essi quando in tal senso spinga l'interesse del minore e l'affidamento condiviso determini una situazione di pregiudizio per il minore stesso.*»

Con la legge 8 febbraio 2006, n. 54 viene capovolto il sistema attuale in materia di affidamento in base al quale i figli sono affidati o all'uno o all'altro dei genitori secondo il prudente apprezzamento del presidente del tribunale o del giudice o secondo le intese raggiunte dai coniugi.

Le nuove norme attuano il principio della bigenitorialità; principio affermatosi da tempo negli ordinamenti europei e presente altresì nella Convenzione sui diritti del fanciullo sottoscritta a New York il 20 novembre 1989, e resa esecutiva in Italia con la legge n. 176 del 1991».

Vid. SESTA, M., *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.^a ed., CEDAM, Padova, 2007, pág. 165 y sigs.

(2) BISCIONE, S., *Affido condiviso - Patti di famiglia e nuove norme in tema de separazione e divorzio. Come cambia il diritto di famiglia dopo le leggi 54/2006 e 55/2006*, Napoli, 2006, pág. 29.

alterna como modalidades distintas de la custodia exclusiva, compartiendo la responsabilidad educativa común de los hijos pese a estar los cónyuges separados o divorciados (3).

Sobre la custodia alterna, en virtud de la cual el menor queda, por períodos de tiempo prefijados, al cuidado de un solo progenitor, al que le corresponderá con exclusividad e independencia del otro el ejercicio de la patria potestad, han recaído numerosas críticas, considerándola como fuente de una inestabilidad de vida tal que compromete el equilibrio del menor. Mayor interés había suscitado, en cambio, la figura de la custodia conjunta que, en ausencia de una definición normativa, se fundamenta en la situación en la que ambos cónyuges ejercitan en común la patria potestad sobre sus hijos, siendo éstos mantenidos, instruidos y educados bajo un único proyecto alcanzado de común acuerdo. Para poder llevarlo a la práctica, la jurisprudencia había considerado necesarias algunas condiciones como el acuerdo de los padres para solicitar dicha custodia conjunta, la ausencia de conflictividad entre ellos, la existencia de un estilo de vida homogéneo y compatible, la cercanía de las respectivas residencias; sin embargo, estos presupuestos, verdaderamente rigurosos, no siempre se encontraban presentes en una realidad presidida por el conflicto entre los cónyuges, lo que determinó un uso limitado de este tipo de medida.

1.2. DERECHO DEL HIJO A LA «BIGINITORIALITÀ»

Tras la Ley de 8 de febrero de 2006, n. 54, el legislador, a la zaga de las recomendaciones emergidas en el ámbito internacional, ha pretendido vigorizar el derecho del menor a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores (4), promoviendo su participación activa en la vida del menor, incluso aunque se haya disuelto el núcleo familiar, abandonando así la tradicional distinción entre el progenitor que se ocupaba del hijo y aquél que se encargaba del «tiempo libre» (5). Además, las medidas relativas a la custodia, en especial las relativas a la custodia compartida, surgen haciendo referencia exclusiva al derecho del hijo a la *bigenitorialità*, reconociéndole expresamente su derecho a ambos padres (6).

(3) DE FILIPPIS, B., *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, pág. 1. MANERA, G., *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Rimini, 2007, pág. 26 y sigs.

(4) Vid. PADALINO, C., *L'affidamento condiviso dei figli. Commento sistematico delle nuove disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006, pág. 2.

(5) Vid. SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 167. BALESTRA, L., «Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso», en *Famiglia*, 2006, pág. 655.

(6) FINOCCHIARO, M., «Riconosciuto anche alla prole il diritto di frequentare i genitori», en *Guida al dir.*, 2006, pág. 11 y sigs.

En esta dirección, la Ley 54/2006, en línea con los principios consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, tiene como objetivo prioritario favorecer las relaciones equilibradas con ambos progenitores, también en el caso de disolución de la familia, para ofrecer una tutela continuada y uniforme a los hijos, al margen, por tanto, de la naturaleza de la unión entre los progenitores y de sus posibles avatares. Se trata de una perspectiva de particular importancia, toda vez que, como dispone el artículo 4.2 de la mencionada Ley, sus disposiciones se aplican incluso en los supuestos de divorcio, de cesación de los efectos civiles y nulidad del matrimonio o de procedimientos relativos a los hijos de progenitores no casados entre sí. Esta previsión viene a colmar una laguna del sistema, que no contenía ninguna norma para la regulación de la disolución de la pareja de padres no casados en relación con la custodia de sus hijos.

Desde otro punto de vista, la disposición ha dado lugar a una situación de cierta incertidumbre en el ámbito procesal, que está siendo afrontada por la Corte Casacional, si bien representa un importante paso en la equiparación entre la familia natural y la matrimonial, al menos en lo que al tratamiento de las relaciones filiales se refiere, perdiendo el matrimonio, en gran medida, la fuerza (7) que hasta ahora lo había distinguido.

2. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

2.1. DERECHO A RELACIONARSE CON AMBOS PADRES Y SUS PARIENTES RESPECTIVOS

Del artículo 155.1 del Código Civil (8) se desprende que, incluso en los supuestos de crisis entre los progenitores, el hijo menor tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de ellos, a recibir cuidado, educación e instrucción de ambos y a conservar relaciones significativas con sus ascendientes y con los parientes de cada uno de aquéllos (9).

(7) La *vis*, dice SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 167.

(8) «*Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*».

(9) Cfr. Tribunale di Napoli, sez. I, *ordinanza 1 febbraio 2007*, Cassazione Civile, sez. I, *sentenza 22 marzo 2007*, n. 6979, Cassazione Civile, sez. I, *sentenza 23 novembre 2007*, n. 24407, Tribunale di Firenze, *sentenza 3 ottobre 2007*, Consiglio di Stato, *sentenza 13 novembre 2007*, n. 5825, Cassazione Civile, sez. I, *sentenza 7 dicembre 2007*, n. 25618, Cassazione Civile, sez. I, *sentenza 28 gennaio 2008*, n. 1758 e Cassazione Civile, sez. I, *sentenza 18 febbraio 2008*, n. 3934 in Altalex Massimario.

Esta disposición subraya la importancia de que el hijo disfrute de una relación intensa con ambos progenitores a pesar de la cesación de la vida en pareja; simultáneamente, refuerza también la importancia de otros vínculos familiares más amplios, reconociendo el derecho del hijo a continuar sus relaciones con los parientes de cada uno de sus progenitores. Para alcanzar esta finalidad, el Juez que pronuncie la separación personal de los cónyuges adoptará las medidas relativas a la prole, con exclusiva referencia a los intereses morales y materiales de ésta (10).

2.2. LA PRIORIDAD RECONOCIDA A LA CUSTODIA COMPARTIDA

El artículo 155.2 del Código Civil italiano pone de manifiesto que el Juez valorará prioritariamente la posibilidad de que la custodia de los hijos menores se confíe a ambos progenitores, o bien determinará a cuál de ellos son confiados, estableciendo los plazos y forma de presencia con cada uno de los padres, fijando, además, la medida y el modo con que cada uno de éstos debe contribuir al mantenimiento, cuidado, instrucción y educación de los hijos (11).

La norma prevé dos modalidades distintas de custodia: una, la que correspondería a ambos progenitores, y otra, la atribuida a uno sólo de ellos. No obstante, es importante poner de manifiesto que la custodia compartida (*affidamento condiviso*) y la custodia exclusiva (*affidamento monogenitoriale*) no son consideradas en un plano de igualdad; se prefiere, de hecho, que el Juez aprecie prioritariamente la posibilidad de determinar la custodia compartida y sólo cuando ésta sea considerada contraria a los intereses del menor (12), opte por la custodia de un solo progenitor, que tendrá carácter residual.

En aplicación del artículo 155 *sexies* del Código Civil, el Juez, antes de decidir las medidas relativas a los hijos, puede recurrir, incluso de oficio, a la práctica de distintos medios de prueba, incluida la audiencia del menor que

(10) PUGLIESE, C. B., «Interesse del minore, potestà dei genitori e poteri del giudice nella nuova disciplina dell'affidamento condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54)», en *Famiglia*, 2006, pág. 1053 y sigs.

(11) «Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole».

(12) Vid. artículo 155 *bis* del Código Civil, que trataremos posteriormente al examinar la custodia exclusiva por un progenitor.

haya cumplido los doce años y también de edad inferior si tuviera suficiente capacidad de discernimiento (13).

2.3. AUDIENCIA DEL MENOR

Ante todo, conviene poner de relieve que hoy en día, conforme a lo dispuesto por el artículo 155 *sexies* del Código Civil y a la luz de las distintas fuentes internacionales, escuchar al menor constituye una especie de acto debido por parte del Juez. Esta circunstancia implica que la norma, interpretada en sentido categórico, impediría al Juez valorar si la audiencia, en cada caso concreto, más que satisfacer o garantizar un derecho del hijo constituye para él un modo de perjudicarlo. Todo ello sirve de estímulo para buscar nuevas y más elásticas interpretaciones de la norma, en consideración al hecho de que la audiencia, sobre todo si no se ha actuado siguiendo una técnica respetuosa con la personalidad y los afectos del menor, puede suponer para éste una situación verdaderamente traumática, que el Juez debe poder evitar. En otros términos, entre una satisfacción abstracta del derecho del menor a ser escuchado y la satisfacción concreta de su derecho a que le sea evitado un perjuicio grave e innecesario, parece preferible que el Juez pueda legítimamente optar por no escuchar al menor.

En todo caso, el artículo 155.2 *sexies* del Código Civil (14) establece que el Juez podrá dirigirse a los progenitores para que éstos consientan las medidas adoptadas en relación con la custodia de sus hijos, recabando la opinión de expertos o acudiendo a la mediación para alcanzar un acuerdo, en especial, por lo que se refiere a los intereses personales y morales de los hijos.

(13) En relación con la potestad del Juez y audiencia del menor, dispone el artículo 155 *sexies* que: «*Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento*». Puede ampliarse el estudio de este precepto consultando el artículo de CALABRO, P., *Legge sull'affido condizionale: profili processuali*.

(14) «*Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli*». En tema de mediación familiar, se puede consultar Tribunale di Lamezia Terme, *ordinanza 5 dicembre 2007*, así como el artículo de SPADARO, G., Cfr. Tribunale di Lamezia Terme, *ordinanza 26 maggio 2008*, in Altalex Massimario.

2.4. CARACTERES DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Guarda el legislador italiano completo silencio en relación a los caracteres de la custodia compartida, no poniéndolos ni siquiera en conexión con los de la custodia exclusiva. El artículo 155.2 del Código Civil, anteriormente comentado, no establece en qué consiste exactamente la diferencia entre la custodia confiada a ambos y la que corresponde a uno sólo de los progenitores.

En todo caso, esta diferencia no puede ser reducida a una cuestión meramente cuantitativa, relacionada con la estancia, residencia, presencia, medidas y modo de mantenimiento de los hijos, pues se trata de condiciones y prestaciones compatibles con una y otra modalidad de custodia. Además, en el supuesto de la custodia exclusiva, el Juez debe, en todo caso, dejar a salvo, en cuanto le sea posible, los derechos de los menores previstos en el artículo 155.1 del Código Civil.

Para ir perfilando los contornos de esta nueva figura, podemos decir que la expresión «custodia compartida», empleada por el legislador en el título de la Ley y del artículo 155 *bis*, sin haber precisado siquiera sus caracteres, evoca una idea de coparticipación de los progenitores en las funciones de cuidado y crecimiento del hijo. Compartir significa literalmente partir con alguien y, en el caso que nos ocupa, cada progenitor parte con el otro el cuidado y funciones educativas de los hijos. En este sentido ha precisado la jurisprudencia que la característica peculiar de esta nueva tipología de custodia reside, no ya en la dualidad de la residencia o en la paridad del tiempo de permanencia del hijo con uno y otro progenitor, sino en la condisión paritaria de su función como padres.

2.5. EJERCICIO CONJUNTO DE LA PATRIA POTESTAD

El reparto de funciones entre ambos padres entra directamente en conexión con la patria potestad, cuyo ejercicio, según el artículo 155.3 del Código Civil, se encomienda a los dos progenitores. Este principio, desde el punto de vista jurídico-político, posee una enorme trascendencia, representando la ruptura con la normativa anteriormente vigente (15). Hoy, el legislador ha establecido que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores lo que, en línea de principio, parece implicar que todas las prerrogativas

(15) El anterior artículo 155 del Código Civil, hoy derogado, atribuía al progenitor custodio, salvo disposición judicial, el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre sus hijos, mientras las decisiones de mayor interés correspondía asumirlas a ambos. En consecuencia, el progenitor no custodio, salvo las mencionadas decisiones, se limitaba a vigilar las decisiones asumidas por el otro progenitor, pudiendo recurrir al Juez en el caso de que las considerase perjudiciales para los intereses de sus hijos.

derivadas de la patria potestad deben ser ejercitadas de común acuerdo, tal y como recoge el artículo 155.3 del Código Civil (16), con la previsión contemplada por el artículo 316.2 del Código Civil (17).

Establece a continuación el precepto que las decisiones de mayor interés para los hijos, relativas a su instrucción, educación y salud, serán adoptadas por ambos de común acuerdo, teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los hijos (18). En caso de desacuerdo, la decisión corresponderá al Juez. A diferencia de la prescripción contenida en el artículo 316.3 del Código Civil (19), se percibe aquí que es el Juez quien adopta la decisión, sin atribuirle a aquél de los progenitores que él estime más idóneo para la protección de los intereses del menor (20).

No obstante, y pese a los términos aperturistas en que aparece redactado el precepto, conviene aclarar que en ningún momento dice que la patria potestad se ejercite de común acuerdo, previsión que se limita sólo a los casos en que se deban adoptar decisiones de mayor trascendencia para los hijos; es más, el inciso final de este apartado 3 establece que, cuando deban adoptarse decisiones sobre actos de administración ordinaria, el Juez podrá establecer que los progenitores ejerciten la patria potestad separadamente (21).

La referencia a la administración ordinaria contenida en el artículo 155.3 del Código Civil alude a cuestiones de carácter rutinario y no, según su sentido más técnico, a asuntos de carácter patrimonial (22). Por tanto, la regla

(16) «*La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice*».

(17) «*La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori. In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei*».

(18) En este sentido, el Tribunal de Salerno, de 30 de junio de 2006, en *Fam. e Dir.*, 2006, pág. 639, con nota de FIGONE, *Alcune questioni applicative in tema di affidamento condiviso*; entiende que la custodia compartida no comporta necesariamente una convivencia del hijo con ambos, ni una suerte de custodia alterna, sino una mayor responsabilidad de ambos progenitores en la determinación de una línea educativa común para la prole.

(19) «*Il giudice, sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore degli anni quattordici, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio*».

(20) Estima SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 171, que no es fácil explicar esta diferencia. A su juicio, con la ruptura de la convivencia entre los cónyuges, se debilita la exigencia de proteger la autonomía familiar, que fundamentaba la previsión contenida en el artículo 316 del Código Civil, ensalzando simultáneamente, la función del Juez.

(21) «*Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente*».

(22) Entiende DOSI, G., «Separazioni, guida all'affidamento condiviso. Le regole sulla casa e sul mantenimento. Sui rapporti tra genitori e figli ogni provvedimento è reclamabile», en *Dir. e Giust.*, 2006, 6, pág. 28, que se trata de actos de reducida importancia cotidiana pero de gran relevancia para el equilibrio de la pareja y de la vida familiar.

general establecida por el legislador consagra la patria potestad conjunta, que sólo mediante la intervención judicial y para la realización de actos cotidianos, puede convertirse en individual. En síntesis, lo que viene a hacer el artículo 155.3 es reproducir lo dispuesto en el artículo 316.2 y 3, con la salvedad de permitir la actuación aislada para los actos de naturaleza rutinaria, que cada uno podrá realizar sin necesidad del consentimiento del otro cuando el hijo se encuentre con él.

En el desarrollo concreto de las relaciones paterno-filiales, que tienen lugar en el caso de la custodia compartida, juegan un papel decisivo los acuerdos entre los cónyuges a los que el Juez, salvo que se consideren contrarios a los intereses del hijo, deberá hacer referencia cuando dictamine sobre las prescripciones contenidas en el artículo 155.2 del Código Civil, en relación con el tiempo y forma de permanencia del hijo con cada uno de los progenitores, modalidad de mantenimiento, cuidado, instrucción y educación. En orden a la determinación de la estancia del menor con sus padres, debe matizarse que la mayor parte de ella será establecida junto a un progenitor, sin perjuicio de que se determinen los tiempos de permanencia en la casa del otro; la ley no hace referencia a la residencia habitual del menor, que será fijada, de común acuerdo o por el Juez, junto a uno de los padres (23).

3. LA CUSTODIA EXCLUSIVA DE UN PROGENITOR

3.1. APRECIACIÓN JUDICIAL DEL INTERÉS DEL MENOR

El artículo 1 de la Ley de 8 de febrero de 2006 da nueva redacción al artículo 155 *bis* del Código Civil (24), en cuyos términos el Juez puede atribuir la custodia de los hijos a uno solo de los progenitores, siempre que considere de manera fundamentada que la custodia del otro es contraria a los intereses del menor.

(23) Dice el artículo 155 *quater*, en su apartado 2 que: «*Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici*».

(24) «*Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore. Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 155. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile*».

Resulta imprescindible, por tanto, preguntarse cuándo el interés del menor determina el establecimiento de la custodia exclusiva, a la que la Ley, como comentábamos anteriormente, considera como decisión desfavorable con respecto a la custodia compartida que goza de prioridad.

La custodia compartida no puede considerarse excluida automáticamente en los supuestos en que exista mera conflictividad entre los cónyuges, porque, en ese caso, tendría una aplicación residual, coincidente con la de la antigua custodia conjunta. Esta apreciación aparece respaldada por la jurisprudencia mayoritaria, que, observando el principio de *bigenitorialità* consagrado en el artículo 155.1 del Código Civil, entiende que, para acordar esta modalidad de custodia, no puede apreciarse como único requisito la conflictividad entre los progenitores.

A *sensu contrario*, para determinar la custodia exclusiva ejercida por uno sólo de los progenitores, tampoco será siempre necesario que se den situaciones extremas, como las previstas en los artículos 330 (25) y 333 (26) del Código Civil. Para que el Juez se decante por la custodia exclusiva, no se requiere, por tanto, que la custodia compartida suponga un grave perjuicio para el hijo, sino simplemente que sea contraria a sus intereses, por impedirle el desarrollo de una vida equilibrada, serena y satisfactoria al concurrir situaciones específicas. En definitiva, será competencia del Juez valorar estas situaciones específicas y analizar caso por caso lo que es contrario a los intereses del menor.

Del análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta cuestión se desprende que, en determinadas ocasiones, la custodia compartida ha sido considerada contraria a los intereses del menor. Así ocurre cuando el hijo, en edad adolescente, rechaza él mismo cualquier tipo de relación con uno de sus padres o cuando circunstancias objetivas impiden dicha relación.

3.2. CARACTERÍSTICAS DE LA CUSTODIA EXCLUSIVA

La norma del artículo 155 *bis* del Código Civil no contiene referencia específica alguna al estatuto concreto de la custodia exclusiva; sin embargo, recordando que la apreciación del interés del hijo es presupuesto indispensable para que aquélla se determine por parte del Juez, parece que necesaria-

(25) El Juez podrá determinar la extinción de la patria potestad cuando el progenitor viole o descuide los deberes inherentes a la misma o abuse de las potestades que le corresponden, con grave perjuicio para el hijo.

(26) Cuando la conducta de uno de los progenitores o de ambos no permite determinar la extinción de la patria potestad prevista en el artículo 330, pero sea perjudicial para el hijo, el Juez podrá adoptar las medidas convenientes e incluso disponer el alejamiento de la vivienda familiar.

mente se presupone que, ya sea por razones objetivas o subjetivas, al menor no le beneficia ser sometido a la custodia de ambos cuando uno de los dos progenitores esté imposibilitado o sea inadecuado para asumir las responsabilidades relativas al cuidado y crecimiento del hijo, lo que justificaría la exclusión del reparto de estas funciones.

Ejercer la custodia sobre el hijo, por lo demás, no significa otra cosa que atribuir al progenitor las responsabilidades de crecimiento y cuidado del mismo, así como que la diferencia entre las dos modalidades de custodia, que el legislador distingue y contrapone netamente sin definir sus caracteres específicos, no puede sino buscarse en el instrumento del que disponen los padres para cumplir tales funciones, la patria potestad.

El concepto de custodia, por otra parte, no parece que pueda reducirse a la cuestión meramente material de la permanencia del hijo junto a uno u otro progenitor, como han considerado algunos autores. La cuestión relativa a la permanencia preferente en uno u otro domicilio se aprecia tanto en el caso de custodia compartida como en el de custodia exclusiva, con la excepción, para el caso concreto de la custodia compartida, de que exista una alternancia casual del hijo en la residencia de los progenitores, situación que parece excluirse toda vez que la ley prevé que el Juez adopte medidas sobre esta cuestión.

Visto que la diferencia entre los dos tipos de custodia no puede fundamentarse en la permanencia predominante del menor con uno u otro de sus progenitores y que, por tanto, debe tomarse como referencia el distinto modo de cuidado atribuido a uno u otro progenitor, deviene aplicable la disciplina reguladora de la patria potestad, recogida en el artículo 155.3 del Código Civil (27). Este precepto prevé el ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores, pero sin especificar ninguna modalidad de custodia; sin embargo, entiende la doctrina (28) que sólo puede hacer referencia a la custodia compartida, toda vez que el Juez que determine la custodia exclusiva deberá establecer que el ejercicio corresponde a uno sólo de los progenitores, especificando cuál sea el progenitor custodio.

En definitiva, cuando el Juez, en atención a los intereses del menor, determina la custodia exclusiva de uno de los progenitores, no puede limitarse a emplear una expresión genérica que haga referencia a esta exclusividad, acordando la permanencia predominante con uno de los padres, sino que necesariamente, además de motivar su decisión, deberá pronunciarse en relación con el ejercicio de la patria potestad, distinguiendo netamente la posición del progenitor custodio respecto al que no lo es: uno, en principio,

(27) PADALINO, *op. cit.*, pág. 44; BUCCI, A., *Affidamento e potestà genitoriale: tra tribunale per i minori e tribunale ordinario, alla luce dalla l. N. 54 del 2006*, Relazione all'incontro di studio decentrato «L'affidamento condiviso», Roma, 3 aprile 2006.

(28) Vid. SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 174.

será titular del ejercicio exclusivo de la patria potestad y deberá atenerse a las condiciones establecidas por el Juez; el otro estará legitimado para adoptar conjuntamente con el progenitor custodio las decisiones de mayor repercusión para el hijo y tendrá el derecho y el deber de controlar el ejercicio de las funciones de instrucción y educación por parte de aquél (29).

4. EL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS

4.1. EL MANTENIMIENTO DIRECTO

El derecho-deber de los padres de mantener, instruir y educar a su prole, no cambia su contenido en función de las situaciones patológicas que atraviese la vida familiar; son deberes que surgen del hecho mismo de la procreación y que no cesan por efecto de las crisis matrimoniales (30).

En concreto, el derecho-deber de mantener a los hijos, que tiene un valor predominantemente económico, consiste en la obligación de proporcionarles no tanto los medios de sustento como todo aquello que les sea necesario para disfrutar de un nivel de vida adecuado, para gozar de una estable organización doméstica y para poder alcanzar, a través de su formación intelectual, la inserción en el mundo laboral, adquiriendo un nivel cultural adecuado.

En plena coherencia con el principio de que los padres, pese a la disgregación del núcleo familiar, conservan las obligaciones que, respecto de sus hijos, tenían asumidas durante la vigencia de su convivencia (31), la Ley 54/2006 ha afirmado que, salvo los acuerdos libremente adoptados, cada uno de los progenitores debe contribuir al mantenimiento de los hijos en proporción a sus respectivos ingresos (art. 155.4 CC) (32). Si fuera necesario, el Juez establecerá la prestación de una pensión a fin de dar cumplimiento al principio de proporcionalidad, pensión que se determinará atendiendo a una serie de circunstancias, como las necesidades actuales del hijo, el nivel de vida disfrutado por el hijo constante la convivencia entre ambos progenitores, los períodos de permanencia con cada uno de ellos, los recursos económicos de

(29) Consiglio di Stato, *sentenza 13 novembre 2007, n. 5825*. La pretensión de tener noticias sobre la escolarización y ocupación de los hijos, sobre su matriculación y calificaciones, se vincula con la potestad del progenitor no custodio de vigilar el nivel de instrucción y aprendizaje de sus hijos y no exige, en el plano social, mantener momentos de convivencia caracterizados por el contacto físico o afectivo.

(30) El estudio de cada uno de estos derechos-deberes fue abordado en el capítulo anterior, en materia de patria potestad.

(31) Vid. BASINI, «Crisi familiare ed adempimento in unica soluzione dell'obbligo di mantenimento della prole», en *Famiglia*, 2003, pág. 983 y sigs.

(32) DOSI, G., *op. cit.*, 2006, 6, pág. 100 y sigs.

cada progenitor y el valor económico de las funciones domésticas y de cuidado asumidas por cada uno de aquellos (33).

El propósito del precepto no es otro que reforzar el mantenimiento realizado de forma directa por cada uno de los progenitores a favor de su hijo, proporcionándole los bienes y atenciones que precise. La regla del mantenimiento directo parece más respetuosa con el derecho-deber de los progenitores de participar en la vida cotidiana de sus hijos, permitiendo la existencia de relaciones más estrechas y frecuentes entre los padres y su prole. A través de este mecanismo se pone también fin a esa especie de «cheque en blanco» que el progenitor obligado a pagar la pensión ponía en poder del otro, erigido así árbitro absoluto de su utilización, y que constituía el mayor motivo de descontento en el sistema anterior.

Queda, pues, superada, como regla general, la modalidad tradicional en la que el mantenimiento corría a cargo del progenitor no custodio, obligado a pagar una pensión al progenitor que cuidaba directamente al hijo, que sigue, sin embargo, siendo aplicable en los supuestos en los que se determine la custodia exclusiva. No obstante, la jurisprudencia posterior a la Ley 54/2006 ha precisado, oportunamente, que la división de la responsabilidad entre los progenitores, consecuencia de la custodia compartida, no sólo se produce en aquellas situaciones en las que los padres tengan posiciones patrimoniales equivalentes, de modo que, al establecimiento de la custodia compartida no debe vincularse en todo caso la eliminación de la posibilidad de establecer una pensión de mantenimiento en favor de los hijos (34). En definitiva, mientras la custodia compar-

(33) «*Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:*

1. *Le attuali esigenze del figlio.*
2. *Il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori.*

3. *I tempi di permanenza presso ciascun genitore.*

4. *Le risorse economiche di entrambi i genitori.*

5. *La valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.*

L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.

Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi».

A través de estos criterios, entiende Sesta, *op. cit.*, 2007, pág. 176, el legislador pretende que sea el Juez quien valore el peso efectivo que el cuidado del hijo implica para cada uno de los progenitores.

(34) Cass. 18 de agosto de 2006. Establece esta sentencia que la custodia compartida no puede hacer desaparecer la obligación patrimonial de uno de los progenitores de contribuir, con la asignación de una pensión, al mantenimiento de sus hijos, en proporción a sus necesidades vitales y tomando como base el contexto familiar y social al que pertenece.

tida atiende al interés superior del menor desde el punto de vista de su desarrollo y equilibrio psicofísico, tomando en consideración la situación socio-ambiental, la determinación de una pensión de mantenimiento tiene una naturaleza patrimonial, dirigida a sufragar los gastos necesarios para la realización de las actividades que le proporcionan dicho desarrollo psicofísico.

4.2. LA FUNCIÓN COMPENSATORIA DE LA PENSIÓN

El mantenimiento prestado de forma directa exige un preciso acuerdo entre ambos progenitores sobre los mecanismos concretos de su materialización, a fin de evitar desequilibrios entre ellos. En la práctica, cada uno deberá hacerse cargo del mantenimiento durante el tiempo en que el hijo viva con él, mientras los gastos generales consistentes en alojamiento, salud, vestido o actividades escolares y extraescolares deberán ser repartidos de mutuo acuerdo entre ambos. En caso de desacuerdo, el Juez establecerá la forma en que cada uno de los progenitores deba proceder al mantenimiento directo, así como la aportación económica que un progenitor deba abonar eventualmente al otro cuando haya acontecido algún gasto concreto; se logra así una división equitativa de la contribución directa, respetuosa con el cuidado efectivamente prestado por cada progenitor y con el criterio de proporcionalidad a los ingresos de cada uno de ellos (35).

No debe considerarse infundado el temor, expresado por algunos autores con posterioridad a la reforma, de que la normativa del mantenimiento directo, y el consiguiente carácter residual de la determinación de la pensión a favor del cónyuge más débil, termine por dejar sin control y sin tutela las situaciones en las que, en igualdad de condiciones económicas, un progenitor descuide sistemáticamente sus funciones de cuidado y mantenimiento de los hijos. En tales situaciones se verificaría, de hecho, una violación del principio de proporcionalidad. Por ello, las funciones de atención y cuidado prestadas por un progenitor sin que el otro haga lo mismo, darán lugar a la determinación por parte del Juez, y pese a la igualdad de condiciones económicas, de una pensión a cargo del progenitor que incumpla sus competencias, como único medio de restablecer la paridad de contribuciones.

4.3. EL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y DISCAPACITADOS

En cuanto a la duración de la obligación de mantenimiento, se entiende que ésta no cesa cuando el hijo haya alcanzado la mayoría de edad, sino

(35) Vid. TOMMASEO, F., *Le disposizioni processuali della legge sull'affidamento condiviso*, en www.giustizia.lazio.it, 5.

que se mantiene hasta que éste no haya conseguido un grado de autonomía tal que le permita proceder, con independencia de sus padres, a la satisfacción de sus propias necesidades. El artículo 155 *quinquies* del Código Civil (36) establece al respecto que el Juez, teniendo en cuenta estas circunstancias, puede disponer a favor del hijo mayor de edad, económicamente dependiente, el pago de una pensión periódica.

El destinatario de tal pensión es, pues, el hijo, y no el progenitor con quién convive, quien podría entonces verse obligado a solicitar una contribución por los gastos suscitados por el alojamiento de aquél, debiendo el Juez decidir al respecto (37). La atribución de la pensión directamente a favor de los hijos mayores de edad se considerará oportuna cuando éstos vivan de manera independiente, como así ocurre cuando han iniciado sus estudios universitarios o bien cuando el pasado de los progenitores haya estado presidido por los conflictos sobre la gestión y aplicación de la pensión de mantenimiento destinada a los hijos. En todos estos casos, la asignación de la pensión directamente en favor del hijo tendrá indudablemente la ventaja de responsabilizarle y de favorecer su contacto con el progenitor obligado.

En definitiva, se ha afirmado por parte de algunos intérpretes que, con la nueva Ley, se ha pretendido reforzar el vínculo entre los progenitores y los hijos mayores de edad, no decretando la cesación de la obligación de mantenimiento por parte de los primeros sino estableciendo que la misma debe subsistir en beneficio directo del hijo que haya alcanzado la mayoría de edad.

Cuanto hemos expuesto no será de aplicación a los hijos mayores de edad que padezcan alguna minusvalía grave, respecto de los cuales, en los términos del artículo 155 *quinquies*, *in fine* del Código Civil (38), resultan plenamente aplicables las disposiciones establecidas en favor de los hijos menores. En aplicación del artículo 3.1 de la Ley 54/2006 se considera persona incapacitada a aquélla que presenta una minusvalía física, psíquica o sensorial, estabilizada o progresiva, que le dificulte el aprendizaje, relaciones e integración laborales, colocándola en una situación de desventaja social o de marginación. Cuando la minusvalía, parcial o completa, haya reducido su autonomía personal, en correlación con su edad, hasta el punto en que deba considerarse

(36) «*Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto.*»

(37) En tal sentido, la sentencia del Tribunal de Catania, de 5 de mayo de 2006, determina que la contribución para los hijos mayores de edad, económicamente dependientes y convivientes con la madre, le sea atribuida a esta última en razón a la continuidad de la relación de cohabitación con ella en la casa conyugal.

(38) «*Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori.*»

necesaria una intervención asistencial permanente, la situación asume connotaciones de mayor gravedad.

La remisión a las disposiciones de la Ley relativas a los hijos menores está pensando en aquéllos que se encuentren afectados por patologías, físicas o psíquicas, que determinen una pérdida total de su autonomía personal; parece, por tanto, que al legislador le es indiferente si la necesidad de asistencia deriva de discapacidades de carácter exclusivamente físico o de enfermedades de carácter psíquico que repercutan gravemente, hasta el punto de hacerla desaparecer completamente, sobre la capacidad de entender y querer.

5. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

5.1. EL INTERÉS DEL HIJO

La potestad del Juez para disponer la atribución de la vivienda familiar en favor del cónyuge custodio aparece contemplada por el artículo 155 *quater* del Código Civil (39), en cuyos términos el disfrute de la vivienda familiar debe ser asignado teniendo en cuenta de forma prioritaria el interés de los hijos. Desde este punto de vista, la norma se adapta al criterio de asignación ya previsto por los artículos 155 del Código Civil y 6 de la Ley 898/1970 del sistema anterior a la reforma, en virtud del cual se tutela el interés de los hijos a no sufrir un alejamiento forzoso de su propia casa, considerada como el centro afectivo en el que se desarrolla la vida de la familia (40).

El artículo 155 *quater* continúa diciendo que el Juez deberá tener en cuenta la atribución de la vivienda familiar a la hora de determinar las relaciones económicas entre los cónyuges (41). Esta norma procede de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que ponían de manifiesto que el beneficio económico consistente en la atribución de la vivienda familiar debía ser tenido en cuenta a la hora de cuantificar la pensión compensatoria en los casos de separación y de divorcio.

(39) «*Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli*».

(40) CUBEDDU, M. G., «L'assegnazione della casa familiare», en AA.VV., *L'affidamento condiviso*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Milano, 2006, págs. 181 y sigs. También la jurisprudencia entiende que los presupuestos para la atribución de la vivienda están vinculados a la presencia del hijo y a la tutela de sus intereses, evitándole el trauma de alejarlo de su domicilio familiar: Cass. de 26 de mayo de 2004, n. 10102, en *Fam. e Dir.*, 2005, pág. 23 y sigs.; Cass. de 9 de julio de 2004, n. 12666, en *Foro it.*, 2005, I, c. 576; Cass. de 2 de febrero de 2006, n. 2338, en www.affidamentocondiviso.it; Cass. de 22 de marzo de 2007, n. 6979, en www.affidamentocondiviso.it

(41) «*Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà*».

Sorprende, y mucho, la disposición introducida tras la reforma en este precepto que comentamos, cuando establece que el derecho al disfrute de la vivienda familiar desaparece en el caso de que el adjudicatario no la habite o deje de habitarla establemente o inicie una convivencia *more uxorio* o contraiga ulterior matrimonio (42). La disposición es merecedora de crítica, toda vez que permite que sobre la atribución de la vivienda familiar repercuta una circunstancia completamente ajena al interés de los hijos; además, esta determinación debilita la posición del cónyuge que se encuentra en desventaja económica, condicionando sus decisiones personales ante el riesgo de ser privado del disfrute de la vivienda familiar (43).

El artículo 155 *quater* expresamente dispone que la decisión de atribución de la vivienda familiar y la de su revocación serán inscribibles y oponibles ante terceras personas en el sentido del artículo 2.643 del Código Civil (44).

5.2. EL CAMBIO DE RESIDENCIA

Por último, como ya se apuntó anteriormente, el Juez y los progenitores deberán especificar la residencia habitual del hijo, que deberá fijarse en la vivienda familiar y que podrá ser modificada bajo decisión adoptada de común acuerdo por ambos padres (45). Esta circunstancia ha suscitado una situación delicada en relación con el derecho del progenitor custodio a cambiar de domicilio, derecho que tiene constitucionalmente reconocido y que también contempla el artículo 155 *quater*, en su apartado 2. La solución que parece más conveniente es que, una vez producido el cambio de domicilio del progenitor, el Juez, a instancia del otro, pueda modificar la modalidad de custodia, ya sea en relación con la permanencia del hijo o sobre

(42) «*Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio*».

(43) Apunta SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 178, que surgen dudas sobre la constitucionalidad de esta norma, ante todo porque parece difícilmente conciliable con el principio de «razonabilidad» (*principio de ragionevolezza*) que el derecho a habitar la vivienda conyugal —que se atribuye sobre el único presupuesto de la convivencia con los hijos y en exclusivo interés de éstos— pueda desaparecer como consecuencia del nuevo matrimonio o del inicio de una convivencia *more uxorio*; además, porque, en relación con el artículo 2 de la Constitución, la libertad de convivir *more uxorio* o de contraer nuevo matrimonio del progenitor adjudicatario puede verse perjudicada ante la perspectiva de perder el derecho a disfrutar de la vivienda familiar.

(44) El artículo 2.643 del Código Civil establece la relación de actos relativos a bienes inmuebles sujetos a inscripción.

(45) FISSORE, A., «Le domande aventi contenuto economico: il contributo al mantenimento dei figli minorenni e maggiorenni e del coniuge. L'assegnazione della casa coniugale», en AA.VV., *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso*, Padova, 2007, pág. 207 y sigs.

aspectos económicos, procediéndose, sólo si se da el caso, a acordar la custodia exclusiva.

6. EL DERECHO DE VISITAS

6.1. LA GRADACIÓN JUDICIAL DE LA PERMANENCIA DEL MENOR CON SUS PROGENITORES

El artículo 155 del Código Civil, en el texto anterior a la reforma, reconocía al progenitor no custodio la posibilidad de relacionarse con sus hijos y de participar en las decisiones concernientes a los mismos. En concreto, y al margen de su actuación como titular de la patria potestad en la adopción de las decisiones de mayor interés para el menor y de su intervención en el caso de que el progenitor custodio adoptase decisiones perjudiciales para el hijo, la ley le reconocía un derecho de visitas, que debía ejercitarse según el modo y los tiempos que hubiesen sido rígidamente predeterminados.

Con la introducción en la regulación de las relaciones personales entre los miembros de la familia en crisis, como modalidad privilegiada de la custodia compartida, cabe preguntarse si todavía tiene sentido hablar del derecho de visita para indicar la relación y los períodos de permanencia del hijo con cada uno de sus progenitores.

Acertadamente se ha reseñado que con la expresión «derecho de visitas» se evoca un sentido negativo de «ajenidad» (46), que nunca debería presidir las relaciones entre padres e hijos. Sería preferible, en cambio, insistir en que, con la entrada en vigor de la nueva normativa, el progenitor con quien el hijo conviva habitualmente debería hacer todo lo posible para que éste mantenga una relación significativa con el otro progenitor, preservando la función e imagen de este último, garantizándose, al mismo tiempo, los derechos que el menor tiene reconocidos en el artículo 155.1 del Código Civil.

Independientemente de la expresión literal por la que, finalmente, se decanten los Jueces, resulta imprescindible, a fin de evitar que vuelvan a surgir las situaciones de conflictividad que caracterizaban el régimen normativo anterior, que el Juez esté preparado para dosificar el grado de especificidad de la medida de permanencia del hijo menor con cada uno de los progenitores, reservando las expresiones genéricas sólo para aquellos casos en que los cónyuges mantengan la capacidad de diálogo y colaboración y, por el contrario, puntualizando meticulosamente los encuentros cuando subsista una hostilidad recíproca. Obviamente no se trata de establecer una regla fija e inmutable, pero lo que no se puede pretender es omitir, al amparo de la expresión

(46) ARCERI, A., *L'affidamento condiviso: Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisis*, Milano, 2007, pág. 117, utiliza textualmente la expresión *estraneità*.

custodia compartida y con la atribución de la patria potestad a ambos progenitores, toda regulación de las relaciones personales.

6.2. LAS RELACIONES DEL MENOR CON SUS ABUELOS

La Ley 54/2006, como ponen de manifiesto algunos autores (47), no ha olvidado incluir una consideración a los abuelos.

El artículo 155.1 del Código Civil, recogiendo principios ya consagrados a nivel supranacional (48), afirma y tutela, con absoluta novedad respecto a la normativa previgente, el derecho del menor, en caso de ruptura del núcleo familiar, a conservar unas relaciones significativas con los ascendientes y parientes de cada una de las familias de sus progenitores.

La ley reguladora de la custodia compartida, por tanto, ha pretendido colmar un vacío legal que venía siendo considerado como una fractura con las más elementales nociones de la psicología infantil (49): el texto anterior del artículo 155 del Código Civil, silenciando completamente todo lo relativo a las relaciones abuelos-nietos, obligaba a la doctrina y a la jurisprudencia a buscar en el sistema normativo los principios que les permitiesen justificar el reconocimiento y tutela de unas relaciones de tanta importancia para el crecimiento y formación de la personalidad de cada persona.

Sin embargo, la disposición que ha resaltado y reconocido el papel fundamental de los abuelos en el sereno y equilibrado desarrollo psicofísico del menor es considerablemente ambigua, y no aclara, en primer lugar, si se ha reconocido a los abuelos un verdadero derecho subjetivo a una relación frecuente con sus nietos (*diritto alla frequentazione*); en segundo lugar, pese a afirmar que el menor (y no los abuelos) tiene derecho a mantener relaciones significativas con sus ascendientes, no llega a reconocer, como sí hace con respecto a los padres, la necesidad de una relación continuada. A través de estos términos se manifiesta cierta incertidumbre sobre la cualidad e intensidad de las relaciones, correspondiendo en todo caso al Juez preservar y velar por el interés superior del menor.

(47) PADALINO, *op. cit.*, pág. 25. ARCERI, A., *Codice della famiglia*, a cura de Sesta, Giuffrè, Milano, 2008, págs. 564-565.

(48) Así, la Corte Europea dei diritti dell'uomo, de 13 de junio de 2000, *Fam. e Dir.*, 2001, 5, considera que la relación entre abuelos y nietos entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 de la Convención para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales («*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*»), afirmando, en particular, que tal relación constituye un aspecto fundamental de la vida familiar, que cada Estado miembro tiene obligación de favorecer y preservar.

(49) BRECCIA, U., «Separazione personale dei coniugi», en *Digesto Disc. Civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, pág. 398.

En lo concerniente a la posición jurídica reconocida a los abuelos, el del Código Civil de 1942 no había reconocido a los mismos, a diferencia del Código de 1865, un verdadero derecho de visitas. Esta determinación, en cambio, parece estar plenamente confirmada en la Ley 54/2006. Después de una larga tramitación, se decidió intervenir consagrando, con carácter absolutamente prioritario, el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos, garantizándole así una plena protección de su interés a mantener unas relaciones que resultan fundamentales para el desarrollo de su personalidad.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que la ubicación sistemática escogida por el legislador para esta disposición es indicativa de las razones de la previsión realizada y de la finalidad de la innovación: la afirmación del derecho del menor a mantener unas relaciones significativas con sus ascendientes está inserta, no casualmente, no entre las disposiciones relativas a la filiación o a la patria potestad, sino en el núcleo del cuerpo de normas dirigidas a regular la separación conyugal, bajo el presupuesto de que en tal momento surge la más apremiante necesidad de garantizar al menor la conservación de estas relaciones, que hunden sus raíces en la tradición familiar, valor este último reconocido y tutelado por la Constitución (art. 29).

Es en este sentido en el que la norma debe ser interpretada y aplicada. El Juez podrá y deberá, en primer lugar, a instancia de parte o de oficio, y valorando mediante los instrumentos de indagación que tenga a su disposición la consistencia y naturaleza de los vínculos del menor y los miembros de las dos ramas familiares, hacer que dichos vínculos, positivos y satisfactorios para el menor, no sean interrumpidos como consecuencia del conflicto entre los progenitores.

En definitiva, parece que la expectativa (o el interés cualificado, como algún sector de la doctrina lo ha denominado) (50) de los abuelos a mantener una relación frecuente con los nietos puede encontrar protección, tras la entrada en vigor de la nueva normativa, en el caso, y solamente en el caso, de que tal relación se estime favorable para el interés del menor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. DOCTRINA ITALIANA

ANNUNZIATA, G.: *Il processo nel diritto di famiglia*, 2.^a ed. riv. e aggiornata con il commento della Legge 8 febbraio 2006, n. 54, avente ad oggetto disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli, CEDAM, Padova, 2006.

ARCERI, A.: *L'affidamento condiviso: Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisis*, Milano, 2007. *Codice della famiglia*, a cura de Sesta, Giuffré, Milano, 2008.

(50) TOMMASEO, F., *L'interesse dei minori*, pág. 298.

- AULETTA, T.: *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma: atti del Convegno di studi*, Catania, Villa Cerami, 25-27 maggio 2006, Giuffrè, Milano, 2007.
- BALESTRA, L.: «Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso», in *Famiglia*, 2006.
- BASINI: «Crisi familiare ed adempimento in unica soluzione dell'obbligo di mantenimento della prole», in *Famiglia*, 2003.
- BISCIONE, S.: *Affido condiviso - Patti di famiglia e nuove norme in tema di separazione e divorzio. Come cambia il diritto di famiglia dopo le leggi 54/2006 e 55/2006*, Napoli, 2006.
- BRECCIA, U.: «Separazione personale dei coniugi», in *Digesto Disc. Civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998.
- BUCCI, A.: «Affidamento e potestà genitoriale: tra tribunale per i minori e tribunale ordinario, alla luce della l. n. 54 del 2006», *Relazione all'incontro di studio decentrato «L'affidamento condiviso»*, Roma, 3 aprile 2006.
- CUBEDDU, M. G.: «L'assegnazione della casa familiare», in AA.VV., *L'affidamento condiviso*, a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Milano, 2006.
- DE FILIPPIS, B.: *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, 2.^a ed., CEDAM, Padova, 2007.
- DOGLIOTTI: *Affidamento condiviso e diritti dei minori: legge 8 febbraio 2006, n. 54*, Torino, 2008.
- DOSI: «Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e di divorzio: con il testo modificato del codice civile e del codice di procedura civile ed esempi di casi pratici», Giuffrè, Milano, 2006. «Separazioni, guida all'affidamento condiviso. Le regole sulla casa e sul mantenimento. Sui rapporti tra genitori e figli ogni provvedimento è reclamabile», in *Dir. e Giust.*, 2006.
- FISSORE, A.: «Le domande aventi contenuto economico: il contributo al mantenimento dei figli minorenni e maggiorenni e del coniuge. L'assegnazione della casa coniugale», in AA.VV., *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso*, Padova, 2007.
- GRAZIOSI, A.: *I processi di separazione e di divorzio*, Torino, 2008.
- LA VECCHIA, P.: *Inadempienze e violazioni nell'affidamento condiviso: con formulario e giurisprudenza: ammonizione del genitore*, Maggioli, 2007.
- MANERA, G.: *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio: disciplina processuale; affidamento dei figli di genitori non coniugati; diritto di visita dei nonni*, Maggioli, 2007.
- MARIANI, I. e PASAGNOLI, G.: *Diritti e tutele nella crisi familiare*, CEDAM, Padova, 2007.
- MASCIA, K.: *Il diritto processuale della famiglia in crisi: affidamento condiviso, separazione, divorzio*, CEDAM, Padova, 2008.
- OBERTO, G.: *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso: le riforme del diritto di famiglia viste dagli avvocati: commenti, formulari e documenti*, CEDAM, Padova, 2007.
- PADALINO, C.: *L'affidamento condiviso dei figli: commento sistematico delle nuove disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006.

PUGLIESE, C. B.: «Interesse del minore, potestà dei genitori e poteri del giudice nella nuova disciplina dell'affidamento condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54)», en *Famiglia*, 2006.

ROSSI, RITA: *Il mantenimento dei figli*, Giuffrè, Milano, 2005.

SESTA, M.: *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.^a ed., CEDAM, Padova, 2007.

SCORZA, P.: *L'udienza presidenziale nel nuovo diritto di famiglia: questioni di diritto processuale e sostanziale nella separazione e divorzio: aggiornato a L. 54/2006 (affidamento condiviso), D.L. 35/2005 conv. con modif. dalla L. 80/2005 (riforma del codice di procedura civile)*, Maggioli, 2006.

RESUMEN

FAMILIA ITALIA

La custodia de los hijos en los supuestos de ruptura de la pareja de los progenitores aparece regulada en el artículo 155-155 sexies del Código Civil italiano, habiendo sido profundamente reformada esta materia a través de la reciente Ley de 8 de febrero de 2006. La toma de conciencia por parte del legislador de la importancia de que el hijo mantuviese una relación asidua con cada uno de los progenitores, pese a haberse disgregado el núcleo familiar, le induce a explicitar modalidades distintas de aquellas que constituían la solución tradicional de la custodia exclusiva por parte de uno sólo de los padres.

Sobre la custodia alterna, en virtud de la cual el menor queda, por períodos de tiempo prefijados, al cuidado de un solo progenitor, al que le corresponderá con exclusividad e independencia del otro el ejercicio de la patria potestad, han recaído numerosas críticas, considerándola como fuente de una inestabilidad de vida tal que compromete el equilibrio del menor. Mayor interés ha suscitado, en cambio, la figura de la custodia conjunta que, en ausencia de una definición normativa, se fundamenta en la situación en la que ambos cónyuges ejercitan en común la patria potestad sobre sus hijos, siendo éstos mantenidos, instruidos y educados

ABSTRACT

FAMILY ITALY

Custody of the children when the parents break up is regulated in article 155-155 sexies of the Italian Civil Code. The subject was thoroughly reformed in the recent Act of 8 February 2006. Legislators' growing awareness of the importance of a child's maintaining an assiduous relationship with both parents despite the dissolution of the family nucleus has led to laws that explore different modes of custody from the traditional solution of exclusive custody for only one of the parents.

In alternating custody the child spends preset periods of time under the care of just one parent, who holds the exclusive right to exercise parental authority independently of the other parent. Abundant criticism has been rained on this scheme, considering alternating custody arrangements so strong a source of unstable living conditions as to compromise the child's equilibrium. More interest has been aroused by the concept of joint custody. In the absence of a legal definition, joint custody is based on the situation where both spouses exercise shared parental authority over their children, and the children are kept, instructed and educated according to a single standard both parents have agreed upon. In order to put joint custody in practice,

bajo un único proyecto alcanzado de común acuerdo. Para poder llevarlo a la práctica, la jurisprudencia ha considerado necesarias algunas condiciones, como el acuerdo de los padres para solicitar dicha custodia conjunta, la ausencia de conflictividad entre ellos, la existencia de un estilo de vida homogéneo y compatible y la cercanía de las respectivas residencias; sin embargo, estos presupuestos, verdaderamente rigurosos, no siempre se encuentran presentes en una realidad presidida por el conflicto entre los cónyuges, lo que determina, en muchos casos, un uso limitado de este tipo de medida.

case law considers that there are certain necessary conditions, such as the parents' agreement to apply for joint custody, an absence of conflict between the parents, the existence of a homogeneous, compatible lifestyle and nearness of the parents' residences. Nevertheless, these truly demanding prerequisites cannot always be met, when real conditions are dictated by the conflict between the spouses. In many cases only limited use of this sort of measure can therefore be made.

(Trabajo recibido el 22-1-2009 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)

Notas a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas

por

IVÁN ESCOBAR FORNOS

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

SUMARIO

1. IDEAS PRELIMINARES:
 - A) RELACIONES ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PRIVADO.
 - B) PLANTEAMIENTO DEL TEMA.
2. ANTECEDENTES DE LA DRITTWIRKUNG.
3. FACTORES QUE DETERMINAN LA INFLUENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS:
 - A) LA NATURALEZA FUNDAMENTAL, NORMATIVA Y SUPERIOR DE LA CONSTITUCIÓN.
 - B) LA DESIGUALDAD.
 - C) LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.
4. LA DRITTWIRKUNG DIRECTA:
 - A) IDEAS FUNDAMENTALES.
 - B) LA DRITTWIRKUNG DIRECTA EXPLICA CIERTOS PROBLEMAS Y OTORGA MAYOR EFECTIVIDAD:
 - a) *Garantiza la seguridad jurídica.*
 - b) *No es necesaria la imputación de la violación al juez.*
 - C) LA MAYOR EFECTIVIDAD DE LA DRITTWIRKUNG DIRECTA:
 - a) *Razones.*
 - b) *La mediación del legislador y el juez.*
5. RELACIONES ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, SEGÚN LA TEORÍA DE LA DRITTWIRKUNG DIRECTA:

- A) LIMITACIONES CONSENTIDAS:
 - a) *Autonomía real.*
 - b) *Dignidad humana.*
- B) LIMITACIONES NO CONSENTIDAS:
 - a) *Poder privado dominante.*
 - b) *La Dignidad humana.*
- 6. LA DRITTWIRKUNG INDIRECTA:
 - A) INTRODUCCIÓN.
 - B) LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
 - C) LA DRITTWIRKUNG INDIRECTA Y EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
 - D) MEDIACIÓN DEL LEGISLADOR.
 - E) MEDIACIÓN DEL JUEZ.
 - F) LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS PRIVADAS ARTICULADAS CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
- 7. LA DRITTWIRKUNG Y LA JURISPRUDENCIA EN LA CORTE INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:
 - A) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
- 8. LA DRITTWIRKUNG EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE:
 - 1. INTRODUCCIÓN.
 - 2. ALGUNOS CASOS REGULADOS O NO POR LA LEY Y DE APLICACIÓN DIRECTA:
 - a) *Contratación.*
 - b) *Investigación de la paternidad.*
 - c) *Alimentos.*
 - d) *Sucesiones intestadas.*
 - e) *Apelación.*
 - f) *Consumidores.*
 - g) *Ambiente.*
 - h) *Asociaciones y sociedades.*
 - i) *Condiciones generales de la contratación.*
 - j) *La prueba.*

1. IDEAS PRELIMINARES

A) RELACIONES ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PRIVADO

Tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Privado han progresado y en ese progreso la relación entre ellos se fortalece, dentro de un equilibrio y complementariedad. Los dos se enriquecen mutuamente y tienen importancia fundamental entre ellos. Se ensancha el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales y se logra la actualización del Derecho Privado de acuerdo a los valores que inspiran a la Constitución, lo que por la estruc-

tura abierta de sus normas y los conceptos indeterminados, se actualiza más rápido a los nuevos tiempos que el Derecho Privado. Al principio el Derecho Constitucional no tenía rango constitucional, la generalidad de sus normas era programática y faltaba una jurisdicción constitucional. Pero en la actualidad, las constituciones han experimentado una transformación importante, que Konrad HESSE, citando a un autor alemán, expresa que son similares a la Biblia y tienen una autoridad suprema. Estas constituciones han adquirido aplicación inmediata, sus disposiciones sirven de parámetros para las decisiones judiciales y tienen una gran importancia para la vida de la comunidad y para el Derecho Privado.

Pero también el Derecho Privado ha sufrido profundas transformaciones. Las grandes mayorías de personas económicamente dependientes y no autónomas han cambiado los ideales de la época de la sociedad burguesa incorporados al Código Civil, la socialización del Derecho es una fuerza determinante del ordenamiento jurídico, todo lo que ha provocado la separación del Derecho Civil del Derecho del Trabajo y de otras ramas del ordenamiento jurídico, conduciendo a la desintegración de la unidad del viejo sistema del Derecho Privado y el debilitamiento de sus clásicos conceptos fundamentales. El Derecho Civil desarrolla una ética social de solidaridad en la que no es responsable sólo el poder público, sino también la sociedad que responde por cada uno de sus miembros. De esta manera la defensa de los débiles también le corresponde al Derecho Privado, atiende a la justicia social, pasa a tener un carácter tutelar, delimitador, contrario a los abusos.

La influencia del Derecho Constitucional en el Derecho Privado no significa que toda Constitución no deje espacios en blanco, que fundamente y regule todo el Derecho y, como consecuencia, también el ordenamiento jurídico privado. La Constitución es un orden jurídico fundamental de la sociedad, pero no regula todo, sino sólo aspectos particularmente importantes para la vida de la sociedad y del Estado, dejando el resto de la normatividad a los poderes del Estado, en especial al Poder Legislativo.

El Derecho Constitucional interviene en el Derecho Privado garantizando, orientando e impulsando de la manera siguiente: *a)* La Constitución establece las condiciones para ser efectivos los institutos jurídico-privados y los protege de una supresión o de una anulación o desnaturalización del Derecho Privado mediante leyes ordinarias. *b)* La Constitución garantiza la dignidad humana como fundamento de todo el Derecho y, como consecuencia, el Derecho Privado. *c)* Protege a la persona y su libertad no sólo frente al Estado, sino también de las lesiones que proceden de los particulares. *d)* La Constitución sirve de guía al Derecho Privado, ofrece directrices que son importantes para el avance del Derecho Privado, por eso se le ha calificado al Derecho Constitucional como motor de cambio de la legislación jurídico-privado.

Es muy importante la trascendencia del Derecho Privado en el Derecho Constitucional al permitir el desarrollo de muchas libertades y derechos fundamentales que sin la reglamentación del Derecho Privado éstos no podrían realizarse como el matrimonio, la herencia, la familia, etc., igual con otras libertades como, por ejemplo, la libertad contractual y la libertad de asociación.

Konrad HESSE (1) detalla la historia de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado. Expresa que la Alemania del siglo XIX es la de las primeras constituciones modernas, las que en sus derechos fundamentales parten de la libertad e igualdad del ciudadano; los cuerpos legislativos representativos legislan y configuran también el Derecho Privado. En este siglo se desarrolla el Derecho Privado, perfilado por las importantes codificaciones y por la ciencia jurídica, el que descansa en los principios de libertad e igualdad. En este mismo siglo se produce el cambio de la sociedad feudal-estamental en la burguesa, que encuentra su expresión en el Derecho Privado y en las nuevas Constituciones. Desde un principio, pues, existe una relación estrecha y necesaria entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado.

Sostiene que la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado puede tener dos direcciones: *a)* El Derecho Constitucional puede asumir la función de guía pionera y conducir a una nueva configuración del Derecho, sea mediante modificaciones inmediatas, derogatorias, sea mediante un mandato obligatorio al legislador para que proceda a tales modificaciones, sea, al menos, mediante las directrices e impulsos que contenga para la configuración del Derecho Privado. *b)* El Derecho Constitucional puede limitarse, y esto es la regla, a una función preservadora, de salvaguardar, con la cual protege el Derecho Privado preexistente frente a la suspensión y modificación por parte del legislador. En el comienzo de la Revolución francesa pueden verse ambas funciones: la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y las primeras constituciones revolucionarias proporcionaron los presupuestos y los fundamentos para la legislación de Derecho Privado del Código de Napoleón y determinaron sus coordenadas. Después en la Restauración, la función esencial de la Constitución consistió en la garantía del ordenamiento jurídico-privado recién instituido y la Carta de 1814 aseguraba en sus derechos fundamentales esenciales de ese ordenamiento frente a simples modificaciones o suspensiones.

A su vez, asegura que en tiempos recientes el Derecho Constitucional ha recibido nuevos e importantes impulsos del Derecho Privado.

(1) «Derecho Constitucional y Derecho Privado. Derecho Constitucional y Derecho Civil». Cuaderno Civitas, Madrid., 1995, *ob. cit.*, págs. 34, 44 y 45.

B) PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Los derechos fundamentales y libertades tienen en el Derecho Constitucional moderno su primera proyección sobre los poderes del Estado, como destinatarios a respetarlos: al Poder Legislativo, al Jurídico y al Poder Ejecutivo. Una mayoría de las constituciones así lo establecen (2).

Con el desarrollo de la industria, el comercio, el avance de la ciencia y la tecnología han surgido poderosas corporaciones nacionales e internacionales, comerciantes, asociaciones, empresarios asociados o individuales, que acumulan poderes económicos, políticos y sociales. Se ha comprobado en la práctica que estas organizaciones también violan los derechos humanos, por lo que se ha sentido la necesidad de poder dirigir el amparo en contra de ellos. No sólo el Estado está vinculado al cumplimiento de los derechos fundamentales, sino también los particulares. Esta es la segunda proyección del Derecho Constitucional moderno: la mayor intensidad y ampliación de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Privado.

Entonces el problema de esta vinculación gira en torno a la solución del conflicto entre sujetos privados que invocan derechos fundamentales en sus relaciones privadas para la cual habrá que realizar una ponderación que determine cuál de los derechos prevalece.

Pero el problema surge con relación a la intensidad y formas de aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y salta a la vista la pregunta siguiente: ¿Se aplican directamente los derechos fundamentales en las relaciones privadas o a través de la ley y en defecto de ésta por el juez?

En torno al tema se han formulado dos teorías: la teoría de la *Drittwirkung* directa, que sostiene la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y la *Drittwirkung* indirecta que sostiene que se aplican indirectamente.

Según SCHNEIDER en este tema se han escrito centenares de libros y estudios que podría llenar las bibliotecas de la Alemania Federal (3).

(2) El artículo 53.1 de la Constitución Española vigente dispone que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a los poderes públicos; el artículo 1.3 de la Constitución alemana reza que «los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial a título de derechos directamente aplicables».

(3) Hans PETER SCHNEIDER, *Democracia y Constitución. «Peculiaridad y función de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático»* (Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, pág. 135). Sin embargo, Konrad HESSE expresa que frente a lo que ocurre con la cuestión general de las relaciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado, cuyo comentario ocupa volúmenes, llama la atención que haya habido hasta ahora un tratamiento tan escaso en la relación del Derecho Constitucional con el Derecho Privado (*Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, España, 1995, pág. 31).

Las dos tesis entraron en una acalorada pugna, en la que la tesis directa no resultó favorecida, pero en la actualidad existe aceptación general de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, aunque aún existen roses entre ellas.

Esta pugna ha sido provechosa porque ambas partes han aportado conceptos, principios y soluciones para la construcción de los efectos en las relaciones privadas, además han logrado coincidir en algunos puntos la aplicación indiscriminada de los derechos fundamentales no es aceptada por ambas tesis y procuran las soluciones justas; los partidarios de la tesis directa e indirecta consideran relevante la posición de predominio de una de las partes sobre la otra para deslegitimar el acto o contrato; y algunos autores de la tesis indirecta admiten la aplicación directa en forma subsidiaria para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales; la tesis directa e indirecta estiman que la mediación del legislador es la mejor solución; la dignidad y la autonomía real son elementos fundamentales de ambas teorías. No obstante, la confrontación continúa y se logran nuevos aportes e incluso variantes y nuevas soluciones. Por tal razón haremos un breve estudio de ellas.

2. ANTECEDENTES DE LA DRITTWIRKUNG

En los Estados Unidos de América se encuentran los antecedentes de esta teoría. En el año de 1875 el Congreso dicta la Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act), lo que para nosotros equivale a los derechos fundamentales. Fue la última ley del programa de Leyes de Reconstrucción constitucional, institucional, económica y social del país, en la que se consagraban algunos espacios de igualdad como la discriminación en lugares públicos de diversión: teatros, albergues. Se sancionaba la violación como falta y se concedió a las personas ofendidas una indemnización por quinientos dólares. Dicha ley fue declarada inconstitucional por sentencia del Tribunal Supremo en 1883, en la que en resumen dijo que: las leyes federales sobre derechos civiles se aplican a las autoridades y funcionarios y no a los particulares, la que impedía al Congreso combatir la discriminación entre particulares fundado en las enmiendas XIII y XIV; la negativa de una persona o institución a permitir a un negro el uso de un medio de transporte o de un lugar de recrear, no tiene que ver con la esclavitud, para lo cual estaban previstas las señaladas enmiendas. Ésta tiene como antecedente el caso *States vs. Cruikshank* de 1876.

Ante las presiones políticas de los afroamericanos y los constantes reclamos políticos y judiciales, el Tribunal Supremo principió a pronunciarse sobre aspectos sociales. Se había generalizado la negativa de los propietarios a alquilar a los negros o bien obligar a los compradores de inmuebles a no venderlos o alquilarlos a negros. Estas cláusulas restrictivas desde el punto de

vista racial se les denominaba *racially restructure convenat*. El Tribunal Supremo en el caso *Buchanan vs. Warley* (1917) declaró inconstitucional una ordenanza local que prohibía a personas de determinada raza (blanco o negro) ocupar locales o viviendas en edificios o zonas habitados mayoritariamente por otra raza. Argumenta que el poder público no podía limitar el derecho del vendedor a disponer de su propiedad por motivos raciales.

El pequeño paso hacia adelante se cae en *Cardigan vs. Buckey* (1920), al expresar que las enmiendas V y XIV sólo se aplicaban a los poderes públicos y, como consecuencia, no prohíbe a los particulares celebrar contratos discriminatorios.

Pero veintidós años después se deroga la anterior sentencia en el caso *Shelly vs. Kraumer* (1948), al prohibir a los Estados la ejecución de esos convenios discriminatorios.

Luego la Suprema Corte de Justicia avanzó combatiendo la discriminación. En estos últimos tiempos, en materia política, la integración de las razas y por primera vez en la historia de ese país, un negro, como Barack Obama es Presidente de la República.

En Alemania, la Constitución de Weimar no modificó la tesis de que los derechos públicos subjetivos sólo eran oponibles a terceros, a pesar que existían algunos artículos que permitían la aplicación de algunos derechos fundamentales en las relaciones privadas: el artículo 118 permitía la aplicación de la libertad de expresión del pensamiento en el ámbito de las relaciones laborales y económicas; y el artículo 159 que establecía una garantía de la libertad de asociación frente a las restricciones de naturaleza privada.

Lo expuesto en estos artículos se consideraba como excepciones a la regla de oponibilidad únicamente al Estado. Pero dan la oportunidad para que principien a penetrar ciertos derechos en las relaciones privadas de una forma tímida.

Es después de la Segunda Guerra Mundial que la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales se desarrolla por el Derecho Constitucional. Es cierto que en los Estados Unidos ya se había discutido este tema, pero dentro de una perspectiva particular a través de la *state action* que requiere la presencia del Estado para que se realice la violación constitucional, a diferencia de los países europeos, que aceptan los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

El artículo 3.2 de la Ley Fundamental de la República Federal alemana establece que el hombre y la mujer gozaban de los mismos derechos, lo que daba pie a una igualdad salarial entre el hombre y la mujer que desempeñaba el mismo trabajo. Se desarrolla un debate. NIPPERDEY sostiene los efectos directos (4) de los derechos fundamentales hacia terceros y, como consecuencia de ello, debe existir paridad salarial; los partidarios del Derecho Privado

(4) Así lo expresa en su famosa disertación de 1950, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*.

se opusieron tenazmente a esta tesis. Los argumentos de Nipperdey fueron acogidos por el Tribunal Federal del Trabajo (5).

Con posterioridad el 15 de enero de 1958 se falla el famoso juicio Lüth, en donde el Tribunal se inclina a favor de la eficacia directa de los derechos fundamentales.

Erich Lüth era un judío que había sufrido bajo el régimen nacionalsocialista de Hitler. Era portavoz del Senado de Hamburgo, el Gobierno del Land. Extrañado observaba cómo aquellos comprometidos con el régimen nazi, salían de sus escondites y volvían a figurar en la vida pública de Alemania. Uno de ellos era Veith Horlan que había presentado en las salas de cine una película antisemita (*Jud Süß*), y que además había producido un nuevo film con un nombre aparentemente sin mensaje político titulado «La Amada Inmortal».

Lüth considera que era escandaloso que un antiguo director de cine nazi regresara a la profesión y presentara películas sin aparente significado político, quizá transmitiendo el contenido ideológico nazi, por lo cual decidió desarrollar públicamente un boicot de la película.

Este boicot, de acuerdo con el Código Civil, era contrario a las buenas costumbres y, por consiguiente, antijurídico, por lo que el juez declaró al boicot contrario al Derecho.

Al llegar el caso al Tribunal Constitucional consideró que Lüth invocaba el interés público, no tenía fines lucrativos, vio el boicot no para competir y sus propósitos eran alertar a la opinión pública de una amenaza a la libertad, argumentos que fueron aceptados. Expresa el Tribunal en una de sus partes: «Es, sin embargo, igualmente cierto que la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores (...) ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Así influye evidentemente también en el Derecho Civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él, todas deben ser interpretadas según su espíritu».

Esta tesis posteriormente fue desarrollada por el Tribunal Constitucional y se conoce bajo el nombre de eficacia frente a terceros (*Drittwirkung der Grundrechte*).

La tesis de la eficacia mediata o indirecta alemana, posteriormente es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia española en varias sentencias

(5) Sentencia de 18 de enero de 1955.

y el artículo 86.1 de la Constitución de Colombia se consagra la acción de tutela en contra de los particulares bajo ciertas condiciones, asimismo en el artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de Costa Rica se contempla el amparo contra los particulares, también bajo ciertas circunstancias. En ambos países existe doctrina y jurisprudencia sobre el tema.

La oposición a la *Drittwirkung* surge a raíz de la aplicación del artículo 3.2 de la Constitución de Alemania en las relaciones laborales, cuando Nipperdey se pronuncia a favor de dicha disposición. Esta oposición niega cualquier posibilidad a una *Drittwirkung* que no sea fundamentada en que los derechos fundamentales son exclusivamente oponibles al Estado.

Entre los argumentos que esgrimían se encuentran los siguientes: solamente son aplicables los derechos fundamentales a los particulares si así lo dispone expresamente el texto constitucional; está en oposición a la historia y al concepto de los derechos fundamentales; los constituyentes la omitieron porque no pensaban siquiera consagrarla; destruye la autonomía privada y podría destruir el Derecho Privado, ya que los jueces podrían motivar sus resoluciones directamente en la Constitución prescindiendo de las regulaciones legales, quitándole al Poder Legislativo legitimidad democrática, la libertad de configurar y regular los hechos sociales, trasladando el debate democrático a los jueces, lo que puede dar lugar a un Estado judicial, algo equivalente al gobierno de los jueces.

3. FACTORES QUE DETERMINAN LA INFLUENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES PRIVADAS

A) LA NATURALEZA FUNDAMENTAL, NORMATIVA Y SUPERIOR DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es fundamental, ya que organiza e integra políticamente a la comunidad mediante un sistema de gobierno, reconoce los derechos humanos y establece un sistema de defensa de éstos. Es normativa porque generalmente van dirigidos a los poderes del Estado, aunque algunos se dirigen a los particulares para regular las relaciones entre los particulares. Es superior en jerarquía porque no existe otra norma jurídica superior a ella, por lo que todo el ordenamiento jurídico debe someterse a sus disposiciones bajo la sanción de nulidad (6).

La naturaleza fundamental, normativa y superior de la Constitución se proyecta sobre todas las ramas del Derecho en el proceso de creación, aplicación e interpretación normativa y permea y condiciona todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el Derecho Privado, con la extensión que veremos más adelante.

(6) Artículo 82 de la Constitución.

B) LA DESIGUALDAD

Estimulados por el avance de la ciencia, de la tecnología, la rapidez de las comunicaciones, dentro de una sociedad globalizada, donde el saber es la verdadera riqueza, se han levantado corporaciones, asociaciones, consorcios, empresas individuales, monopolios, carteles, etc., que acumulan poderes económicos, sociales, políticos, culturales, tecnológicos y científicos, lo que produce una desigualdad con el hombre corriente, el de la calle, el consumidor. En esta posición de superioridad les resulta fácil violar los derechos fundamentales de los particulares, como así se ha demostrado en la práctica y en los tribunales. De aquí la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

C) LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El artículo 130 de la Constitución dispone que «la nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho».

Este es un Estado interventor, no permanece pasivo, dejan que el mercado y la sociedad jueguen dentro de un exceso de libertad, dejándolos sin control. Busca un punto de equilibrio entre la libertad y la igualdad, protegiendo al más débil, sin destruir la libertad. Esta concepción favorece la aplicación de los derechos humanos en las relaciones particulares.

4. LA DRITTWIRKUNG DIRECTA

A) IDEAS FUNDAMENTALES

Nipperdey inicia esta teoría con ocasión del derecho de igualdad contemplado en el artículo 3.2 de la Constitución alemana, aplicándolo a la igualdad salarial (7).

Trataremos de hacer un apretado resumen de esta teoría.

NIPPERDEY observa que las disposiciones constitucionales tienen un contenido diverso entre sí, por lo que su significación, modo y grado de acción han de verificarse detalladamente en el caso particular, por lo que no se puede afirmar una eficacia absoluta de todos los derechos fundamentales; pero en lo general esos derechos fundamentales auténticos y clásicos son derechos

(7) El artículo 82, inc. 2 de nuestra Constitución regula la aplicación concreta de igualdad salarial de los trabajadores en idénticas condiciones, y en el principio XI del Código del Trabajo se consagra la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo y el trato de conformidad con lo establecido en la Constitución.

públicos subjetivos del individuo frente a los poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los que quedan vinculados a su cumplimiento, pues con ellos se pretende vincular al poder público y no están destinados al tráfico jurídico privado. Pone como ejemplo de estos derechos: la libertad de reunión, consagrado en el artículo 53 de nuestra Constitución; la libertad de circulación, consagrado en el artículo 31 de nuestra Constitución; la libertad del domicilio, consagrado en el artículo 26.2 de nuestra Constitución; la propiedad privada, consagrado en el artículo 44 de nuestra Constitución; el derecho a la nacionalidad, consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución; y el derecho de petición, consagrado en el artículo 52 de nuestra Constitución.

Pero afirma que existen derechos fundamentales que se proyectan en la esfera jurídico-privada, sobre un *estatus socialitis*, en virtud de la irradiación que despliegan sobre el conjunto del ordenamiento jurídico, lo cual permite una violación directa (no indirecta) de los particulares a los derechos fundamentales. Cita los ejemplos siguientes: la protección de la dignidad humana, consagrado en el artículo 5 de nuestra Constitución; la prohibición de la discriminación, consagrada en el artículo 27 de nuestra Constitución; la libertad de expresión, consagrada en el artículo 30 de nuestra Constitución.

NIPPERDEY insiste que la aplicación directa de los derechos fundamentales no pone en peligro la autonomía privada, pues dicha aplicación debe realizarse respetando el desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 2.1 de la Constitución, lo que supone la constitucionalización de la autonomía privada.

No acepta que se le niegue a los particulares la facultad de disponer de su esfera jurídica, al consentir determinadas restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico, lo cual les privaría de tales derechos, que son y se justifican como garantías e instrumentos de la protección individual.

Le preocupa mucho la compatibilidad entre la aplicación directa y la autonomía de la voluntad. Trata de justificarla esgrimiendo dos razones: a) Los derechos fundamentales se aplican en forma selectiva y no indiscriminada, en cualquier caso, circunstancia y a todas las relaciones privadas. No todos los derechos fundamentales se aplican en cualquier conflicto privado. b) El concepto restrictivo actual de autonomía de la voluntad, influenciada por la idea social del derecho.

Ante la injusticia de la ética liberal formal surge la ética material de la responsabilidad social. Se produce la materialización del Derecho, la que tiene manifestación en la contratación, de la cual surge la distinción entre la libertad de decisión jurídica formal y la libertad de decisión fáctica o material en la contratación, dando lugar a distintas soluciones. Cuando una de las partes impugna de nulo el contrato porque contrato bajo la presión de la otra parte poderosa, el contrato es válido si prevalece el principio de la au-

tonomía formal; por el contrario prevalece el principio de la libertad contractual material, el contrato es nulo.

Expresa que su teoría refuerza la autonomía privada y especialmente la libertad contractual, la que funciona incluso frente a los poderes sociales y a las posiciones de poder fáctico de los particulares. Propone para ello la invocación directa de los derechos fundamentales.

B) LA DRITTWIRKUNG DIRECTA EXPLICA CIERTOS PROBLEMAS Y OTORGA MAYOR EFECTIVIDAD

a) *Garantiza la seguridad jurídica*

La seguridad jurídica es uno de los valores principales del Derecho, especialmente el Constitucional, y su garantía es primordial para el normal y justo funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Los defensores de la teoría directa sostienen que corrige los problemas teóricos de la mediata: la seguridad jurídica y la imputación de la violación al juez. Pero no sólo corrige esos problemas, sino también le otorga máxima efectividad a los derechos fundamentales, convirtiendo la tesis directa en un requisito de máxima seguridad de los derechos fundamentales.

Sin embargo, los partidarios de la tesis mediata sostienen que su tesis debe preferirse y rechazarse la inmediata, porque limita el riesgo de un excesivo margen de discrecionalidad del juez (que puede llegar hasta la arbitrariedad), al ponderar los derechos en conflicto. Por tal razón consideran que deben invocarse normas jurídicas privadas para evitar una excesiva libertad de interpretación. En la aplicación mediata, la amplitud de actuación e interpretación del juez es amplia en cuanto a los conceptos indeterminados y las normas generales en los casos en litigio. Por ejemplo, para especificar el significado de las buenas costumbres, la buena fe y el orden público, el juez goza de amplitud, pero debe tener presente los valores constitucionales y concretamente los derivados de los derechos fundamentales.

Si tanto la teoría de la aplicación directa como la indirecta permiten amplitud al juez, no es argumento para descartar a la primera, el activismo del juez. Por otra parte, en el Estado Constitucional, el papel central y relevante del juez es parte de su esencia.

b) *No es necesaria la imputación de la violación al juez*

En la sentencia del caso Lüth se afirma que el juez civil está vinculado a los derechos fundamentales (8) y al aplicar las disposiciones jurídicas pri-

(8) Artículo 31 de la Ley Fundamental.

vadas debe tener en cuenta el grado de influencia de ellos. En base a lo expuesto, la *Drittwirkung* indirecta atribuye al juez la violación del derecho fundamental, si no respeta tal criterio y su sentencia ignora la influencia de la Constitución sobre las normas civiles.

Con este criterio se satisface al reclamante del derecho violado, se evita la eficacia directa de los derechos fundamentales y se abre la vía del amparo.

Pero no explica cómo es posible que el juez sea el violador de los derechos fundamentales, cuando esta violación se realizó antes del conflicto judicial en la relación entre los particulares.

De la expresada solución, guardan distancia aquellas legislaciones como la de Costa Rica, Argentina y otros países en que el amparo se puede dirigir en contra de los particulares que ocupan una posición superior en la sociedad, sin esperar la intervención judicial para llegar al amparo como único vehículo para legitimarse en este recurso.

La *Drittwirkung* parte de la idea de que la violación proviene de la ley por su error u omisión y del juez que posteriormente no corrige al decidir el conflicto, a quien se le atribuye la violación. No es primero la violación de los derechos fundamentales de las partes en sus relaciones privadas y después su corrección ante el juez, sino que la violación surge después con la decisión del juez.

C) LA MAYOR EFECTIVIDAD DE LA DRITTWIRKUNG DIRECTA

a) *Razones*

Los partidarios de esta tesis sostienen que concede mayor efectividad a los derechos fundamentales porque soluciona los conflictos en que existe una desigualdad entre las partes y no subordina la aplicación de los derechos fundamentales a la mediación del legislador y del juez.

Esta protección se logra de la manera siguiente: a) Los partidarios de la *Drittwirkung* inmediata no estiman a los derechos fundamentales como normas de interpretación que oriente una aplicación del Derecho Civil, sino como norma aplicable directamente en este mismo ámbito, ya que en el Derecho Privado se pueden vulnerar los derechos fundamentales por aquellos sujetos que ostentan un poder social. Si los derechos fundamentales son valores superiores del ordenamiento es admisible que se exija su aplicación directa en las relaciones privadas.

La incorporación de los derechos fundamentales a la Constitución han transformado a ésta en una norma que no sólo contiene la organización del Estado, sino que pretende construir un nuevo orden en la sociedad e imponerse en todas las ramas del Derecho, brindando protección en todos los ámbitos de la

vida. Esta superioridad de la Constitución y su función protectora exigen la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

De esta manera se puede controlar el poder privado en aquellas situaciones en que la libertad individual y la autonomía de la voluntad se encuentran sometidas a un poder superior, convirtiéndolas en expresiones formales y no reales.

b) *La mediación del legislador y el juez*

Los partidarios de la *Drittwirkung* directa no condicionan su eficacia inmediata a la mediación previa del legislador y en su defecto del juez. Pero es indudable que cuando existe una norma aplicable, el conflicto entre el derecho invocado por una de las partes y la autonomía privadas por la otra, el caso se resolverá de acuerdo a dicha ley. Si no existe regulación del caso, la norma constitucional que recoge el Derecho será aplicada directamente y no como criterio hermenéutico para concretar los preceptos determinados o las normas generales del Derecho Privado.

Se considera la ley como la mejor solución para relaciones privadas, lo cual es compartido con la *Drittwirkung* indirecta, pero no se puede estimar como un requisito indispensable, pues en su ausencia ni los actos de los particulares ni la propia norma de las relaciones privadas estarían vinculados a los derechos fundamentales.

Los partidarios de la tesis mediata aceptan una aplicación inmediata subsidiaria, en el caso en que el Derecho Privado no ofrece ninguna respuesta a los derechos fundamentales, para evitar que la inexistencia de una norma sea requisito para su aplicación.

5. RELACIONES ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, SEGÚN LA TEORÍA DE LA DRITTWIRKUNG DIRECTA

Al articular la aplicación inmediata y la autonomía de la voluntad podemos distinguir las limitaciones de los derechos fundamentales consentidos por la parte afectada y las restricciones impuestas por una de las partes, pero no consentida por la otra.

A) LIMITACIONES CONSENTIDAS

¿Hasta dónde, en los convenios y contratos, pueden limitarse los derechos fundamentales? En otras palabras, ¿en qué medida una persona puede, en ejercicio de la libertad contractual, renunciar válidamente a la protección

de un derecho fundamental? En principio, las partes son libres de adquirir derecho y contraer obligaciones libremente, siempre que el contrato se haya celebrado libremente.

Los partidarios de la aplicación directa reconocen que la aplicación indirecta puede entrar en conflicto con la libertad contractual, la que también merece protección.

No es posible una aplicación sistemática de los derechos fundamentales para invalidar cualquier pacto que limite a algunos de estos derechos de las partes. Por tal razón, la aplicación no puede ser automática sino articulada con el principio de autonomía privada, estudiando las circunstancias que rodean el caso y teniendo además en cuenta dos criterios fundamentales de valoración, la autonomía real y el respeto a la dignidad humana.

a) *Autonomía real*

Para la *Drittwirkung* la autonomía real es fundamental para la aplicación de los derechos fundamentales, de manera que si una de las partes se encuentra en disposición de inferioridad frente a la otra que goza de un poder privado superior, no existe autonomía de la voluntad, por lo que sólo es admisible y válida la renuncia del ejercicio de un derecho fundamental cuando existe igualdad entre las partes de hecho y de derecho.

Cuando el contratante renuncia o limita su derecho fundamental frente a la otra parte poderosa deberá considerarse nulo el contrato o la cláusula, porque el débil no actuó libremente en el ejercicio de su libertad contractual.

b) *Dignidad humana*

La base de los derechos fundamentales y de los valores superiores del ordenamiento jurídico es la dignidad humana.

NIPPERDEY parte de la idea fundamental de que la dignidad humana no sólo es invocable y vinculante frente a los poderes públicos, sino que también vincula a los particulares, pues de otro modo no sería posible afirmar que la dignidad humana representa el fundamento del ordenamiento jurídico. Por tal razón, no es válida la renuncia contractual que vulnere la dignidad humana.

Representa un derecho subjetivo absoluto, irrenunciable el que puede ejercerse frente al Estado y los particulares en el tráfico jurídico privado.

Es difícil determinar el contenido de la dignidad humana para establecer si en un determinado caso una limitación consentida de un derecho fundamental encierra una violación. Es tan importante que forma parte tanto de la teoría directa como de la indirecta.

Podemos decir que la dignidad humana tiene como núcleo duro la libre elección del individuo de sus ideas, la escogencia del programa del desenvolvimiento de su vida, la selección de sus valores y el derecho a que se respeten.

B) LIMITACIONES NO CONSENTIDAS

La autonomía privada se manifiesta en el derecho de contratar, abstenerse de contratar, seleccionar con quién se quiere contratar y excluir de lo conve-nido a todas las demás personas dentro del límite de las normas imperativas.

En la relación entre la libertad de contratación y el principio de igualdad, saltan dos preguntas a la vista: ¿En qué medida a las personas excluidas del contrato se les vulnera su derecho a no ser discriminado? ¿Los sujetos pasivos de la misma relación o bien de relaciones independientes tienen el derecho a ser tratados igualmente?

La colisión entre la libre contratación y el principio de igualdad puede conducir a la destrucción de la autonomía privada, por lo que debe actuarse con mucho cuidado mediante soluciones moderadas.

La doctrina distingue dos aspectos del principio de igualdad: el principio general de igualdad y la prohibición de discriminación por determinadas causas, ambos aspectos consagrados en el artículo 27 de nuestra Constitución, aunque no contemplados todos los motivos que pueden dar lugar a una discriminación.

Se suele admitir que el principio de igualdad, como norma general de tratamiento igual, se dirige exclusivamente al Estado y no es extensiva a los particulares, por la alta relevancia del principio de la autonomía en el ámbito privado.

El principio de igualdad general, como trato igual, obliga a los poderes del Estado a respetarlo e incluso a promover una libertad real en el Estado Social de Derecho. No vincula a los sujetos privados, pero sí por las prohibiciones discriminatorias contrarias al orden público como las establecidas en el artículo 27 citado, entre otras.

El Estado no puede exigir a los particulares que sus relaciones privadas, regidas por el principio de la autonomía de la libertad, se sometan a la exigencia del principio de igualdad general. Por ejemplo, no se puede obligar a un acreedor que condona la deuda a un deudor, a condonar la deuda a otro de sus deudores; que por haber liberado los intereses a un deudor libere de los intereses a otros de sus deudores; que el acreedor al no ser exigente con un deudor, lo sea también con los otros. De no ser así, la autonomía privada quedaría sin efecto. Los sujetos privados no tienen derecho a exigir de otro particular un tratamiento igual al que se le otorga a otro.

Los partidarios de la teoría directa admiten como salvedad el caso del sujeto privado que tiene un monopolio o presta un servicio público (salud, educación, telefonía, agua, correo, transporte), excepción que confirma la regla, por lo que los particulares pueden exigir un trato igual.

La prohibición de discriminación puede vincular a los particulares, criterio compartido por la tesis directa e indirecta.

Es importante establecer los criterios relevantes para determinar si existe una discriminación contraria al orden público constitucional, para lo cual nos valemos de dos elementos: el poder privado dominante y la dignidad humana.

a) *Poder privado dominante*

Cuando se produce un conflicto sobre las limitaciones no consentidas debe tener en cuenta el poder dominante de uno para determinar la discriminación que invoca la otra parte. Debe protegerse al débil tanto en la *Drittwirkung* directa e indirecta.

La autonomía privada no puede, de acuerdo con el artículo 27 de nuestra Constitución, dar lugar a discriminaciones contrarias a las consagradas: el nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social o cualquier otra que ofende el orden público, estas posiciones de poder se manifiestan en los monopolios u oligopolios que han dominado nuestra economía y política desde la independencia.

b) *La dignidad humana*

La tesis directa o indirecta estiman a la dignidad humana como fundamental para determinar la eficacia del principio de igualdad en las relaciones privadas. Es ilícita y, por tal razón, inadmisibles, la negativa a contratar contraria a la dignidad del discriminado que fue rechazado a la contratación.

NIPPERDEY expresa que la aplicación del artículo 3 de la Constitución que consagra el principio de igualdad y no discriminación no debe conducir a una limitación indebida de la libertad contractual jurídico-privada, garantizada por el artículo 2.1 de la misma. Si en el ámbito del Derecho Laboral, la libertad contractual debe ceder ante la discriminación de la prohibición en general, se puede afirmar que en caso de duda, prevalece la presunción de libertad.

6. LA DRITTWIRKUNG INDIRECTA

A) INTRODUCCIÓN

Si la Drittwirkung directa la inicia NIPPERDEY, la indirecta la formula G. DÜRIG, quien es su principal defensor.

Según este autor los derechos fundamentales se aplican en el Derecho Privado por medio de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos capaces y necesitados de ser colmados valorativamente. Sostiene que la dignidad consagrada en la Constitución no se contrae a obligar al Estado a tomar una actitud negativa consistente en no violar la dignidad humana y los derechos fundamentales con los cuales está ligado, sino también siempre debe protección y tutela de los valores que los derechos fundamentales y la dignidad humana colocan en la base del ordenamiento jurídico. Esta protección estatal corresponde ante todo a la jurisdicción ordenar. Este deber de protección estatal cambia de intensidad si es dirigido al Estado o contra terceros, ya que en el Derecho Privado existe la limitación de la autonomía de la voluntad, una expresión de la dignidad humana. Las cláusulas generales reconocidas por la doctrina son: la buena fe, las buenas costumbres (9).

B) LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas encuentra un serio obstáculo en la autonomía de la libertad, piedra angular del Derecho Privado.

El principio de la autonomía de la voluntad parte de la idea de que las partes se encuentran en pie de igualdad y como tales pueden pactar lo más conveniente y justo, por lo que la ley debe permanecer al margen de la contratación. Las partes son libres y capaces para defender sus intereses sin límites de parte del Estado.

Nuestro Código Civil, de stirpe liberal, producto de la Revolución Liberal de 1893, estableció en el artículo 2.437 la autonomía de la libertad al disponer que: «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público».

De acuerdo a la libre contratación, las partes pueden celebrar todo tipo de negocios jurídicos, regulados o no regulados por la ley, establecer sus efectos,

(9) Para profundizar, véanse: Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los Derechos Fundamentales de las relaciones entre particulares: La buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 169 y sigs. Alexei JULIO ESTRADA, «La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares», *ob. cit.*, pág. 109 y sigs.).

contenido y duración; por lo que las leyes que los rigen son supletorias, aplicándose en el silencio de las partes. Aun en la teoría clásica a que me he referido, la autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones establecidas en el mismo artículo 2.437: las leyes imperativas y prohibitivas, la moral y el orden público.

Nuestra Constitución no establece expresamente el principio de la autonomía privada, pero puede deducirse de la garantía de la libre empresa (10), de la consagración de las libertades individuales (11), de la propiedad privada (12) y de la dignidad (13).

La crítica a la *Drittwirkung*, primordialmente sobre la inmediata, de los derechos fundamentales, básicamente se fundamenta en las razones siguientes: a) Si se acepta que los particulares en sus relaciones privadas se encuentran vinculados a los derechos fundamentales en la medida que lo están los poderes públicos, no podrían organizar libremente sus relaciones y, por lo tanto, se vulneraría el principio de la autonomía de la voluntad. b) La aceptación de este concepto acarrearía graves consecuencias: i) Las partes en sus relaciones privadas tendrían que someterse al respeto de los derechos fundamentales de las otras personas y en dichas relaciones tendría que hacer prevalecer el principio de igualdad sobre el de la autonomía de la voluntad. De manera que se terminaría con el tráfico jurídico privado y la libertad más inmediata y menos prescindible. Si, por ejemplo, el empresario sólo puede tener un proveedor porque debe tratar de igual manera a todos los otros y, en consecuencia, tiene que atender las ofertas a cuantos industriales fabriquen el producto que desea adquirir, o si una persona no puede encargar la confección de un vestido a un solo sastre para poder tratar de igual manera a todos los sastres, el principio de la voluntad se debilita al extremo (14). ii) Las partes, al regular sus relaciones privadas, podrían no renunciar libremente al ejercicio de ciertos derechos fundamentales.

Después de la Segunda Guerra Mundial se inicia la constitucionalización del Derecho Privado (15), lo que conlleva al debilitamiento y reconstrucción del principio de la autonomía privada, considerada el dogma del Derecho Privado. Se debilita la concepción clásica de la autonomía privada. Visto el problema en su dimensión actual, la teoría directa o indirecta ni niega ni excluye la autonomía de la voluntad, siempre que no se destruyan entre ellas, estableciendo un equilibrio razonable que conserve la autonomía privada.

(10) Artículo 23 y sigs.

(11) Artículos 103 y 104.

(12) Artículos 5, 44 y 107.

(13) Artículo 5.

(14) Ejemplos de Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, España, 1986, págs. 14 y 15).

(15) En esta incorporación del Derecho Privado adquiere jerarquía constitucional la normativa que lo regula, lo mismo puede predicarse de otra naturaleza de normas: procesales, laborales, etc.

En la primera mitad del siglo XIX, se produce el auge de la autonomía de la libertad con el triunfo del liberalismo y su consagración como dogma de la autonomía de la voluntad en el Código Civil francés de 1804, de estirpe liberal. Se presentaba al contrato como fuente del Derecho por excelencia y como ley para las partes. Es objeto de crítica después de la Revolución Industrial, lo mismo que la concentración de la economía y del comercio. Principia a decaer como núcleo del Derecho Privado, lo mismo que la supremacía absoluta de la libertad individual, por lo que es necesario redefinirla y agregarle nuevos elementos, lo que para algunos autores sería desvirtuarla, pero para otros es un renacer del contrato.

Algunos autores franceses han cuestionado la anterior configuración clásica y descartan que fuera la concepción recogida en el Código Civil ni de hecho ni por sus primeros interpretes.

Por tal razón, la objeción formulada a la *Drittwirkung* de los derechos humanos, fundada en el dogma de la autonomía de la voluntad, perdería fuerza, si se demuestra que fue un mito y no algo del ordenamiento positivo.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, la teoría de la libertad contractual fue objeto de revisión, bajo la influencia de los principios sociales incorporados al ordenamiento jurídico y la concepción del Estado Social de Derecho. Pero su revisión no la destruye porque el contrato sigue siendo el mejor instrumento de intercambio de bienes y servicios y regulador de los intereses de los contratantes dentro del marco legal.

A favor del cambio han surgido la buena fe, el principio de fraternidad y función social del contrato que permean las negociaciones preliminares, la celebración y la ejecución del contrato.

El Código Civil del Brasil, que fue promulgado el 10 de enero de 2002 y entró en vigencia en el 2003, expresamente consagra en el artículo 421 la función social del contrato, al expresar que «la libertad de contratar será ejercida en la razón y en los límites de la función social del contrato». Esta función social tiene su antecedente mediato en la prohibición del abuso del Derecho que según la jurisprudencia se desprende del artículo 160 del Código Civil de 1916 y el antecedente mediato del artículo 5.XXIII de la Constitución, que establece la función social de la propiedad en forma amplia, abarcando todos los bienes.

Dentro de esta línea de pensamiento se contemplan:

- a) La lesión contractual en el artículo 157 cuando una persona bajo apremiante necesidad o por inexperiencia se obliga a una prestación manifiestamente desproporcional al valor de la prestación de la otra parte. Para apreciar la desproporción de las prestaciones se tendrá en cuenta los valores vigentes al tiempo en que fue celebrado el negocio. Esta lesión produce la nulidad del negocio por vicio de la voluntad. No se decretará la anulación del negocio si

se ofrece suplemento suficiente o si la parte favorecida acepta reducir el provecho.

- b) Se establece en el artículo 478 la resolución de los contratos de ejecución continuada o diferida por excesiva onerosidad, la que se produce si la prestación de una de las partes se torna excesivamente gravosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimiento extraordinario e impredecible; pero de acuerdo con el artículo 479 esta resolución puede ser evitada y pedir la revisión del contrato para mantener su equilibrio, ofreciendo el demandado las modificaciones equitativas de las condiciones del contrato. De acuerdo con el artículo 480, cabe también la revisión en los contratos unilaterales por los mismos motivos con el fin de evitar la onerosidad excesiva. El artículo 317, relativo al pago, establece que cuando por motivos impredecibles sobrevenga desproporción manifiesta entre el valor de la prestación debida y el del monto de su ejecución, podría el juez corregirlo, a petición de la parte de modo que asegure, cuanto sea posible, el valor real de la prestación, estableciendo aquí también la revisión de la ejecución del contrato.
- c) En los artículos 113 y 422 se establecen en la celebración, interpretación y ejecución del contrato, los principios de probidad y buena fe.
- d) Existe también la revisión contractual en el derecho del consumidor diferente a la del Código Civil, regulada en el Código de Defensa del Consumidor, que tiende a proteger a la parte más débil en las operaciones de consumo.

El Código Civil del Brasil se inspiró en buena parte en el Código Civil italiano. Fue elaborado por profesores de la materia y su coordinador fue el famoso filósofo del Derecho, Miguel Reale, quien le dio un sentido social y ético, fundándose en la Constitución.

El Código Civil italiano también contempla: la buena fe que rige en la preparación, celebración, interpretación y ejecución del contrato, como la veremos más adelante; la resolución del contrato por lesión o su revisión si el demandado ofrece una modificación del contrato suficiente para ajustarlo a la equidad en los artículos 1.448 y 1.458; la resolución de los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida y la parte demandada podrá pedir la modificación equitativa para evitar la resolución; en el artículo 1.467, la misma revisión se puede pedir en los contratos unilaterales; la normativa de la excesiva onerosidad no se aplica a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes.

Las principales objeciones a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales es la incompatibilidad con el principio de la autonomía de la voluntad, en su concepción clásica, no en la actual, en la que el Derecho Privado está in-

fluenciado por los principios de justicia y utilidad en la aplicación de la autonomía. En todo régimen constitucional y principalmente en el Estado Social de Derecho, el principio de autonomía privada es condición de los mismos.

El nuevo concepto del principio de la autonomía de la libertad puede entrar en conflicto con algún derecho fundamental. Entonces surge el problema de determinar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, o sea, determinar en qué medida obligan esos derechos a los particulares.

Se reconoce que los derechos fundamentales deben proteger en algunas medidas a los particulares ante su desconocimiento por otros particulares. La discrepancia surge en la determinación del alcance de esta protección y la justificación del grado de eficacia. En resumen, se admite que los derechos fundamentales rigen en la esfera privada, pero surgen criterios diferentes en cuanto a su eficacia, dando lugar a la teoría indirecta y a la teoría directa de la aplicación de los derechos humanos.

C) LA DRITTWIRKUNG INDIRECTA Y EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La teoría de la aplicación mediata afirma que los derechos fundamentales obligan a los particulares en las relaciones privadas en forma indirecta a través de las leyes promulgadas por el legislador y en su defecto por el juez. Los derechos humanos no pueden aplicarse directamente en las relaciones privadas. Sólo los poderes públicos son los obligados en forma inmediata al cumplimiento de los derechos humanos, frente al reclamo de los particulares en sus relaciones verticales con el Estado.

En virtud de la tesis mediata en las relaciones privadas (horizontales) la protección se produce a través de la ley y en su defecto del juez. Esto nos lleva a pensar que la protección en las relaciones privadas u horizontales, en las cuales funciona el principio de la autonomía de la voluntad, no puede ser igual a la que se imponen a los poderes públicos.

El principio de autonomía de la voluntad se opone a la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones de los particulares; por el contrario, para la teoría mediata siempre se conserva la autonomía de la voluntad dentro de un marco de proporcionalidad y racionalidad, en el que pueden jugar en armonía los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad.

En la relación vertical, el Estado actúa como poder y está obligado a aplicar directamente los derechos fundamentales que reclaman las partes en una relación Estado-ciudadano; en las relaciones privadas u horizontales el Estado actúa en forma heterónoma y en el conflicto que conoce entran en juego los derechos fundamentales y el principio de la autonomía de la voluntad.

D) MEDIACIÓN DEL LEGISLADOR

Según la teoría indirecta es al legislador a quien le corresponde prioritariamente señalar el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas a través de la ley. Es, pues, el legislador ordinario quien tiene la competencia para realizar esta regulación, dentro de un importante margen, buscando un punto de equilibrio entre los derechos fundamentales y el principio de autonomía privada, teniendo en cuenta los bienes, valores y principios que entran en juego en el conflicto.

Se sostiene que la prioridad otorgada al legislador para regular la mencionada aplicación se debe a que al no existir en la Constitución el grado de vinculación de las relaciones privadas a los derechos fundamentales, corresponde al Poder Legislativo, con legitimidad popular, determinar tal vinculación de los derechos humanos, siempre dentro del marco constitucional y del respeto al principio de la autonomía contractual.

La prioridad atribuida al legislador priva al juez de la potestad de resolver los conflictos entre particulares mediante la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Es al legislador a quien le corresponde determinar las consecuencias que para las relaciones entre particulares tienen los derechos humanos, como por ejemplo, la libertad de expresión (16), el derecho a la intimidad (17), el derecho a la defensa (18), la presunción de inocencia (19) y el principio de igualdad (20).

(16) Artículo 30 de la Constitución.

(17) Artículo 26, inc. 2 de la Constitución.

(18) Artículos 33, 34 y 165 de la Constitución.

(19) Artículo 31, inc. 1 de la Constitución. La libertad de información puede entrar en conflicto con el honor, la intimidad y el derecho de defensa, por tal razón el periodismo debe actuar con objetividad y diligencia con relación a los procedimientos penales que se siguen contra una persona. El Alto Tribunal de España, en sentencia de 16 de enero de 1996, examinó una información periodística en la que se imputaba a una persona la participación, como intermediario, en un secuestro realizado por un grupo de terroristas, fundándose en la existencia en las actuaciones de la policía judicial previa. Con posterioridad fueron archivadas las diligencias judiciales. La jurisdicción ordinaria declaró que se trataba de una intromisión ilegítima en el honor del afectado, lo cual fue confirmado por el Tribunal Constitucional al estimar que la actuación del medio periodístico no estaba rodeada de la diligencia necesaria para dotar a la información de veracidad, y que las declaraciones obrantes en el procedimiento eran insuficientes para llegar a las imputaciones que se hicieron en el texto periodístico, no llegándose a acreditar por las demandas la existencia de la diligencia necesaria exigible al haber transmitido como veraces esas imputaciones (cfr. Aurelia María ROMERO COLOMA, *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: Honor, intimidad y presunción de inocencia*, Civitas, 2000, Madrid, España, pág. 85 y sigs. Luis SÁENZ ZUMBADO, «Publicidad periodística de los procesos penales», en *Revista de Ciencias Penales: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 3, núm. 4, junio de 1991, pág. 30 y sigs.).

(20) Artículo 27 de la Constitución.

Pero no podemos renunciar a la aplicación directa para corregir la inconstitucionalidad del legislador al regular la articulación entre los derechos fundamentales y las relaciones privadas.

Se considera que el legislador es el que mejor puede proteger la autonomía de la voluntad en su articulación con los derechos fundamentales. Puede restringir, en mayor o menor medida, la autonomía de la voluntad con relación a las estipulaciones contractuales para evitar abusos. Entre los medios de defensa para corregir estos abusos, teniendo en cuenta la magnitud del caso, puede decretar la inejecutabilidad del contrato (causa ilícita), el derecho de resolver el contrato, o la indemnización que corresponda, la nulidad total o parcial, la reducción de prestaciones.

La libertad real con lo que actúan las partes al celebrar el contrato es un criterio importante para regular la relación de los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad.

Cuando una persona es más poderosa que la otra, de tal manera que la débil se vea imposibilitada de discutir libremente todas las estipulaciones del contrato, es posible que el legislador consagre cláusulas prohibitivas para restablecer el equilibrio del contrato. Por ejemplo, en los contratos de adhesión existen cláusulas en que se renuncian derechos importantes, como en el seguro, las tarjetas de crédito, etc. En estos contratos se puede consagrar cláusulas prohibitivas, como veremos más adelante: renunciar al domicilio, renunciar de la apelación, invertir la carga de la prueba, etc.

E) MEDIACIÓN DEL JUEZ

Cuando el legislador no ha regulado el conflicto entre la autonomía privada y un derecho fundamental, le corresponde al juez hacerlo, mediante la ponderación de los dos intereses en conflicto. El juez no puede echar mano directamente de los derechos fundamentales para solucionar el conflicto, sino de las normas del Derecho Privado, las que interpreta a la luz de los fundamentales.

El juez también realiza la protección horizontal de los derechos fundamentales, el cual se encuentra obligado por esos derechos.

Ante una colisión entre dos derechos fundamentales, el juez debe examinar las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta, entre otros elementos, el tipo de bienes jurídicos en oposición, la intensidad o amenaza que recae sobre cada uno de ellos, la gravedad del daño y los intereses de las partes, pues los derechos en conflicto no se anulan ni se excluyen, sino que han de buscar su valor en cada caso, mediante un juicio de razonabilidad o de balance.

Es significativa la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso del aval (octubre de 1993). En ella se trata de dilucidar si los tribunales

civiles están constitucionalmente obligados a controlar el contenido de los contratos de aval bancario cuando la suscriben personas que, por su situación económica, al obligarse están asumiendo un riesgo muy alto. Señala el Tribunal que este es un caso frecuente y que se había manifestado que en virtud de la libertad contractual, todo aquél que tenga capacidad negocial dispone de la facultad jurídica de asumir determinadas obligaciones.

La inexperiencia negocial no es suficiente razón para introducir una serie de deberes que obliguen al representante del banco a aclarar el contenido del contrato de aval o a aconsejar sobre el mismo. Cualquier persona mayor sabe que este tipo de contrato implica una serie de riesgos y la entidad bancaria puede presumir que el avalista es consciente de ello.

El caso era de un aval firmado como garantía de un préstamo solicitado por el padre del avalista por un importe de 100.000 marcos alemanes. La recurrente, de veintiún años, carecía de formación profesional alguna, no tenía empleo estable y trabajaba en una fábrica con un salario de 1.500 marcos. Al ejecutar el aval, el recurrente interpuso una demanda solicitando que se dejara sin efecto el mismo. En la primera instancia se desestimó la prestación, pero en la segunda fue reconocida al considerar que la entidad bancaria indujo a error al demandante, pues el representante del banco le aseguró expresamente que la operación no le iba a suponer ninguna operación importante y que sólo necesitaba su firma a efecto de una organización interna, ocultando las consecuencias reales que de haber conocido el demandante no hubiera suscrito el contrato y en que al hacerlo no estaba emitiendo libremente su consentimiento y, por lo tanto, no fue expresión de su voluntad real. Sin embargo el Tribunal Supremo Federal anuló la sentencia por considerar que una persona mayor de edad, aunque no tenga experiencia en el tráfico negocial, conoce generalmente los riesgos que entraña la firma de un aval.

El joven recurrió entonces de amparo, invocando la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 1.1 (la dignidad del hombre es intangible) y 2.1 (todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás ni atenten contra el orden constitucional o la moral) de la Constitución, en relación con el principio del Estado Social.

Los tribunales que fallaron en contra del recurrente vulneraron los derechos reconocidos en esa norma. Del artículo 1.1 se deriva el deber de los poderes públicos de proteger a los individuos frente a situaciones de necesidad material; del artículo 2.1 se concluye que la libertad contractual no debe conducir a un abuso de poder; los tribunales deben negar el reconocimiento a aquellos contratos que limiten tanto los derechos de una parte que vulnere su dignidad humana.

Según el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Supremo Federal vulneró el principio constitucionalmente protegido de la autonomía de la

voluntad privada, pues no se analizó en ella si y en qué medida las dos partes del contrato habían decidido libremente contratar y obligarse libremente por el contenido de ese contrato. De manera que al exigir el pago del aval, el Tribunal Supremo no hizo prevalecer la autonomía negocial, sino que ignoró los rangos específicos de ésta. Recuerda el Tribunal Constitucional que si bien los autores del BGB partieron de la igualdad formal de los sujetos jurídicos-privados, no tardó en producirse lo que se conoce como una materialización del Derecho Privado, y hoy se puede constatar que existe un amplio consenso a la hora de afirmar que la libertad contractual sólo cumple con su función cuando la relación entre las partes no está marcada por la desigualdad. Así, ante un contrato firmado entre dos partes que ostentan una fuerza muy desigual, siendo la parte más débil la que ha aceptado unas cargas inasumibles, el juez deberá asumir y examinar el contenido del contrato para corregirlo, independientemente que la parte perjudicada haya consentido en obligarse, pues de otro modo, se estarían vulnerando las buenas costumbres y el principio de buena fe.

En efecto, los tribunales civiles tienen la obligación de interpretar y aplicar las cláusulas generales velando que los contratos no sirvan como instrumentos de heteronomía. En la medida en que la sentencia que es impugnada por la recurrente no ha tenido en cuenta esta exigencia, debe ser anulada, pues ha vulnerado el derecho de la misma al libre desarrollo de su personalidad.

Esta sentencia pone de manifiesto la relevancia de la ponderación como mecanismo para determinar que el contratante ha renunciado al ejercicio del derecho fundamental por ejercer su autonomía. En todo caso, la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas no se realiza directamente, sino mediante la norma jurídico-privada, y concretamente a través de las cláusulas generales.

F) LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS PRIVADAS ARTICULADAS CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La influencia de los derechos fundamentales se hace visible en la interpretación que realice el juez de las normas jurídico-privadas aplicables al caso y, con mayor vigor, de los conceptos indeterminados del Derecho Privado que limitan el principio de la autonomía de la voluntad.

El juez está directamente obligado por la Constitución, al igual que el legislador, por lo que a la hora de resolver un conflicto entre particulares debe interpretar y aplicar las normas privadas a la luz de los derechos fundamentales. Los derechos aquí actúan en su dimensión objetiva.

Según los partidarios de la *Drittwirkung* indirecta, el juez debe resolver el conflicto entre las partes respetando los contenidos esenciales de la Cons-

titución, pero sin recurrir directamente a las normas sobre derechos fundamentales. La influencia de éstos, como ya expresamos, se hará patente en la interpretación que realice de las normas jurídico-privadas aplicables al caso y más correctamente en el significado atribuido a las cláusulas generales y a los conceptos jurídicos indeterminados que actúan en el Derecho Privado, como límites al principio de la autonomía de la voluntad. De manera que en caso que exista un conflicto entre un derecho fundamental y el derecho a la autonomía privada y la colisión se resuelva a favor del primero, el juez no deberá argumentar su decisión invocando directamente la vigencia de ese derecho en las relaciones privadas. Deberá, en cambio, recurrir a conceptos como el orden público o buenas costumbres, tradicionalmente utilizados en el Derecho Privado para preservar, en el ámbito negocial, los derechos de la personalidad, hoy identificados con los derechos fundamentales.

En resumen, en la teoría mediata, para rechazar la limitación contractual del ejercicio de un derecho, el juez debe argumentar que esa restricción es contraria a las buenas costumbres, a la buena fe o al orden público. Para concretar estos conceptos, el juez ha de recurrir a los valores constitucionales, que actúan como criterios interpretativos.

En el caso Lüth se afirma que a la hora de especificar las cláusulas generales que actúan como prohibición de exceso (especialmente los contenidos en los arts. 138, 242 y 315 del Código Civil), es necesario tener en cuenta los derechos fundamentales: «El correspondiente mandato de protección de la Constitución se dirige aquí al juez que, en los casos de vulneración de la paridad contractual, debe proporcionar validez a las decisiones objetivas básicas relativas a los derechos fundamentales, a través del Derecho Civil».

Las cláusulas o normas generales se presentan, pues, como la principal herramienta de la que dispone el juez para articular adecuadamente derechos fundamentales y autonomía privada. Normas como las contenidas en los artículos 6.2, y 7.2 y 1.255 del Código Civil de España, de orientación similar a los artículos 2.437, 2.478 y 2.552 de nuestro Código Civil, los que establecen los límites a la autonomía privada, traspasados los límites, el ordenamiento niega reconocimiento a la actuación de los particulares.

Esta articulación, objeto de nuestro estudio, se realiza con las normas generales, los principios generales del Derecho (21), los del Derecho Civil

(21) Existen principios generales del Derecho, del Derecho Laboral, del Derecho Procesal, etc., en su número no coinciden los autores y algunos de ellos se repiten en varias ramas del Derecho, incluso se discute la convención de su señalamiento. Su enumeración sería útil, pero se corre el riesgo de limitarlos, ya que pueden existir otros que no fueron señalados. Los principios generales del Derecho que enumeramos nosotros son los siguientes: la buena fe, la apariencia, el enriquecimiento sin causa, el abuso del Derecho, el contrato es ley para las partes, la seguridad, a los que se agregan, para facilitar

y Mercantil y los conceptos indeterminados, el orden público, las buenas costumbres, la moral, la buena fe y las leyes prohibitivas. Por otra parte, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, por las justas exigencias del bien común y por otros conceptos indeterminados.

Los derechos fundamentales tienen limitaciones, aunque algunos con mayor intensidad que otros, hasta los hay absolutos. Estas limitaciones, como ya hemos visto, pueden resultar del orden público, de la seguridad, del bien común, de la moralidad, de las buenas costumbres, la buena fe, del derecho de otras personas, etc.

En el conflicto de las relaciones privadas, como ya hemos expresado, pueden entrar en conflicto los derechos fundamentales, en cuyo caso debe hacerse una ponderación mediante apreciación racional y proporcional.

Veamos algunos casos en los cuales entran en conflicto ciertos derechos fundamentales entre sí y la libre contratación con otro derecho fundamental.

Es ilícita la causa (22) del negocio jurídico cuando se opone a ley imperativa o prohibitiva (y no a las dispositivas), a las buenas costumbres (23) y al orden público (24), lo que provoca nulidad de dichos negocios, en los cuales se violen estas limitaciones. Ejemplos:

nuestro estudio, los valores de la vida, la justicia, la libertad, el bien común y la igualdad real y la dignidad humana.

(22) Artículo 1.874 del Código Civil.

(23) Las buenas costumbres son valores morales que se van formando bajo el influjo de ideales filosóficos y cristianos que inspiran a nuestra civilización. Claro está que estos valores varían en las diferentes regiones y épocas. La doctrina y la jurisprudencia extranjera registran casos de nulidad de actos o contratos por ser contrarios a las buenas costumbres; a saber: toda convención que tienda a favorecer el amor libre, pero no la que tienda a reparar los daños causados a la concubina; la demanda de la concubina a la sucesión de su amante por la reparación de los perjuicios que le ha causado su muerte; el corretaje para contraer matrimonio en un principio fue declarado nulo, pero después se aceptó con la condición de que el corredor se limite a presentar a las partes, sin mencionar sus cualidades y a fijar sus honorarios prescindiendo del resultado de la gestión; los convenios en virtud de los cuales se venden influencias gubernamentales; la remuneración de un médico especialista al colega que le recomienda al cliente; la venta de la clientela de un médico a otro médico; el contrato que tiende a facilitar el cohecho; los actos que impiden la celebración libre y sin fraude de una subasta pública; los préstamos para fines inmorales como el concedido a una mujer para que huya con su amante; los actos del mandatario obrando en provecho propio; las promesas de pagar para que se cumpla una obligación existente; remunerar para que el depositario entregue el depósito; remuneración para que no se provoque un escándalo o para evitar un chantaje; remuneración del padre para que la querida deje a su hijo; remuneración a un empleado del Fisco para que liquide rápidamente un crédito al acreedor (IVÁN ESCOBAR FORNOS, *Derecho de Obligaciones*, 2.^a ed., Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 2000, págs. 96 y 97).

(24) El orden público varía de país en país y de época en época, y es de difícil precisión. Son contrarios al orden público aquellos actos que atacan a la familia, a la libertad de comercio, del sufragio, del trabajo o de cualquier otro derecho o garantía

- a) Es nulo el contrato que se celebra entre el arrendador y el arrendatario para abrir una cantina, la cual resulta estar cerca de un colegio privado o público. El arrendatario puede negarse a cumplir el contrato porque la autoridad la puede cerrar, por violar la ley y el orden público, prevaleciendo el derecho fundamental a la educación sobre la libertad de contratación.
- b) Es también contrario al orden público y, por lo tanto, nulo el contrato en virtud del cual una mujer le alquila el vientre a un matrimonio para que, por un precio determinado, se le implante un óvulo fecundado *in vitro* de otras personas, se lleve a cabo la gestación y les entregue al bebé. En este caso creo que la mujer que alquiló su vientre puede negarse a entregar el bebé, porque prevalece el orden público y las buenas costumbres. Es un caso no regulado expresamente por la ley, tampoco lo cubre el derecho a la reproducción consagrado en el artículo 74 de la Constitución que, según creo, sólo comprende los supuestos de procreación asistida cuando por lo menos se realiza con el óvulo o espermatozoide del matrimonio o pareja de hecho estable. En otros supuestos, como el presente, podría existir una especie de adopción de futuro, *sui generis*, pero falta aceptación legal. Por tal razón, no se entrega al bebé ni se devuelve el dinero recibido, aplicando el inciso 2 del artículo 2.079 del Código Civil, que dispone que si el objeto del contrato constituye un delito o un hecho contrario a las buenas costumbres, común a ambos contratantes, ninguno de ellos tendrá acción para reclamar el cumplimiento de lo convenido ni la devolución de lo que haya dado.
- c) Será nulo un contrato que sujeta a un individuo a desplazarse únicamente en el interior o patio de su casa o en el barrio, por lo que no está obligado cumplir con esa obligación de no hacer, prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad de movilización sobre la libertad de contratación.
- d) Sería nulo el contrato en que se obligue a una persona a cambiar o no cambiar de religión. El obligado podía negarse a cumplir el contrato prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad religiosa sobre la libertad de contratación.
- e) Es nulo el contrato que prohíbe casarse en general o con determinada persona o en determinado lugar. En este supuesto el individuo puede casarse, prevaleciendo aquí el derecho fundamental de la libertad matrimonial sobre la libertad de contratación.

constitucional, a la organización y competencia de los órganos estatales (Iván ESCOBAR FORNOS, «Derecho de Obligaciones», *ob. cit.*, pág. 97). El concepto de orden público se aplica en el Derecho Internacional, en el Derecho Constitucional, en el Derecho Penal y en el Derecho Civil como obstáculo infranqueable de la autonomía de la voluntad.

- f) Es nulo el contrato en virtud del cual una mujer se obliga a ejercer la prostitución por un determinado precio. Si ella desea retirarse de ese oficio, puede hacerlo sin ninguna responsabilidad para con el otro contratante porque prevalece su dignidad, su derecho fundamental a la libertad, su inferioridad contractual, sobre la libertad contractual.

Es nula la cláusula de un contrato de tarjeta de crédito en virtud de la cual el tomador renuncia a su domicilio. En este supuesto, si el tomador es demandado en otro domicilio, puede alegar la nulidad de la cláusula y oponer la excepción en incompetencia, prevaleciendo el derecho fundamental de la defensa sobre la libertad de contratación.

Podemos señalar algunos casos en los cuales entran en conflicto otros derechos:

Si un medio de información principia una campaña contra una persona que la considera perjudicial para su honor puede reclamarle al medio judicialmente. En este caso entran en conflicto el derecho al honor y la privacidad de la persona objeto de las publicaciones y el derecho de expresión e información del medio. El juez tendrá que valorar el caso mediante una ponderación de los dos derechos en conflicto, aplicando los principios de racionalidad y proporcionalidad y determinar si las informaciones son reales o no reales para fallar.

Aunque es difícil la definición de la buena fe por las formas en que aparece en los diferentes casos y ramas del Derecho, podemos decir que es un estado de desconocimiento, de confianza o lealtad sobre determinados hechos, actos o situaciones, la cual es necesaria para la protección de determinadas posiciones o derechos. Su presencia permea muchas ramas del Derecho: el Derecho Laboral, el Derecho Administrativo, el Derecho Internacional, ampliamente el Derecho Privado y aparece en muchas disposiciones del Código Civil y de Comercio.

En la contratación se exige la buena fe en los tratos previos, en el momento de contratar (ausencia de dolo), en la interpretación y ejecución del contrato. El Código Civil italiano regula esta amplitud de la presencia de la buena fe en la contratación (25).

(25) Artículos 1.337, 1.366 y 1.375.

7. LA DRITTWIRKUNG Y LA JURISPRUDENCIA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La aplicación de los derechos humanos en las relaciones privadas adquiere tanta importancia que se aplica no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional, concretando nuestro breve estudio a los sistemas americano y europeo.

Si se analiza con detenimiento la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podemos encontrar jurisprudencia que admiten la aplicación de la *Drittwirkung* de los derechos humanos en las relaciones privadas en una forma evolutiva hasta llegar a su clara aceptación. También se transcriben algunos resúmenes jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la primera etapa, la Corte Interamericana fundamenta la aplicación de los derechos humanos, en el deber del respeto y vigilancia, concepción similar al *state action* de los Estados Unidos. Este es un deber de vigilancia de parte del Estado previsto en el artículo 1.1 de la Convención. Se cita como ejemplo de esta etapa los casos *Velásquez vs. Honduras* (1987), *Godínez vs. Honduras* (1987), *Paniagua vs. Guatemala* (1998), entre otros. Esta debida vigilancia es para prevenir la violación o para tratarla en los términos de la convención.

En el caso *Velásquez* expresó que un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear responsabilidad internacional del Estado, no por el hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

En el caso *Blake vs. Guatemala* (26), *CANCADO TRINDADE* sienta las bases para los efectos de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Así lo expresa en el voto razonado (27).

Esta tesis del magistrado brasileño fue adoptada por unanimidad en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartado vs. Colombia. La

(26) Sentencia de fondo de 24 de enero de 1998.

(27) En sus votos razonados reiteradamente se refiere a la *Drittwirkung*. Colombia vs. Comunidad de Paz de San José de Apartadó, 18 de junio de 2002; Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia, de 15 de marzo de 2005; Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia, de 6 de marzo de 2003; Comunidad de Paz de San José de Apartadó, de 15 de marzo de 2005; caso Pueblo Indígena de Nankuanmo, de 5 de julio de 2004; casos de personas haitianas y de República Dominicana de 7 de agosto de 2000.

Corte opinó que la obligación general del respeto de los derechos fundamentales previsto en el artículo 1.1 de la Convención, para ser eficaz, se impone no sólo en relación con el poder del Estado, sino también en las relaciones entre particulares (grupo clandestino, paramilitares, u otros grupos de particulares). Acepta la importancia de la *Drittwirkung* (28).

Es a partir de 2003 que la Corte conoce de los casos en que se presenta una lesión de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En los casos de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia (29), Pueblo Indígena de Kankuamo vs. Colombia (30), Pueblo Indígena de Sarayaku vs. Ecuador (31), la Corte Interamericana desarrolla la doctrina de que los Estados Parte se encuentran conminados a atender al amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección, ... caracterizadas por el *ius cogens*, del cual emanan como normas de carácter objetivo que abarcan a todos los destinatarios de las normas jurídicas, tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares.

La última etapa se encuentra en la Opinión Consultiva 18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, en la que se acepta la imputación a los particulares de la violación de los derechos humanos, considerado como un caso líder.

En el mes de mayo de 2002, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board*, decidió que un trabajador indocumentado que había sido despedido ilegalmente por contribuir a organizar un sindicato para mejorar las condiciones de trabajo en la planta, no tenía derecho al pago de los salarios caídos o de tramitación, los cuales por los tres años de trabajo perdido ascendían a 67.000 dólares. La decisión fue por mayoría de 5 a 4 votos.

El juez Breyer, en su voto disidente, expresó que si los trabajadores indocumentados no pueden recibir el pago de los salarios, cuando son despedidos ilegalmente, los empleadores los despedían cuando intentaran sindicalizarse, porque no existe sanción alguna para el empleado.

Esta situación despertó una fuerte alarma en México, lo que también repercutía en todos los países latinoamericanos que reciben remesas de Norteamérica, lo que provocó que en el juicio se pronunciaron dichos países y varias instituciones en su carácter de *amicus curiae*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos evacúa la consulta, con los siguientes fundamentos que interesan a nuestra materia: a) Que el principio de igualdad y no discriminación puede considerarse como imperativo del derecho internacional general en cuanto es aplicable a todo Estado inde-

(28) Sentencia sobre medidas provisionales de 18 de junio de 2002.

(29) Sentencia sobre medidas provisionales de 15 de marzo de 2005.

(30) Sentencias sobre medidas provisionales de 5 de julio de 2004.

(31) Sentencia sobre medidas provisionales de 6 de julio de 2004.

pendiente de que ser parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos respecto de terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas. Como norma *ius cogens*, los Estados no lo pueden derogar, la cual es recogida en el artículo 53 de la Convención de Viena. b) En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del Derecho Internacional General. En la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.

En sentencia de 1981, en la que un grupo de trabajadores alega violación de la cláusula de exclusión mediante la cual todos los trabajadores deben afiliarse al sindicato contratante, pactado entre el sindicato y la empresa.

B) EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acepta la tesis de que los derechos humanos también rigen en las relaciones privadas. Para ejemplos cinco sentencias: en sentencia de 1998 contra el Reino Unido estimó que el padrastro que golpeó al hijo con una caña, causándole lesiones físicas, violó su derecho a no sufrir tratos degradantes y que el Estado, al absolverlo penalmente fundándose en la causa justificativa de emplear su potestad paternal para castigarlo razonablemente, vulneró el derecho del hijo.

En sentencia de 1981 en la que un grupo de trabajadores alega violación de la cláusula de exclusión mediante la cual todos los trabajadores deben afiliarse al sindicato contratante, pactado entre el sindicato y la empresa. «De acuerdo con el artículo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, cada Estado contratante “debe asegurar a cada persona, dentro de su jurisdicción, los derechos y las libertades definidas en (...) la Convención”; por tanto, si la violación de uno de esos derechos y libertades es el resultado de

la inobservancia de esa obligación en cuanto a la legislación doméstica, existe responsabilidad para el Estado que consiente la violación. A pesar de que la causa inmediata de los hechos que dan lugar a esta causa fueron los acuerdos entre la empresa British Rail y los sindicatos ferrocarrileros, fue la ley doméstica aplicable en el momento la que hizo legal el perjuicio que los demandantes sufrieron. La responsabilidad del Estado acusado por cualquier violación de lo dispuesto por la Convención se deriva de esa circunstancia».

Sentencia 16/1983/110 en la que el padre denuncia que la hija menor internada en una clínica particular para personas con retraso mental, había sido violada por el hijo mayor de edad, de la responsable de la clínica. Las autoridades se negaron a iniciar el procedimiento penal alegando que la víctima carecía de facultades mentales para hacer una acusación. Resolvió: «La Corte ratifica que, no obstante el propósito del artículo 8 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) es esencialmente la protección de los individuos contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, eso no significa que el Estado sólo se abstenga de actuar en esa forma; además de su obligación negativa, también hay obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de las personas y de las familias. Esa obligación incluye la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en la esfera de relaciones entre particulares».

Sentencia 5/1987/128/179 contra Austria, en la que una asociación de médicos antiabortivos organizaron manifestaciones en 1980 y 1982, en las que estos sufrieron ataques por personas particulares partidarios del aborto ante contingentes policiales. Resolvió: «Una manifestación puede afectar u ofender a personas con ideas opuestas a las sustentadas por los manifestantes. Los participantes, sin embargo, deben contar con la seguridad de poderse manifestar sin el temor de ser objeto de violencia física por parte de sus oponentes, porque ese temor inhibiría a las organizaciones de expresar libremente sus opiniones sobre cuestiones altamente controvertidas que afecten a la comunidad. En una democracia, el derecho a las contramanifestaciones no puede permitirse hasta el extremo de inhibir el derecho de los manifestantes originales. La genuina y efectiva libertad de manifestación no se reduce al deber del Estado de no interferir; una concepción estrictamente negativa no es compatible con los propósitos del artículo 11 (de la Convención Europea de Derechos Humanos). Igual que el artículo 8, el 11 requiere en ocasiones de medidas positivas, incluso en la esfera de las relaciones entre particulares».

Sentencia 18/1995/524/610 en la que discutía el conflicto entre el propietario de un restaurante y una organización de restauranteros que al no estar afiliado, pretendió boicotarlo para que ingresara al grupo. Resolvió apartándose del criterio de la responsabilidad de particulares. Pero existe un voto disidente del juez P. Jambrek, que dice: «Mi posición difiere en cuanto a la interpretación y a la aplicación del artículo 11 (de la Convención Europea de

Derechos Humanos), a la luz de la doctrina de la *Drittwirkung*. Desde mi punto de vista, la acción de los industriales que dio lugar a la queja del demandante debe estar sujeta a las mismas restricciones que se aplican al Estado. El Estado responsable (Holanda) estaba en la obligación positiva de tomar medida que aseguraran el disfrute de la libertad de asociación».

8. LA DRITTWIRKUNG EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NICARAGÜENSE

1. INTRODUCCIÓN

Aunque no lo dice expresamente la Constitución, ésta obliga tanto a los poderes del Estado como a los particulares. Así se desprende del articulado de la misma (32).

Dentro de la jurisdicción ordinaria, la violación de los derechos humanos entre particulares puede derivarse de los artículos 160 y 165 de la Constitución, que dicen:

«Artículo 160: La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege la tutela de los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia».

«Artículo 165: Los Magistrados y Jueces en su actividad judicial, son independientes y sólo deben obediencia a la Constitución y a la ley; se regirán, entre otros, por los principios de igualdad, publicidad y derecho a la defensa. La justicia en Nicaragua es gratuita».

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice: «La Constitución Política es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a quienes administran justicia, los que deben aplicar e interpretar las leyes, los tratados internacionales, reglamentos, demás disposiciones legales u otras fuentes del Derecho según los preceptos y principios constitucionales».

Además, de acuerdo con los artículos 182 de la Constitución, 4 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 194 del Código de Procedimiento Civil, los jueces y tribunales deben de aplicar de preferencia la Constitución y para controlar la violación que se haga de éstos, el artículo 2.057, inciso 1 de este Código establece una causal de casación en el fondo.

En la jurisdicción ordinaria se presentan con frecuencia problemas relacionados con la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero los jueces y tribunales no aplican esta penetración constitucional en el Derecho Privado.

(32) Artículos 24, 160, 165 y 182, entre otros.

Con relación al amparo, la Constitución en el artículo 188 restringe su procedencia únicamente contra las disposiciones, actos o resoluciones y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Sólo cabe, pues, contra actos de autoridad, pero a este concepto se le ha dado una interpretación más amplia, autorizando el amparo contra particulares que prestan servicios públicos, entes autónomos y descentralizados. Por ejemplo, en Nicaragua ha procedido contra la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (33), el Instituto Nicaragüense de Energía (34), el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (35), el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Ingeniería (36) y el Consejo Nacional de Universidades (CNU) (37).

Esta amplitud nos podría permitir conocer en amparo determinados supuestos de aplicación de los derechos fundamentales.

Es conveniente advertir que el amparo no cabe contra las resoluciones judiciales, aunque se han dictado algunas sentencias en que se ha aceptado en situaciones excepcionales. El amparo contra las relaciones judiciales han permitido a los Tribunales Constitucionales de otros países conocer con amplitud sobre la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

2. ALGUNOS CASOS REGULADOS O NO POR LA LEY Y DE APLICACIÓN DIRECTA

a) *Contratación*

En materia de contratación existe libertad de acuerdo con lo expresado anteriormente. No obstante, para mantener el equilibrio contractual entre poderes y deberes, la autonomía de la voluntad ha recibido limitación en materia laboral, contempladas en la Constitución y en las leyes laborales; en materia de inquilinato; en la contratación dentro del Derecho de Familia; declarando sin validez los contratos en aquellos casos en que la ley los declara nulos por ser contrarios a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Tanto en materia civil como en materia laboral son numerosas las aplicaciones de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

(33) S. 11:40 a.m. de 13 de marzo de 1968, B. J., pág. 31.

(34) S. C., núm. 134, 10:00 a.m. de 21 de septiembre de 2006.

(35) S. C., núm. 133, 11:30 a.m. de 21 de septiembre de 2006, 10:05 a.m. de 15 de marzo de 2005.

(36) S. C., núm. 63, 8:30 a.m. de 2 de abril de 2003.

(37) S. C., núm. 35, 8:30 a.m. de 8 de marzo de 2005.

b) *Investigación de la paternidad*

Con relación a la investigación de la paternidad y maternidad, la Constitución sienta el principio de permitirla (38), por el contrario, el Código Civil (39) parte de la idea de no permitir la investigación de la paternidad, salvo casos excepcionales, por lo que, como sostenía antes de la reforma de 2007, debería aplicarse directamente la Constitución y abrir la posibilidad de probarse de acuerdo con los medios de prueba aceptados incluyendo el ADN.

Sirva lo anterior de ejemplo para la aplicación directa en casos no contemplados en la ley ordinaria.

En «La Gaceta», Diario Oficial número 120 de 26 de junio de 2007, se publicó la Ley número 120 de Responsabilidad Paterna y Materna, reglamentada por el Decreto número 102 de 2007 y publicado en «La Gaceta», Diario Oficial, número 223 de 20 de noviembre de 2007.

De acuerdo a esta ley, cuando el padre no haya reconocido al niño o la niña, la madre podrá declarar ante el Registrador del Estado Civil de las Personas quién es el presunto padre y señalar su identidad y ubicarlo. En este momento se le informa que debe realizarse la prueba del ADN al presunto padre, la madre y el hijo o hija (40).

Con esta declaración se inicia el trámite administrativo de reconocimiento y el Registrador procederá a inscribir al hijo o hija con el apellido del presunto padre y madre. Dicho funcionario citará al presunto padre para que dentro del término de quince días comparezca a expresar lo que tenga a bien sobre la inscripción provisional de paternidad, bajo el apercibimiento que al no hacerlo se reconfirmará con el apellido de ambos. Esta inscripción provisional no causará estado hasta que se compruebe la paternidad de acuerdo a esta ley (41).

El notificado al que se le aplicó el reconocimiento administrativo por no comparecer al Registro Civil, tendrá un plazo de un mes para presentar ante el Juzgado de Familia, demanda de impugnación de la paternidad declarada administrativamente, sin que se suspenda la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y madre (42). Se obliga al presunto padre a ser demandante con las cargas propias de esta posición procesal.

Si el padre niega la paternidad ante el Registrador y acepta practicarse la prueba del ADN se procederá a realizarla. Si el resultado es positivo se inscribirá con el apellido del padre y la madre y si es negativo se inscribirá con el apellido de la madre (43).

(38) Artículo 78.

(39) Artículo 225 y otros.

(40) Artículo 6.

(41) Artículo 7.

(42) Artículo 8.

(43) Artículo 9.

Si el presunto padre al ser citado niega la paternidad y rechaza practicar-se la prueba de ADN, el Registrador procederá a aplicar la presunción de paternidad y reconfirmará al hijo o hija con el apellido de ambos progenitores, quedando firme dicha declaración administrativa, otorgando las obligaciones legales propias de la paternidad (44).

Si el citado no se presentare a realizar la prueba del ADN o si habiéndose presentado se negare a ello, el laboratorio dará constancia de tal negativa, lo que constituye una prueba a favor de la persona solicitante, pero creo que se puede discutir la paternidad en juicio (45).

Si el padre niega la paternidad, pero acepta la prueba del ADN y si el resultado es positivo, se confirmará la inscripción y si es negativa se inscribe al hijo o hija sólo con el apellido de la madre (46). El índice de prueba del ADN debe ser de 99,99 por 100.

También se regula la investigación de la maternidad administrativa (47) y el derecho del padre a la investigación de la paternidad administrativa de su hijo o hija (48).

c) *Alimentos*

En materia de igualdad de hijos naturales con los legítimos, la Constitución establece que tienen iguales derechos (49). Pero el Código Civil los discriminaba en materia de alimentos, sin embargo por ley especial de 18 de febrero de 1992, los coloca en igualdad de condiciones.

d) *Sucesiones intestadas*

En materia de sucesiones intestadas en el Código Civil (50) se le concede un trato discriminatorio a los hijos naturales en contra del principio de igualdad de los hijos legítimos y naturales consagrado en el artículo 75, por los que ahora los jueces en forma directa están aplicando de preferencia la disposición constitucional y se espera una reforma del Código Civil para ajustarlo a la Constitución.

Este es un caso de aplicación directa del artículo 75 de la Constitución.

(44) Artículo 10.

(45) Artículo 10.

(46) Artículo 9.

(47) Artículo 15.

(48) Artículo 14.

(49) Artículo 75.

(50) Artículo 998 y sigs.

e) *La apelación*

De acuerdo con el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil, no se permite la apelación cuando ambas partes acuerdan no apelar. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que esta disposición tiene por objeto evitar la renuncia del más débil, por lo que se exige que la renuncia sea de mutua y no sólo de una (51).

f) *Consumidores*

También existe protección a los consumidores regulados en la ley de 1 de noviembre de 1954 y su reglamento de 14 de junio de 1999.

A los consumidores, al adquirir bienes y servicios, se les garantiza calidad y cantidad, la seguridad, la salud, la información veraz, los daños y perjuicios que sufra, la celebración de una contratación justa, prohibiendo seis tipos de cláusulas que se declaran nulas si se estipulan, la irrenunciabilidad de sus derechos, la celebración de contratos de adhesión en forma clara, con letras visibles, escritos en idioma español e interpretados a su favor.

El consumidor también tiene derechos a un medio ambiente adecuado que garantice la conservación y desarrollo de los recursos naturales.

Se protege la vida y sus bienes, cuando haga uso de los servicios de transporte acuático y aéreo. El proveedor pagará los daños y perjuicios si no toma las medidas necesarias para evitar el riesgo.

La preocupación por proteger a los consumidores nace en 1962 en el mensaje de Kennedy al Congreso de los Estados Unidos, al compartir la idea de «que todos somos consumidores». El consumidor goza de una serie de derechos y garantías y además de las leyes a favor de los consumidores.

g) *Ambiente*

Se protege el ambiente en el artículo 60 de la Constitución, desarrollado en la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 27 de marzo de 1996 y su reglamento de 14 de julio de 1999.

La sobreexplotación de los recursos naturales, la contaminación de ríos, lagos, mares, aire y ciudades, la destrucción de la fauna y flora, la desertificación, la destrucción de las bellezas naturales, el calentamiento global, los rigurosos cambios climáticos, han deteriorado el planeta, desmejorando la calidad de vida y dañado la salud física y mental de las personas.

(51) S. 10:30 a.m. de 25 de febrero de 1996, B. J., pág. 32.

Esta ley concede acción popular para iniciar acciones administrativas, civiles y penales.

h) *Asociaciones y sociedades*

Existen dos tipos de asociaciones: unas asociaciones sin fines de lucro, de carácter social, gremiales, religiosas, culturales, deportivas, políticas y de cualquier otra índole, contempladas en el artículo 49 de la Constitución; y otras de carácter económico con fines de lucro (sociedades comerciales, civiles, etc.) que surgen de la libertad de empresa contemplada en el artículo 99, párrafo 2 de la Constitución.

De acuerdo con el citado artículo 49 de la Constitución, se concede el derecho de formar organizaciones a los trabajadores de la ciudad y el campo, a las mujeres, a los jóvenes, a los profesionales, a los técnicos, a los intelectuales, a los artistas, a los religiosos, a las comunidades de la Costa Atlántica y a los pobladores en general, sin discriminación alguna, con el fin social de lograr la realización de sus aspiraciones de acuerdo a sus intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad. Las asociaciones tendrán una función social.

A nadie se le puede negar la admisión en las mencionadas organizaciones ni decretar su expulsión por razones de raza, religiones, sexo, opinión, idioma, posición social o económica y otras causas groseramente discriminatorias. Por supuesto, que no se puede admitir a quien no es abogado en el Colegio de Abogados y se puede expulsar si se comprueba posteriormente que no lo es; en una asociación católica se le puede negar acceso a un musulmán y se puede expulsar al católico que se convierte en musulmán; pero en una asociación de abogados, de médicos, de agricultores, etc., no se les puede negar el acceso o expulsarlos porque sean musulmanes, liberales, negros, blancos, etc., de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución que prohíbe la discriminación.

i) *Condiciones generales de la contratación*

En esta época de contratación masiva han surgido las condiciones de la contratación para facilitar la contratación y proteger al adquirente de bienes y servicios. Son condiciones generales de la contratación un conjunto de cláusulas uniformes, impuesta por una de las partes, que se incorporan a los contratos que se van a realizar en masa.

Se encuentran tales condiciones en los contratos de servicio de teléfono, luz, agua, electricidad, gas, etc.; en los servicios bancarios como préstamos, depósitos, cuenta corriente, tarjetas de crédito, etc., y en otros tipos de contratos.

Las condiciones generales de la contratación aparecen insertadas en las pólizas de seguro y se rigen por la Ley General de Instituciones de Seguros (Ley núm. 1.727), publicada en «La Gaceta», número 77 de 26 de noviembre de 1970 y sus reformas.

Los modelos de póliza requieren la previa autorización de la Superintendencia de Bancos, no obstante, antes de ser utilizados deben ponerse a disposición de dicho organismo.

Las pólizas deben regirse por las disposiciones del Código de Comercio, de la Ley de Títulos Valores, del Código Civil y demás disposiciones legales de carácter imperativo, bajo pena de ineficacia de la estipulación respectiva; deben redactarse en idioma español en forma que sean fácilmente comprensibles para el asegurado, en letras que sea fácilmente legible. Las empresas aseguradoras no podrán modificar o enmendar los modelos de pólizas, endosos o cláusulas especiales que les fueren aprobadas por la Superintendencia.

Las tarjetas de créditos están reguladas por la Ley de Promoción y Ordenamiento del Uso de la Tarjeta de Créditos, de 1 de noviembre de 1994, y por las normas sobre la promoción y ordenamiento del uso de las tarjetas de créditos aprobadas por la resolución de 26 de septiembre de 2006. Esta ley tiene por objeto proteger al usuario de las tarjetas de crédito con relación a las condiciones generales impuestas por el emisor de la tarjeta y los intereses que se cobran.

Los modelos de contrato de apertura en cuenta corriente y uso de tarjeta de crédito deben ser aprobadas por la Superintendencia de Bancos. Este contrato es considerado por la ley como de adhesión.

En el artículo 10 se establecen las condiciones que debe tener el contrato de emisión de tarjetas de crédito.

En el artículo 11 de la ley se establece la nulidad de ciertas cláusulas. Por ejemplo: las que renuncien a los derechos y garantías de la ley, las modificaciones unilaterales que haga el emisor de las condiciones del contrato; las cláusulas adicionales no autorizadas por el órgano regulador; las que impongan al usuario de las tarjetas un domicilio diferente al propio.

En los países europeos es muy común la regulación legal de las relaciones generales de la contratación. En España existe una regulación general en la Ley número 7 de 13 de abril de 1998.

Para esta ley las condiciones generales de contratación son cláusulas de contenido contractual establecidas por una de las partes, pero impuestas a la otra. Son aquellas cláusulas que se conocen como la letra pequeña de los contratos y que en ciertas ocasiones se remiten a documentos o condiciones que no aparecen en el contrato.

Las condiciones generales son partes integrantes del contrato cuando han sido aceptados por el adherente y el contrato es firmado. No se consideran aceptadas cuando el que impone las condiciones no ha informado al otro

contratante o adherente de dichas condiciones ni le ha entregado un ejemplar de las mismas.

Cuando los contratos no necesiten celebrarse por escrito es suficiente que el que imponga las condiciones las hagan visibles dentro del lugar donde se les celebra el contrato.

No quedan incorporadas al contrato y, como consecuencia, no obligan al adherente, las condiciones siguientes: las que no hayan podido ser conocidas por el adherente al tiempo de firmarse el contrato o cuando no hayan sido firmadas si la ley impone ese requisito, las ilegibles, ambiguas, oscuras, incomprensibles.

Son nulas las condiciones generales cuando contradigan lo establecido en la ley en perjuicio del adherente o sean abusivas para el consumidor. En general se consideran cláusulas abusivas aquellas no negociadas individualmente que al contrariar la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio del contrato.

La ley establece cinco tipos de acciones contra las condiciones generales ilegales: la acción de nulidad; la acción de no incorporación; la acción de cesación; la acción de retractación, y la declarativa. Las dos primeras son individuales y las tres últimas colectivas.

La de nulidad tienen por objeto declarar la nulidad de una condición general del contrato por ser abusivas en contra del consumidor o porque contradigan lo dispuesto en la ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva.

La acción de no incorporación tiene por objeto declarar que una condición general no quede incorporado en el contrato y, en consecuencia, no obliga a los contratantes porque el adherente no ha tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato las condiciones generales o cuando sean ilegibles, ambiguas u oscuras.

La acción de cesación tiene por objeto obtener una sentencia judicial que obligue al demandando a eliminar las condiciones generales que se consideren nulas y abstenerse de utilizarlas en el futuro y al mismo tiempo determinar o aclarar qué parte o qué cláusula del contrato se consideran válidas y eficaces.

La acción de retractación tiene por objeto obtener una sentencia judicial que imponga al demandado la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar condiciones generales nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

La acción declarativa tiene por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de contratación e instar su inscripción cuando ésta sea obligatoria.

Para las acciones colectivas se conceden legitimaciones a ciertas organizaciones relacionadas con estos problemas.

La acción de cesación y la de retractación prescriben a los dos años a partir de la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación. La declarativa no prescribe.

Los notarios y registradores de la propiedad tienen la obligación de informar a los consumidores sobre la aplicación de la ley y su alcance.

Existe un registro donde se inscriben las condiciones generales de la contratación, a fin de que las personas puedan conocer de la existencia de ella. Se denomina Registro de las Condiciones Generales de la Contrativa. También se anotan las acciones judiciales, lo mismo que las minúsculas resoluciones judiciales.

La inscripción de las condiciones generales es voluntaria, pero se podrán imponer en determinados sectores específicos de la contratación. Es necesaria la inscripción en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación de las sentencias de la cesación o retractación.

Se establecen dos reglas importantes de interpretación: cuando exista contradicción entre las condiciones particulares específicamente previstas y las generales, prevalecen éstas; las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.

Creo que algunas disposiciones de la Constitución pueden ser aplicadas directamente. El artículo 75, que regula la igualdad de los hijos legítimos e ilegítimos. El artículo 82, que se refiere a los derechos de los trabajadores en sus incisos 1, 2; el artículo 5, que establece la dignidad humana; el artículo 27, que establece la igualdad y las prohibiciones discriminatorias; el artículo 25, inciso 3, que establece el derecho a la personalidad y capacidad jurídica, entre otros.

De los artículos 160 y 165, anteriormente transcritos, se puede deducir que la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas se puede hacer a través de la ley (art. 160), lo que significa que como norma general será la *Drittwirkung* mediata la aplicable, salvo excepcionalmente la inmediata.

Esto significa que el principal elemento del juez será la ley, y en defecto de la ley, el juez debe aplicar las normas y conceptos indeterminados del Derecho Privado, como lo hemos explicado y si el caso lo amerita la aplicación directa de la norma constitucional.

La aplicación directa o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones privadas depende del contenido y naturaleza de cada derecho, pues no todos son aplicables en el Derecho Privado, porque podría resultar gravemente afectado o aniquilado.

j) *La prueba*

Con relación a la prueba existen límites a la libre contratación en virtud del orden público.

En mi Introducción al Proceso (52) expresé: «En materia probatoria, la libre contratación encuentra serios límites. No son válidos los convenios o cláusulas siguientes:

- a) El convenio o cláusula que le otorga al medio de prueba un mérito que la ley no le reconoce (superior o diferente), o bien le niega o disminuye el que la ley le otorga, si se sigue el sistema de la tarifa legal de la prueba. Cuando se sigue el sistema de la sana crítica, tampoco obligan al juez estos convenios o cláusulas, pues si la ley no somete a éste a una valoración preestablecida, con mayor razón no lo pueden hacer las partes.
- b) El convenio en que se invierte la carga de la prueba, pues las reglas que se establecen con relación a ella son de orden público. Un convenio de esta naturaleza adolecería de nulidad absoluta, por la ilicitud del objeto. La Corte Suprema de Justicia se adhiere a esta opinión (53). No obstante, debe advertirse que ciertos autores aceptan la validez del convenio de inversión de la carga de la prueba (LESSONA, ROSENBERG, PLANIOL y RIPPET).
Por otra parte, algunos autores admiten el convenio en virtud del cual se impone a una de las partes la carga de la prueba sobre un hecho determinado, siempre que la ley no disponga nada sobre dicho hecho.
- c) El convenio que le concede mérito ejecutivo a un documento que no lo tiene o le niega al que lo tiene.
- d) El convenio que crea presunciones de hecho. Ejemplo: se presume que el daño o la enfermedad existía con anterioridad al contrato, si resulta dentro de tres días posteriores a su celebración. El ejemplo es de ROSENBERG, para quien, por contrario, es válido este convenio».

RESUMEN

DERECHOS FUNDAMENTALES NICARAGUA

Tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Privado han progresado y en ese progreso la relación entre ellos se fortalece, dentro de un equilibrio de complementariedad, sin que por tal conexión se destruya el Privado o se enerve el Constitucional.

ABSTRACT

FUNDAMENTAL RIGHTS NICARAGUA

Both constitutional law and private law have progressed, and in the process of their doing so the relationship between constitutional law and private law has become stronger, within an equilibrium of complementariness, without destroying private law or enfeebling constitutional law.

(52) Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 1998, págs. 255 y 256.

(53) Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 1998, págs. 255 y 256.

La Constitución ha dejado de ser un cuerpo jurídico corriente, para constituirse en la ley fundamental y superior del Estado aplicable. Las constituciones como normas que son han adquirido aplicación directa, sirven de parámetro para las decisiones judiciales y tienen gran importancia para la vida de la comunidad y para el Derecho Privado, las que le sirven de motor en su avance.

Pero el Derecho Privado también ha sufrido profundas transformaciones. Los intereses de las grandes mayorías económicamente dependientes y no autónomas, han cambiado las ideas de la sociedad burguesa incorporadas en los códigos decimonónicos, lo que provoca el surgimiento de la socialización del Derecho, debilitando los clásicos conceptos fundamentales, entre ellos, la autonomía de la voluntad, reelaborada en la actualidad.

El Derecho Civil desarrolla una ética social, en la que no sólo es responsable el poder público, sino también la comunidad, de manera que la defensa de los débiles también le corresponde al Derecho Privado, atiende a la justicia social, tiene un carácter tutelar y es contrario al abuso. Ejemplo de ello es el Código Civil de Brasil de 2002 que, entre otros avances, establece la función social del contrato.

En este trabajo se trata de explicar brevemente la aplicación de las disposiciones constitucionales en las relaciones privadas a través de las dos tesis conocidas: la aplicación directa de las disposiciones constitucionales y la aplicación indirecta de las disposiciones constitucionales, los aportes de cada una de ellas, sus diferencias, sus coincidencias y su trascendencia en el Derecho contemporáneo.

Por otra parte, se analiza brevemente el reconocimiento de la Drittwirkung por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Constitutions are no longer run-of-the-mill bodies of law, but have become instead the highest fundamental law of their respective states. Constitutions, as the rules they are, have taken on direct applicability, serve as the parameter for court decisions and are highly important for the life of the community and for private law, both of which do service as vehicles for the advancement of their country's constitution.

But private law has also been profoundly transformed. The interests of large, economically dependent, non-autonomous majorities have changed the ideas of bourgeois society that underlay the nineteenth century's codes. This change has triggered the rise of the socialisation of law, weakening the fundamental classical concepts, including the autonomy of will, which has now been recast.

Civil law implements a social ethos in which responsibility belongs not only to the public authorities, but also to the community. Thus private law is also responsible for the defence of the weak. It heeds the call of social justice. It is protective in nature and stands against abuse. One example is Brazil's 2002 Civil Code, whose steps forward include the establishment of the social function of contracts.

This paper attempts to explain briefly the application of constitutional provisions in private relations through the two known theses of the direct application of constitutional provisions and the indirect application of constitutional provisions, the contributions made by each, their differences, their agreements and their importance in contemporary law.

The recognition of the Drittwirkung by the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights is also briefly analysed.

(Trabajo recibido el 13-3-2009 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)

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 29-7-2009
(*BOE* 3-12-2009)
Registro de Alcorcón, número 1

CALIFICACIÓN NEGATIVA: NOTIFICACIÓN POR FAX.

Aunque con carácter general no es admisible este procedimiento para notificar la calificación desfavorable, en relación con los Notarios, ha de tenerse en cuenta una interpretación integradora del ordenamiento y considerar que es un procedimiento habitual de relación y comunicación entre Registradores y Notarios.

Resolución de 12-9-2009
(*BOE* 3-12-2009)
Registro de Torrijos

FINCA REGISTRAL: NATURALEZA. RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: REQUISITOS.

Acreditado el carácter de finca urbana por medio de certificación del secretario del ayuntamiento, debe así reflejarse registralmente. Cualquier disminución de cabida habrá de acreditarse oportunamente, o si se deduce que ha habido negocios jurídicos que han provocado esa modificación deberán ser oportunamente inscritos.

Resolución de 22-9-2009
(*BOE* 2-11-2009)
Registro de Madrid, número 30

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO.

No es inscribible un acuerdo de la comunidad de propietarios sobre modificación de cuotas, si algunos de los departamentos se hallan inscritos a nombre de personas distintas de las que eran propietarias al adoptarse dicho acuerdo.

Resolución de 23 y 24-9-2009

(BOE 2-11-2009)

Registro de Ciudad Real, número 2, y Colmenar Viejo, número 1

SUBROGACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: ENERVACIÓN.

Para que la entidad acreedora primitiva pueda ejercer el derecho a enervar la pretendida subrogación de otra entidad distinta, dentro del procedimiento que regula la Ley 2/94, de 30 de marzo, es imprescindible que haya actuado con la debida lealtad y, en consecuencia, haya emitido el certificado de saldo pendiente en el plazo de siete días desde que fue requerida para ello. Cuando no ha emitido dicho certificado, no es necesario esperar a que transcurra el plazo de quince días para la eventual facultad de enervación, en tanto no existe tal opción.

Resolución de 25-9-2009

(BOE 2-11-2009)

Registro de Murcia, número 8

CALIFICACIÓN POR REGISTRADOR SUSTITUTO.

Habiéndose emitido una calificación negativa de un documento, una vez caducado el asiento de presentación correspondiente, cabe volver a presentarlo y habrá de ser nuevamente calificado, siendo posible recurrir esa nueva calificación, o solicitar la calificación del Registrador sustituto.

Resolución de 29-9-2009

(BOE 23-11-2009)

Registro de Puigcerdá

CANCELACIÓN DE HIPOTECA POR CADUCIDAD: REQUISITOS.

De conformidad con lo establecido en el vigente artículo 82 de la LH, es posible cancelar la hipoteca siempre que haya transcurrido el plazo en dicho precepto, a menos que conste la nota de expedición de certificación a los efectos del procedimiento de ejecución, en cuyo caso no será posible tal cancelación. Si fuera una hipoteca constituida a favor de varios acreedores, como hipotecas independientes, tal obstáculo sólo afectará a las de aquellos acreedores que hayan instado la ejecución.

Resolución de 30-9-2009

(BOE 2-11-2009)

Registro de Valladolid, número 6

HIPOTECA EN GARANTÍA DE PÓLIZA DE AFIANZAMIENTO.

Confirma el Centro Directivo la corriente preponderante de nuestra doctrina que atribuye a la relación entre fiador y deudor afianzado una autonomía y entidad propias, al margen de la obligación principal objeto de fianza. De ahí se desprende la posibilidad de que la hipoteca que se constituya a favor del fiador como garantía complementaria para el caso de que éste tenga que pagar por incumplimiento del deudor principal, pueda establecerse en garantía de cantidades superiores a las de la propia obligación principal (entre otras cosas, porque el contrato de fianza puede crear obligaciones nuevas, como la remuneración pactada para pagar al fiador por su servicio).

Resolución de 1-10-2009

(BOE 3-12-2009)

Registro de Berja

CALIFICACIÓN NEGATIVA: NOTIFICACIÓN POR FAX. CALIFICACIÓN REGISTRAL: FRAUDE DE LEY.

Aunque con carácter general no es admisible este procedimiento para notificar la calificación desfavorable, en relación con los Notarios ha de tenerse en cuenta una interpretación integradora del ordenamiento y considerar que es un procedimiento habitual de relación y comunicación entre Registradores y Notarios. Los Registradores no se limitan a hacer una aplicación mecánica de las normas, sino que pueden, dentro de los hechos que resultan de la escritura y del Registro, calificar el negocio como hecho en fraude de ley, siempre que dicho fraude resulte de forma notoria y palmaria del propio documento.

Resolución de 2-10-2009

(BOE 23-11-2009)

Registro de Cullera

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES: COMPETENCIA DEL JUZGADO O TRIBUNAL. CONCURSO DE ACREEDORES: MEDIDAS CAUTELARES.

La facultad calificadora de los Registradores respecto a los documentos judiciales alcanza exclusivamente a los aspectos de competencia que no sean de libre disposición de las partes (sumisión expresa o tácita), sino de carácter imperativo. En este sentido, de conformidad con el artículo 8 de la Ley Concursal, corresponde en exclusiva al Juez del concurso la competencia para ordenar medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado. Por eso procede correctamente el Registrador que deniega la anotación de demanda sobre una finca en cuyo historial figura la anotación de declaración de concurso, cuando tal medida cautelar la ha ordenado un juez distinto de aquél ante quien se sigue el procedimiento concursal.

Resolución de 5-10-2009

(BOE 2-11-2009)

Registro de Alcázar de San Juan, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO POR GASTOS DE URBANIZACIÓN.

Aun en el caso de que se haya reflejado registralmente la afección de las fincas correspondientes a los gastos de urbanización, en los términos establecidos en el artículo 19 del Real Decreto 1093/97, para anotar el embargo trabado en vía de apremio por reclamación de dichos gastos, es necesario llamar a dicho procedimiento de apremio a los que actualmente sean titulares de las fincas embargadas.

Resolución de 13-10-2009

(BOE 3-12-2009)

Registro de Picassent, número 1

INEXACTITUD DEL REGISTRO. RECTIFICACIÓN DE CABIDA.

La inexactitud registral es cualquier diferencia entre el contenido de los asientos y la realidad externa. El error es la inexactitud que resulta por la incorrecta transcripción de algunos de los datos del título. Para rectificar la cabida de la finca es necesario que no existan dudas respecto a la identidad de la finca.

Resolución de 14-10-2009

(BOE 3-12-2009)

Registro de Berja

CESIÓN DEL CONTRATO. CESIÓN DE CRÉDITO.

La diferencia fundamental entre estas dos figuras jurídicas radica en el hecho de que, en la cesión de contrato, el cedente transmite una compleja posición contractual en la que existen derechos y obligaciones. Por el contrario, en la cesión de crédito sólo se transmite el derecho de crédito en sí, dado que el cedente ya ha cumplido en la relación contractual todas las obligaciones que le incumbían. Consecuentemente, en el primer caso se necesita el consentimiento de la otra parte del contrato, dado que estamos ante una relación jurídica trilateral, mientras que en la cesión de crédito no es necesario el consentimiento del deudor.

Resolución de 16-10-2009

(BOE 3-12-2009)

Registro de Órdenes

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: INSCRIPCIÓN DE MENOS DE TREINTA AÑOS DE ANTIGÜEDAD.

Si en el momento de la presentación del testimonio del auto aprobatorio del expediente existen practicadas inscripciones de menos de treinta años de antigüedad, aunque la misma sea posterior a la fecha de iniciación del expediente, será necesario haber cumplimentado lo previsto en el artículo 202 respecto a las notificaciones. Ese problema no se hubiera planteado si se hubiera tomado anotación preventiva del escrito de iniciación del expediente, en tanto dicha anotación hubiera surtido el efecto notificador pertinente.

Resolución de 17-10-2009

(BOE 3-12-2009)

Registro de Alcázar de San Juan, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO POR GASTOS DE URBANIZACIÓN.

Aun en el caso de que se haya reflejado registralmente la afección de las fincas correspondientes a los gastos de urbanización, en los términos establecidos en el artículo 19 del Real Decreto 1093/97, para anotar el embargo trabado en vía de apremio por reclamación de dichos gastos, es necesario llamar a dicho procedimiento de apremio a los que actualmente sean titulares de las fincas embargadas.

Resolución de 19-10-2009

(BOE 3-12-2009)

Registro de Úbeda

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE APREMIO TRAMITADO POR UN AYUNTAMIENTO A TRAVÉS DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL EN EL QUE SE ORDENA EL EMBARGO DE BIENES RADICANTES EN OTRO MUNICIPIO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: COMPETENCIA DEL ÓRGANO.

De conformidad con la legislación de régimen local y según ha confirmado el propio TS, no hay obstáculo de competencia para la tramitación de un expediente de apremio en estos términos, siempre que la finca embargada radique en un municipio sito en la misma provincia.

Resolución de 2-11-2009

(BOE 3-12-2009)

Registro de Madrid, número 19

DERECHOS REALES: *NUMERUS APERTUS*.

De acuerdo a la ya consolidada doctrina, en el campo de los derechos reales se admite la figura del *numerus apertus*, con lo que es admisible que se constituya una servidumbre atípica que no encaja en el esquema de la propiedad horizontal, siempre que se cumpla adecuadamente con las exigencias del principio de especialidad.

Resolución de 3-11-2009
(BOE 3-12-2009)
Registro de Roses, número 2

EXCESOS DE CABIDA: REQUISITOS.

Acreditado el exceso de cabida inferior a la quinta parte, mediante informe técnico, no cabe negarse a la inscripción con una genérica alusión al incumplimiento de los requisitos legales.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 21-10-2009
(BOE 3-12-2009)
Registro Mercantil Madrid, número XVI

CIERRE REGISTRAL. FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS.

No puede inscribirse la reelección de administrador si no se han depositado las cuentas anuales o acreditado su falta de aprobación. Faltando el depósito de 2005, 2006 y 2007, no se reabre la hoja por depositar sólo las del 2005.

Resolución de 28-10-2009
(BOE 3-12-2009)
Registro Mercantil Vizcaya, número III

CAPITAL SOCIAL. NÚMERO DE DECIMALES.

Agotado el periodo transitorio para la introducción del euro, no existe limitación en cuanto al número de decimales con que se determine el valor de las participaciones, pero la cifra de capital social tiene que expresarse con un máximo de dos decimales.

No existe inconveniente en que haya una discordancia aritmética entre el montante de una ampliación de capital y la suma de los valores de las participaciones que se creen, siempre que la cuantía del aumento se corresponda con el desembolso efectuado y el desajuste esté motivado por la reducción de decimales que arroje el cociente de la división por el número de participaciones.

Resolución de 30-10-2009
(BOE 3-12-2009)
Registro Mercantil Tenerife, número II

ADMINISTRADORES. CADUCIDAD. JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. LEGITIMACIÓN.

No está legitimado para convocar la junta, un administrador de hecho cuyo cargo ha caducado una vez celebrada junta general o transcurrido el plazo en que debiera haberse celebrado la primera junta general ordinaria en que hubieran podido realizarse nuevos nombramientos.

Resolución de 6-11-2009
(BOE 7-12-2009)
Registro Mercantil de Burgos

RECURSO GUBERNATIVO

Sólo puede tener como objeto las calificaciones registrales ordenando suspender o denegar la práctica de un asiento o de no tener por efectuado el depósito de las cuentas anuales. No cabe en el recurso solicitar el rechazo de unas cuentas presentadas y aún sin calificar por estar pendientes de Resolución por el Centro Directivo del recurso de alzada sobre el nombramiento de auditor.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL DOGC

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 3310/2009, de 19-10-2009
(DOGC 30-11-2009)
Registro de Roses, número 2

SUCESIÓN INTESADA: DERECHO DE REPRESENTACIÓN. RENUNCIA A LA HERENCIA.

De acuerdo con las normas de Derecho Transitorio del Código Civil de Cataluña, no cabe aplicarlo a sucesiones abiertas antes del 1 de enero de 2009. En consecuencia hay que aplicar las reglas que sobre derecho de representación contenía el Código de Sucesiones. No obstante lo cual, y considerando el sentido de la reforma que ha introducido el Código Civil de Cataluña, la renuncia conjuntamente hecha por los tres únicos hijos de la causante en la escritura en la que se inventarían los bienes, concurriendo con el viudo y manifestando todos que la renuncia pura y simple tiene como consecuencia la aceptación de la herencia por el viudo, que es a la vez progenitor de los renunciantes, de permitir la inscripción de la partición de herencia así verificada.

Resolución 3363/2009, de 20-10-2009
(DOGC 4-12-2009)
Registro de Roses, número 2

SUCESIÓN INTESADA: DERECHO DE REPRESENTACIÓN. RENUNCIA A LA HERENCIA.

De acuerdo con las normas de Derecho Transitorio del Código Civil de Cataluña, no cabe aplicarlo a sucesiones abiertas antes del 1 de enero de 2009. En consecuencia hay que aplicar las reglas que sobre derecho de representación contenía el Código de Sucesiones. No obstante lo cual, y considerando el sentido de la reforma que ha introducido el Código Civil de Cataluña, la renuncia conjuntamente hecha por los tres únicos hijos de la causante en la escritura en la que se inventarían los bienes, concurriendo con el viudo y manifestando todos que la renuncia pura y simple tiene como consecuencia la aceptación de la herencia por el viudo, que es a la vez progenitor de los renunciantes, de permitir la inscripción de la partición de herencia así verificada.

Resolución 3443/2009, de 21-10-2009
(DOGC 10-12-2009)
Registro de Barcelona, número 22

SUCESIÓN TESTADA: SUSTITUCIÓN VULGAR. TESTAMENTOS: INTERPRETACIÓN.

La interpretación del testamento está presidida por el principio de prevalencia de la verdadera voluntad del causante, aunque en el procedimiento registral sólo ha de estarse a lo que resulte del propio testamento. La sustitución vulgar a favor de los hijos de la heredera comprende a la estirpe de un hijo premuerto.

Resolución 3472/2009, de 22-10-2009
(DOGC 14-12-2009)
Registro de Roses, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS PRIVATIVOS EN BENEFICIO COMÚN.

De acuerdo con las normas del Código Civil de Cataluña, es posible que la comunidad de propietarios adquiera un elemento privativo para destinarlo a beneficio común, en un caso análogo a los llamados elementos procomunales. Dicha adquisición se inscribirá como titularidad *ob rem* a favor de los que sean propietarios de los diferentes elementos privativos en proporción a su cuota, pero sin necesidad de identificarlos individualmente. La compra la verificará la comunidad de propietarios, previo acuerdo adoptado por mayoría, sin que sea necesaria la unanimidad.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR DE UNA PERSONA JURÍDICA
Reportaje televisivo de «periodismo de investigación» que atenta al honor
de un Centro Geriátrico (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN.—
III. REPORTAJE NEUTRAL.—IV. VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HO-
NOR DE UNA PERSONA JURÍDICA.—V. VERACIDAD DE LA INFORMA-
CIÓN.—VI. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA.

I. INTRODUCCIÓN

Se emite un programa televisivo sobre la problemática de las residencias de la tercera edad, donde se desacredita al centro geriátrico demandante, al representarlo como una residencia llena de irregularidades y carencias en el cuidado de los internos (2).

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 7 de julio de 2009, recurso 1992/2005. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de sentencia: 522/2009. Número de Recurso: 1992/2005. Diario La Ley, núm. 7285, Sección Jurisprudencia, de 17 de noviembre de 2009, año XXX, Editorial LA LEY. LA LEY 119084/2009.

(2) Resumen de los antecedentes de hecho: El Juzgado dictó sentencia con fecha 12 de enero de 2004, declarando que en el programa emitido el día 15 de mayo de 2002 por Antena 3 Televisión, denominado «Al descubierto», se atentó ilegítimamente contra el derecho al honor del Centro Geriátrico La Lonja, S. L. y, en consecuencia condenó a las demandadas a que indemnicen a dicho centro con la cantidad de 12.000 euros, y a que se proceda a la lectura del fallo de esta sentencia en el mismo programa que dio lugar a estos hechos o, en su defecto, en el mismo horario y día que se emitió y a la publicación del fallo en uno de los diarios de información general de más tirada en el ámbito nacional.

Para la investigación periodística, los reporteros, que ocultaron su identidad como tales, se sirvieron de la utilización de *cámaras ocultas*.

La cuestión sobre la que versa la sentencia es si el derecho de libertad de información consagrado en el artículo 20.1.d) de la Constitución debe prevalecer sobre el derecho al honor de la entidad «Centro Geriátrico La Lonja, S. L.», recogido en el artículo 18.1 de la Carta Magna. El fallo del Tribunal Supremo entiende que no.

II. PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN

El reportaje emitido por televisión vulnera el derecho al honor, habiéndose perjudicado seriamente el prestigio profesional de la persona jurídica Centro Geriátrico La Lonja, S. L.

Se produce el incumplimiento del *requisito de veracidad, exigible al llamado periodismo de investigación* porque fundamentalmente se omite la verificación o comprobación posterior de los hechos, alegándose por los autores del reportaje como excusa el hecho de haberse grabado mediante cámara oculta.

Por otro lado, hay que señalar que la actividad inspectora no apreció irregularidad obstativa a que la residencia siguiera funcionando. No había denuncias ni ante la Generalitat Valenciana ni la Inspección.

No hay que perder de vista que *el derecho al honor sólo cede ante la libertad de información cuando es veraz y se refiere a asuntos públicos de interés general por las materias sobre las que versa o por las personas que en ellas intervienen*.

En este caso concreto resulta indudable que *bajo la apariencia de interés general de la cuestión inicialmente abordada*, es decir, la atención prestada a los mayores residentes en centros de tercera edad y la acomodación de dichos centros a la normativa que rige en la materia, se reprodujeron filmaciones obtenidas mediante cámara oculta que dieron lugar a la emisión del reportaje.

Grabaciones que se producen en lugares públicos, y conversaciones reproducidas que se refieren únicamente al tema sobre el que versa el reportaje, lo que interesa a la opinión pública y contribuye a que el ciudadano forme su opinión sobre los diferentes aspectos de la vida y la sociedad que le rodea siempre y cuando para ello no se utilicen medios ilegítimos.

En el periodismo de investigación resulta obligado, tras recogerse en la grabación, las quejas que los intervinientes en la misma expusieron a sendos técnicos de la Generalitat Valenciana, la necesidad de contrastar el contenido de las grabaciones, y hacerse eco del resultado de la actividad inspectora, lo que no se hizo.

Todo ello demuestra que se trata de manifestaciones puramente subjetivas de quienes las evocan, lo que no constituye periodismo de investigación sino simplemente ofrecer bajo esa apariencia de veracidad y sujeción a la realidad meras distorsiones de la misma.

Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.ª, que dictó sentencia en fecha 7 de junio de 2005, desestimatoria del recurso de apelación de Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S. A. y de la mercantil Antena 3 Televisión, S. A.

Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S. A. formuló, ante la Audiencia, recurso de casación con apoyo procesal en la consideración de haberse infringido el derecho fundamental a la libertad de información del artículo 20.1.a), en relación con el derecho al honor y la jurisprudencia que lo desarrolla.

Además se pretende enmascarar como negligencia el hecho de que la residencia actora se hallaba ubicada en un bloque de pisos, cuestión cierta, pero que nada tiene de deleznable en cuanto que así lo permite la legislación vigente, pues consta la obtención de los preceptivos permisos por la Entidad Pública. Ni siquiera analizaron la norma.

III. REPORTAJE NEUTRAL

No cabe calificarlo de *reportaje neutral*, ya que incluso antes de emitir el vídeo, ya se está prejuzgando y poniendo en antecedentes a los telespectadores y con ello se está *atacando con claridad el honor, la reputación y fama de la citada residencia*, que aparece y se presenta como una residencia llena de irregularidades.

Además el simple contexto en el que se iba a emitir el reportaje, tras el análisis de las otras residencias en las que se denunciaban prácticas atentatorias contra la dignidad de los ancianos, condicionaba claramente la visión de la residencia La Lonja.

Incluso el presentador del programa «Al descubierto» anunció el reportaje como otra residencia «que también presenta muchas irregularidades». Tras la que una voz en *off* afirmaba que «la residencia La Lonja, en Cullera, de cuatro años en funcionamiento desde que se abrió, lleva acumulando denuncias por parte de la Comunidad de Vecinos, trabajadores y residentes», para concluir con la afirmación en *off* de que «la situación en la residencia es insostenible, los denunciantes no entienden por qué la Administración ha tardado tanto en atender sus quejas».

Hubo un coloquio que prosiguió a la exhibición de las cintas grabadas con cámara oculta donde el presentador indicó que se trataba de una residencia con quince denuncias entre trabajadores, residentes y vecinos y que sólo recientemente había sido inspeccionada.

Las irregularidades que se denuncian en el video son importantes, pues se hace referencia a las numerosas infecciones que sufrían los ancianos debido a la práctica poco higiénica de utilizar la misma esponja para el aseo de varios ancianos, o se denunciaba también la mala calidad de la comida, así como la existencia de numerosas denuncias contra la residencia.

Sin olvidar que se emiten opiniones de terceras personas que no son contratadas.

El calificativo de «periodismo de investigación» conlleva que es de una naturaleza especial donde debe exigirse un mínimo de contraste y verificación de la información que se va a emitir, por cuanto una cosa son opiniones y otra, bien distinta, información, y si bien de las primeras no se le puede responsabilizar, de la segunda, sí.

De manera que si se afirmaba que existían innumerables denuncias por parte de los vecinos y de trabajadoras del centro, debía haberse verificado cuanto menos la existencia de esas innumerables denuncias, cosa que no se ha hecho, no habiéndose acreditado, en modo alguno, que dicha afirmación fuera una información veraz.

No es aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional del reportaje neutral, conforme al cual la reproducción fiel o exacta de lo dicho por otro no constituye difamación, poniéndolo en relación con la veracidad de los actos grabados, pues, tal como se recoge en la sentencia del Pleno de esta Sala de 16 de enero de 2009 (recurso núm. 1171/2002), con cita de las sentencias

6/1996, de 16 de enero, y 17/2004, de 18 de octubre, cuando, como acontece con el llamado periodismo de investigación, *es el propio medio el que ha provocado la noticia no cabe la neutralidad* (3).

La inexistencia de neutralidad en el reportaje de investigación difundido vulnera, sin duda alguna, el derecho al honor del Centro Geriátrico La Lonja.

IV. VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR DE UNA PERSONA JURÍDICA

El siguiente punto a tratar radica en la *vulneración del derecho al honor de una persona jurídica*.

Constituye doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que el honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible; una *persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección*, sea persona jurídica de tipo personalista (*universitas personarum*), sea de tipo patrimonialista (*universitas bonorum*) (4).

El Tribunal Constitucional además señaló, por primera vez, en su sentencia número 139/1995, de 26 de septiembre (5), que ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas; *el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas*; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

Siguiendo esta doctrina, la sentencia del Supremo, de 14 de marzo de 1996, dice refiriéndose al honor [Fundamento 3.º, núm. 3.º, subapartado a)] que la persona física y, por extensión constitucional, la persona jurídica, son merecedores de esta tutela (6).

En 1997, el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de marzo (7) reiteró que en lo que respecta a la cuestión de si las personas jurídicas puedan ser protegidas a través del ejercicio del derecho al honor, superando el brocardo que espe-

(3) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 16 de enero de 2009, recurso 1171/2002. Ponente: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL. Número de sentencia: 1233/2008. Número de recurso: 1171/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 579/2009.

(4) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 9 de octubre de 1997, recurso 2619/1993. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de recurso: 2619/1993. LA LEY 11408/1997.

(5) Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 139/1995, de 26 de septiembre de 1995, recurso 83/1994. Ponente: Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. Número de sentencia: 139/1995. Número de recurso: 83/1994. LA LEY 2596-C/1995.

(6) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 14 de marzo de 1996, recurso 2455/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso: 2455/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3963/1996.

(7) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 20 de marzo de 1997, recurso 262/1993. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 262/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 4443/1997.

cifica que «las personas jurídicas tienen prestigio pero no honor; ...se puede afirmar que de la propia sistemática constitucional el significado del derecho ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas.

En consecuencia, aunque en la Constitución Española no se contiene pronunciamiento alguno acerca de la titularidad del derecho al honor en relación a las personas jurídicas, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que proclama que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional ha proclamado que *la persona jurídica tiene derecho al honor*, protegido constitucionalmente por el artículo 18.1 de la Constitución, regulado por la Ley 1/1982, de 5 de mayo, y tiene legitimación activa en el proceso ejercitado para su defensa (8).

V. VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN

No ha existido por los autores del reportaje comprobación, verificación o contraste de lo dicho por algunas de las personas que fueron grabadas con cámara oculta. De manera que se emite un reportaje que desacredita de forma rotunda al Centro Geriátrico.

Además se trata de un reportaje que se une a otros dos ofrecidos con anterioridad en el programa televisivo, relativos a residencias de las que se pretende informar que arrojan numerosas irregularidades en perjuicio de las personas mayores residentes en las mismas.

Así pues, la información que se transmite a la opinión pública, no sólo por el reportaje sino por la suma de los dos anteriores, es la de que el Centro Geriátrico demandante es otra residencia plena de irregularidades, constituyendo así el tercer ejemplo en tal sentido exhibido en el programa.

Se afirma con «voz en *off*» que desde que la residencia se abrió, hacía cuatro años, llevaba acumulando denuncias por parte de la comunidad de vecinos, trabajadores y residentes, cuando hubiera sido posible verificar tal información con sólo comprobar que ninguna denuncia de irregularidad se había hecho ante la Generalitat Valenciana o la Inspección, y que cuando ésta actuó no se apreció irregularidad obstativa a que la residencia siguiera funcionando, ni siquiera de entidad suficiente como para imponer sanción alguna, sino tan sólo algunas deficiencias subsanables, como no tener suficiente lencería.

Tampoco se trató de obtener información sobre la dieta alimenticia, en concreto del residente cuya queja se grabó con la cámara oculta, y que ha resultado no tenía fundamento, tal como aprecia, tras valorar la prueba, la sentencia recurrida, o sobre las supuestas infecciones de los residentes, extremo que podía haber sido objeto de importantes matizaciones, como las que hizo en el juicio el médico de la residencia.

Sin embargo, en el reportaje se recogen comentarios grabados con cámara oculta dirigidos a denigrar la comida ofrecida en la residencia y las condiciones de higiene, y a ofrecer una imagen de mal funcionamiento de la misma con riesgo para los residentes, sin realizar información alguna de contraste afirmándose, ello no obstante, que la situación en la residencia era insostenible, y que los denunciantes no entendían cómo la Administración había tardado tanto en atender sus quejas, y que ninguna de las quejas se había llevado a trámite, cuando lo cierto es que no se había efectuado denuncia alguna que

(8) En la sentencia de 4 de diciembre de 2008 se recuerda la doctrina expuesta.

pudiera promover la actuación de la Administración inspectora, debiendo añadirse que del material grabado, también subrepticamente, en la propia residencia La Lonja, no se ofreció en el reportaje nada de aquello que podría llevar a entender que el funcionamiento de la residencia pudiera ser normal, siendo así que el periodista que grabó en su interior reconoció en el acto del juicio que no advirtió maltrato a los ancianos.

En definitiva, no cabe por tanto apreciar que se haya transmitido a la opinión pública información veraz, no estando exento el periodismo de investigación de observar este requisito en la información que transmite, *veracidad* respecto de la que la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2002, de 8 de abril (9), establece que no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino que en rigor únicamente *hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo*.

VI. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

Existe además, una intromisión ilegítima en el derecho al honor, ya que en el reportaje televisivo se *imputan hechos* y se *manifiestan juicios de valor* a través de acciones o expresiones que lesionan la dignidad de la persona, *menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación* (art. 7.7 de la LO 1/1982).

La imputación de numerosas irregularidades, hasta el punto de estarse ante una situación insostenible, desmerece profundamente la reputación de la entidad demandante.

RESUMEN

DERECHO AL HONOR Y PERSONA JURÍDICA

Incumplimiento del requisito de veracidad, exigible al llamado periodismo de investigación, no siendo admisible la ausencia de verificación por el hecho de haberse grabado el reportaje mediante cámara oculta. Ausencia de indagación por los autores para verificar o comprobar lo dicho por algunas de las personas que fueron grabadas con cámara oculta.

ABSTRACT

RIGHT TO HONOUR AND THE LEGAL PERSON

Breach of the requirement of veracity, which can be required of so-called «investigative journalism». Non-verification due to the story's having been recorded on a hidden camera is not admissible. No investigation by the authors to verify or check what is said by some of the persons recorded on the hidden camera.

(9) Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 76/2002, de 8 de abril de 2002, recurso 3830/1998. Ponente: Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Número de sentencia: 76/2002. Número de recurso: 3830/1998. LA LEY 4164/2002.

1.2. Familia

IMPUGNACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO DE MENORES Y SU POSIBLE REINSERCIÓN EN LA FAMILIA BIOLÓGICA (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS DEL MENOR.—III. EL DESAMPARO: MEDIDAS DE PROTECCIÓN.—IV. ASUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONCURRÍAN EN EL MOMENTO EN QUE SE DECLARÓ EL DESAMPARO.—V. RELEVANCIA SUFICIENTE DE LA EVOLUCIÓN FAVORABLE DE LA FAMILIA BIOLÓGICA POSTERIOR AL DESAMPARO PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LA UNIDAD FAMILIAR.—VI. ANÁLISIS DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS DE LA SITUACIÓN DE LA FAMILIA BIOLÓGICA EN LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS DEL MENOR. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—VII. PONDERACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR Y EL PRINCIPIO DE REINSERCIÓN.—VIII. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA AL CASO ENJUICIADO.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de comentario es de indudable interés, pues fija doctrina jurisprudencial en materia de impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica (2).

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 31 de julio de 2009, recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 47/2007. Diario La Ley, núm. 7285, Sección «La sentencia del día», de 17 de noviembre de 2009, año XXX, editorial LA LEY. LA LEY 184099/2009. Sala integrada por: Juan Antonio XIOL RÍOS, Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, Jesús CORBAL FERNÁNDEZ, José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL y Antonio SALAS CARCELLER.

(2) El *Juzgado de Primera Instancia* acordó desestimar la impugnación presentada por la madre biológica de una menor contra la declaración de desamparo y acogimiento de ésta y acordó la constitución del acogimiento preadoptivo por determinadas personas, con privación del derecho de visitas a la madre y abuela biológica. El Juzgado se fundó en:

- a) existe negligencia en el cuidado de la menor, inadecuadas condiciones de la vivienda, conflictos de pareja, negativa a admitir el apoyo de los servicios sociales, y ejercicio de la prostitución estando presente el marido y la hija en una primera etapa;
- b) en el momento de decidir la madre biológica, que convive con una nueva pareja y tiene un bebé, se encuentra adaptada y con estabilidad familiar, pero según la prueba pericial psicológica presenta déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación necesarias para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales;

II. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS DEL MENOR

Muchos son los preceptos incluidos en nuestro ordenamiento jurídico que buscan el interés del menor. Así, el artículo 172.4 del Código Civil dice que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

El artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, conforme al cual en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, incluida la reinmersión del menor en su propia familia objeto de análisis.

No podemos olvidarnos de la archiconocida *normativa internacional* como «La Convención de Derechos del Niño» (3), de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, y la «Carta Europea de los Derechos del Niño», aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0772/92.

- c) según la prueba pericial psicológica, dado que la menor se encuentra adaptada e integrada social, escolar y familiarmente, es aconsejable mantener su situación actual y concluir la adopción, dado que un cambio en la situación podría producir un desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje y comportamiento.

La Audiencia Provincial revocó esa resolución y declaró no haber lugar a la declaración de desamparo y acogimiento familiar preadoptivo, sin perjuicio de la adopción por parte de los servicios sociales de las medidas pertinentes. Se funda, en:

- a) la Administración, en el momento en que asumió la tutela automática por desamparo de la menor, no intentó corregir la situación, que no era irreversible, sino que apartó a aquélla por todos los medios de su madre;
- b) la Administración propuso con urgencia innecesaria la búsqueda de una pareja para formalizar el acogimiento preadoptivo judicial;
- c) la asunción de la tutela automática estuvo justificada, pero la Administración no intentó por todos los medios a su alcance conseguir que fuesen los padres quienes desarrollasen adecuadamente sus responsabilidades paterno-filiales, favorecer en la madre la adquisición de las habilidades adecuadas y fomentar el contacto entre madre e hija;
- d) los problemas económicos no eran acuciantes, atendidas las circunstancias, ni la desatención de la menor tan grave como para justificar la privación a una madre biológica de su hija, la cual debe quedar reservada para supuestos gravísimos;
- e) la madre ha tenido recientemente una nueva hija y sin embargo no consta en el expediente que se haya adoptado ninguna medida de protección respecto de ella.

(3) Acuerdos Internacionales sobre Protección de los Derechos del Menor, en los artículos 3.1 y 9.1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*. El artículo 3.1 dice que, «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración primordial a que a lo que se atenderá será el interés superior del niño».

El artículo 9.1 afirma que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, añadiendo que, no obstante: «esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño».

Debemos recordar los derechos constitucionales que amparan al menor y que están recogidos en la CE: artículos 10-1 (sobre el libre desarrollo de la personalidad —paternidad responsable—), 15 y 27 (derecho a la educación y a la formación física, moral e intelectual para una vida plena), y 39 (aseguramiento de la protección integral a los hijos en todos los órdenes).

La cuestión es que no siempre es fácil buscar el interés superior del menor.

Es obvio que en casos de desatención por los padres biológicos, los niños deben ser protegidos y la Administración será la encargada de tomar las medidas oportunas siempre que estén justificadas.

El problema radica en que se pueden producir cambios y la menor puede ser dada en acogimiento preadoptivo por otra familia. Y, a la vez, también se pueden producir cambios en la familia o madre biológica que supera su situación anterior.

Mientras estos cambios se producen, los menores suelen estar totalmente adaptados en la nueva familia de acogida, en el colegio y en todo el mundo que les rodea.

La vuelta con la madre o familia biológica puede suponer un desajuste psicológico con problemas emocionales, de estrés y ansiedad.

No podemos olvidar el interés de la madre biológica en recuperar a su hijo o incluso hijos.

¿Qué debe hacerse? ¿Debe prevalecer el interés del menor por encima de todo? ¿Debe quedar supeditado el interés de la madre biológica al interés del menor?

El interés de esta sentencia se encuentra en que *la sentencia recurrida en casación, además de oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, señala los puntos y las cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales.*

Así, nos encontramos con que hay algunas Audiencias Provinciales, entre las que se encuentra la recurrida, que *estiman como prioridad el retorno del menor a su familia biológica y consideran que para decidir sobre la legalidad de la medida de protección adoptada hay que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que ésta se enjuicia, no las que existían en la fecha de su adopción.*

Por el contrario, *otras Audiencias Provinciales valoran el interés del menor por encima de la posibilidad de reinmersión en su familia biológica y consideran que las circunstancias que deben tenerse en cuenta son fundamentalmente las que motivaron la adopción de la medida de protección con independencia de posteriores variaciones que hayan podido sufrir.*

III. EL DESAMPARO: MEDIDAS DE PROTECCIÓN

El Código Civil establece las medidas de protección que se deben adoptar respecto de los *menores que se hallen en situación de desamparo*:

- la asunción por la Administración de la tutela del menor (art. 172.1 CC) mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (art. 173.3 II y 173 bis.1.º CC);
- el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el juez si los padres no se oponen (art. 173 bis.2.º y 3.º CC).

Se establece que las *resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil* (art. 172.6 CC).

Los padres pueden solicitar durante el *plazo de dos años la revocación de la declaración de desamparo del menor si*, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (art. 172.7 CC).

Se plantean dos cuestiones al aplicar esta regulación:

1. Por un lado, el juez, tras examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, puede contemplar un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.
Por otro lado, puede entenderse que únicamente deben tenerse en cuenta las circunstancias que concurrían en el momento en que la Administración asumió la tutela del menor y subordinar el examen de un posible cambio de circunstancias a una solicitud de revocación de las medidas acordadas.
2. La segunda cuestión gira en torno a cómo debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.

Sobre estas dos cuestiones existe doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales.

IV. ASUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONCURRÍAN EN EL MOMENTO EN QUE SE DECLARÓ EL DESAMPARO

Unas Audiencias Provinciales mantienen que el juez, en la *impugnación de la declaración de desamparo debe atenerse exclusivamente a las circunstancias que concurrían en el momento en que se produjo la declaración*.

Así nos encontramos con la sentencia de la AP de Baleares, Sección 3.ª, de 11 de marzo de 2005, RC número 601/2004, según la cual: «los hechos posteriores... no pueden ser tomados en cuenta para determinar si la intervención administrativa fue, cuando se produjo, ajustada o no a derecho» (4).

La sentencia de la AP de La Rioja, de 13 de octubre de 2008, RA número 232/2008 (5), señala en el FJ 2.º que: «...y, aún cuando se ha reiterado doc-

(4) Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 3.ª, sentencia de 11 de marzo de 2005, recurso 70/2005. Ponente: Catalina María MORAGUES VIDAL. Número de sentencia: 114/2005. Número de recurso: 70/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 58048/2005.

(5) Audiencia Provincial de La Rioja, sentencia de 13 de octubre de 2008, recurso 232/2008. Ponente: María del Carmen ARAUJO GARCÍA. Número de sentencia: 285/2008. Número de recurso: 232/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 259127/2008. El ámbito impugnatorio está limitado al examen de la adecuación de la resolución impugnada a las circunstancias de los menores y del padre al tiempo de ser dictada, con independencia de que su situación personal y familiar haya cambiado desde entonces. Los menores se encontraban en una situación de absoluta desatención material y moral, no sólo por las

trinal y jurisprudencialmente que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto atendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, sin embargo, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece el menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Constitución, por lo que hay que estimar que la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común».

Igualmente, la sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2.^a, de 3 de junio de 2008, RA número 1709/2008 (6), señala la imposibilidad de reinmersión en la familia biológica y la adaptación del menor en el hogar preadoptivo.

La sentencia de la AP de Granada, Sección 5.^a, de 21 de diciembre de 2007, RA número 505/07 (7), la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 26 de marzo de 2007, RA número 606/2006 (8); y la sentencia de

personales condiciones de vida, de las que derivaba una deficiente higiene y alimentación inadecuada, sino por la falta de estimulación que conllevaba retrasos importantes en su desarrollo evolutivo. Cuando se decretó el desamparo, asunción de tutela automática y acogimiento residencial de los tres menores, las circunstancias objetivas concurrentes justificaban cumplidamente las decisiones adoptadas, en tanto acordes con el interés de los menores y protección que merecen.

(6) Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 3 de junio de 2008, recurso 1709/2008. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 274/2008. Número de Recurso: 1709/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 203695/2008. Declaración de desamparo de los menores, habiéndose acordado el acogimiento familiar preadoptivo, siendo imposible la reinserción con la familia biológica. Situación de alto riesgo para los menores, dada la crisis de pareja de sus progenitores, la toxicomanía de ambos y la falta de recursos económicos, presentando numerosas carencias en las necesidades más básicas y elementales. Plena integración de las menores en la familia de acogida. Pese a existir una mejoría en la situación personal del padre biológico, el momento que debe tenerse en cuenta para determinar si los progenitores biológicos están o no incurso en causa de privación de la patria potestad es aquél en que se decretó la situación de desamparo, careciendo de trascendencia cualquier otro posterior al quedar las menores fuera del ámbito de protección de aquellos. No es preciso el asentimiento del padre biológico para la adopción de las dos menores al hallarse aquél incurso en causa de privación de la patria potestad al tiempo de declararse el desamparo.

(7) Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, sentencia de 21 de diciembre de 2007, recurso 505/2007. Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Número de sentencia: 565/2007. Número de recurso: 505/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 343102/2007. La situación de desamparo lleva consigo la suspensión de la patria potestad de los padres y confiere la tutela a la entidad pública. El desamparo de los menores es una situación de hecho que afecta al menor y que puede estar causada por actos propios e imputables a los que tienen el deber de cuidar de los mismos, como a circunstancias de las que no son responsables, resultando en todo caso imprescindible que los menores queden privados de la necesaria asistencia moral o material, siendo compatible una voluntad o interés en los padres o tutores de ejercer las referidas funciones paterno-filiales con una ausencia de posibilidades reales de llevarlas a cabo, dado que la norma no exige que concurran conjuntamente la privación de la asistencia moral y la material, bastando que concurra una de ellas con la entidad suficiente para apreciar tal carencia.

(8) Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, sentencia de 26 de marzo de 2007, recurso 606/2006. Ponente: Modesto Valentín ADOLFO BLANCO FERNÁNDEZ

la AP de Granada, Sección 5.^a, de 22 de junio de 2007, RA número 650/06, se basan en los mismos fundamentos que las anteriores (9).

Sentencias que siguen la doctrina jurisprudencial contenida en la del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 2001, RC número 2813/1996, como se alegó por la parte recurrente en casación (10).

Sin embargo, el ponente de nuestra sentencia objeto de comentario, Excmo. señor don Juan Antonio XIOL RÍOS, afirma que la argumentación de esta sentencia, en el punto controvertido, no puede ser considerada como expresión de una doctrina jurisprudencial, pues en ella la afirmación de que «el litigio versa únicamente sobre la situación de desamparo acaecida... cuando la tutela de los [menores] fue asumida por la entidad demandada» no se presenta como *razón operativa* para resolver la cuestión planteada en el recurso, sino como *argumentación incidental* para descartar la relevancia de una alegación que la Administración, al defender la declaración de desamparo, hizo a título de reserva sobre la existencia de una modificación de las circunstancias familiares.

DEL VISO. Número de sentencia: 116/2007. Número de recurso: 606/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 40134/2007. El momento en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están incurso en causa legal de privación de la patria potestad es aquél en el que se decreta el desamparo. La madre biológica se desatendió de la menor desde su nacimiento, consintiendo todas las resoluciones previas lo que determina que se halle incurso en causa de privación de la patria potestad. No cabe apreciar una supuesta rehabilitación por parte de la madre, por lo que no es necesario su consentimiento a la adopción.

(9) Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, sentencia de 22 de junio de 2007, recurso 650/2006. Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Número de sentencia: 282/2007. Número de recurso: 650/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 221277/2007. Oposición de la madre biológica a la resolución administrativa de desamparo. Se desestima porque la demandante no ha acreditado que hayan desaparecido las circunstancias de abandono y riesgo en el cuidado de sus hijos, que sólo ha reconocido que se han producido respecto de uno de ellos. El interés preferente del menor es que pueda ser integrado y educado en su entorno familiar natural, pero este principio quiebra cuando las circunstancias de este entorno comprometen y arriesgan gravemente su necesaria asistencia moral o material, y la evidente situación de abandono hace necesario que intervenga la Administración para garantizar que la situación de acogimiento va a desarrollarse con máximo rigor, sin perjuicio de que si resulta acreditado un cambio de circunstancias con la seguridad de que no llegue a reproducirse la misma situación, pueda dejarse sin efecto el régimen de acogida, pero esta prueba no la ha aportado la parte actora.

(10) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Sentencia de 31 de diciembre de 2001, recurso 2813/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de sentencia: 1275/2001. Número de recurso: 2813/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 236083/2001. Constituida la tutela de los menores Raúl, David y Elena por la Consejería de Integración Social de la Comunidad Autónoma de Madrid, en base a una detectada situación de abandono físico de los mismos, en cuanto carentes de persona adulta que asumiera su cuidado, no siendo ajenos a dicho estado determinados trastornos padecidos por su madre quien en comparecencia ante la Comisión manifestó su conformidad en que la Comunidad Autónoma asumiera el cuidado de los menores por carecer de medios económicos para hacerse cargo de ellos y por existir una sospecha de drogadicción de los niños.

El FJ 2 dice que «la particularidad de la actual modificación de las circunstancias familiares, según se informa en el escrito de impugnación del recurso, respecto a que los tres menores permanecen ahora en compañía de su madre y a la recuperación de ésta, no empece a la decisión desestimatoria adoptada, *toda vez que el litigio versa únicamente sobre la situación de desamparo acaecida en el mes de agosto de 1991*, cuando la tutela de los mismos fue asumida por la entidad demandada».

V. RELEVANCIA SUFICIENTE DE LA EVOLUCIÓN FAVORABLE DE LA FAMILIA BIOLÓGICA POSTERIOR AL DESAMPARO PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LA UNIDAD FAMILIAR

Otras sentencias de las Audiencias Provinciales reconocen una *relevancia preponderante a la evolución positiva de los padres posterior a la declaración de desamparo* para valorar si deben o no mantenerse las medidas de protección frente al desamparo.

Consideran la reinserción en la familia biológica como la directriz de las medidas de protección impuesta por la protección constitucional de la familia, por el respeto a los derechos de los padres biológicos y de los restantes implicados y por el propio interés del menor en mantener los lazos afectivos con su familia biológica.

Es lo que ocurre, por ejemplo, en la sentencia de la AP de Toledo, de 21 de noviembre de 2006, RA número 245/2006, objeto del recuso de casación de la sentencia que comentamos.

En esta línea, la sentencia de la AP de Castellón, Sección 2.^a, de 25 de noviembre de 2008, RA número 79/2008 (11), insistió en el derecho del menor a crecer y ser educado en el seno de su familia de origen, el cual debe conjugarse con la prioridad de la familia natural de donde proviene. Consideró injustificada y precipitada la forma en que la Administración encargada de la protección de los menores, que acordó la ruptura de las relaciones de estos con sus padres, debiendo realizar las comprobaciones precisas para indagar si es posible la reintegración de los menores en su familia de origen.

La sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2.^a, de 31 de octubre de 2006, RA número 5467/06 (12) indicó que «constituye principio inspirador de la normativa de protección del menor el de procurar la reinserción del niño en su propia familia biológica, siempre que ello sea posible en interés del menor, debiendo conjugar el principio del interés del menor con el de otros derechos e intereses en juego, como el de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación».

(11) Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.^a, sentencia de 25 de noviembre de 2008, recurso 79/2008. Ponente: Pedro Javier ALTARES MEDINA. Número de sentencia: 138/2008. Número de recurso: 79/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 287972/2008. La sentencia deja sin efecto la Resolución de la Dirección Territorial de Bienestar Social en la que se acordaba el acogimiento familiar preadoptivo provisional de los menores a favor de la familia acogedora. Si bien al dictarse la resolución administrativa persistían los motivos que determinaron la declaración de desamparo, *se han producido cambios en las circunstancias que se tuvieron en cuenta. Indicios de relevante mejoría en el estado de la vivienda familiar y evolución favorable en el tratamiento del padre de deshabituación a las drogas. Se tiene muy en cuenta al valorar los intereses de los menores los sentimientos de estos y los lazos afectivos existentes con los padres*, no pudiendo excluirse la posibilidad de que los niños puedan volver con sus padres.

(12) Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 31 de octubre de 2006, recurso 3484/2006. Ponente: Rafael MÁRQUEZ ROMERO. Número de sentencia: 431/2006. Número de recurso: 3484/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 269056/2006 Principio del interés del menor. Las circunstancias y personalidad de los menores, próximos a alcanzar la mayoría de edad, aconsejan tanto dejar sin efecto la resolución administrativa de desamparo, al presentar una inadaptación absoluta en el centro de acogimiento, incumpliendo las normas de convivencia manifestando reiteradamente su voluntad de regresar con su madre y su hermano.

Otras sentencias de las Audiencias Provinciales, en una posición que puede calificarse de *mayoritaria*, consideran que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito o el deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para *restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor*.

La relevancia del cambio debe ser tal que compense el tener que desmontar la situación creada: el acogimiento familiar en que se encuentre. Se tendrá que tener en cuenta:

- el tiempo transcurrido en la familia de acogida,
- si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria,
- si se han desarrollado vínculos afectivos con ella,
- si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico,
- si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica,
- y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

Esta doctrina es también seguida por la sentencia de la AP Sevilla, Sección 6.^a, de 12 de junio de 2000, RA número 3044/1999 (13), que dijo que: «si bien la madre padecía adicción a las bebidas alcohólicas, los menores no se encuentran en situación de desamparo, ya que tras la superación de la enfermedad se ha recuperado totalmente, sin que exista obstáculo alguno para el correcto ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia

(13) Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.^a, sentencia de 12 de junio de 2000, recurso 3044/1999. Ponente: Marcos Antonio BLANCO LEIRA. Número de sentencia: 464/2000. Número de recurso: 3044/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 120631/2000. Oposición al acogimiento preadoptivo y a la declaración de desamparo de los menores: procedencia. La situación fáctica que motivó la intervención de la fiscalía de menores y de la Administración vino motivada con ocasión de una intervención y actuación policial en una vivienda, en el curso de la cual constata el estado etílico en que se encontraba una mujer, y que ésta tenía dos hijos sin que hubiese en la vivienda ninguna otra persona mayor de edad que pudiese hacerse cargo de ellos; a partir de tal situación, por la Fiscalía de Menores se ordena el internamiento de los dos hermanos menores de edad pasando posteriormente a ser dados en acogimiento familiar.

Ninguna otra circunstancia es reprochable a la madre ni determinante de la situación material susceptible de ser calificada como de abandono, ya en el informe socio-educativo del Ayuntamiento, esto es, practicado a los siete meses del apartamiento de los menores de su madre, se afirma que no se puede cuestionar su papel de madre, en todo momento atenta a las necesidades de sus hijos hasta el punto de pasar ella privaciones, y así se observa en el informe que los menores vestían ropas nuevas, complementos coordinados y calzado adecuado y en buen estado de uso, y por el contrario la madre presentaba un aspecto descuidado, ropas muy usadas y calzado desgastado. Era pues su alcoholemia el único dato negativo para el cuidado y atención de sus hijos. La madre sigue tratamiento rehabilitador y mantiene abstinencia absoluta de bebida alcohólica, habiendo sido la evolución en dicho período notable, afrontando las situaciones, no huyéndolas, superando obstáculos y atendiendo sus quehaceres diarios, atendiendo a las citas concertadas, realizando el tratamiento de forma correcta y habiendo pasado al grupo de terapia o segundo nivel debido a su buena evolución.

de sus hijos. Preferencia por el mantenimiento de los niños con su familia biológica».

La sentencia de la AP de Valencia, Sección 10.^a, de 29 de noviembre de 2002, RA número 781/2002 (14), acordó el acogimiento familiar preadoptivo provisional del menor por la familia seleccionada por el Consejo de Adopción. La situación de desamparo del menor se ha corregido con continuidad en el tiempo, teniendo en cuenta el beneficio del niño. Existe una limitación de la capacidad educativa de los padres biológicos del menor.

Posición que hemos visto en las siguientes sentencias: sentencia de la AP de Sevilla, Sección 2.^a, de 11 de julio de 2008, RA n.º 3919/2008 (15); sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 21 de abril de 2008, RA número 515/07 (16); sentencia de la AP de León, Sección 1.^a, de 30 de enero de 2008, RA número 373/07 (17); sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18.^a, de 15 de mayo de 2007, RA número 74/07 (18); sentencia de la AP

(14) Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, sentencia de 29 de noviembre de 2002, recurso 781/2002. Ponente: José BONET NAVARRO. Número de sentencia: 633/2002. Número de recurso: 781/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 200988/2002.

(15) Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.^a, Auto de 11 de julio de 2008, recurso 3913/2008. Ponente: PALACIOS MARTÍNEZ, Andrés. Número de sentencia: 159/2008. Número de recurso: 3913/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 203852/2008. Se mantiene el acogimiento familiar. Subsistencia de la situación de desamparo en que se encontraba la menor por incapacidad e inhabilidad de su madre para ejercer adecuadamente sus funciones parentales, lo que determina la procedencia de mantener la medida de acogimiento preadoptivo establecido, en atención al interés prevalente y superior de la menor, plenamente integrada en la familia de acogida, y en evitación de situaciones de riesgo y reproducción de actuaciones perjudiciales para la misma.

(16) Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, sentencia de 21 de abril de 2008, recurso 515/2007. Ponente: Luis Javier CAPOTE PEREZ. Número de sentencia: 189/2008. Número de recurso: 515/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 73268/2008. Oposición a la resolución administrativa de acogimiento preadoptivo. Idoneidad de la medida adoptada respecto a la menor en atención al principio prevalente de *favor minoris*, al ser más adecuado a éste el mantenimiento de la niña en compañía de sus padres preadoptivos que su reintegro a la familia biológica, atendiendo a las circunstancias concurrentes de falta de capacidad y apoyos familiares de la madre.

(17) Audiencia Provincial de León, Sección 1.^a, Auto de 30 de enero de 2008, recurso 373/2007. Ponente: Ana DEL SER LÓPEZ. Número de sentencia: 25/2008. Número de recurso: 373/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 23086/2008. No existe prueba de que se haya producido un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta inicialmente, ni que la madre se encuentre en condiciones de poder garantizar el cumplimiento de unos mínimos de atención al menor, ni procurarle la asistencia y atención necesarias que permitan acordar el cese del régimen de acogimiento. El lógico conflicto de intereses que se produce por el malogrado intento de la madre biológica de recuperar a su hijo frente a la actitud de la entidad pública de mantener la actual situación de acogimiento, debe resolverse atendiendo a lo que los Tribunales, como en este caso, decidan que representa el interés prioritario en beneficio del menor.

La incapacidad hasta el momento de la madre para dispensar de modo responsable la atención que en todos los órdenes demanda el menor y después del fracaso de los intentos por integrar al menor con su madre, sin resultados positivos, se aprecia que la situación precisa de una medida definitiva que esté dirigida a promover su integración en un núcleo de convivencia natural alternativo a su familia biológica, en condiciones que posibiliten su participación en la vida familiar, económica, social, cultural y su desarrollo como persona, objetivo al que responde la modalidad de acogimiento ahora controvertido.

(18) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, sentencia de 15 de mayo de 2007, recurso 74/2007. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 227/2007.

de Alicante, Sección 6.^a, de 21 de febrero de 2007, *RA* número 16/07 (19); sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18.^a, de 25 de enero de 2007, *RA* número 551/06 (20); sentencia de la AP de Orense, Sección 1.^a, de 27 de julio de 2006, *RA* número 26/06 (21); y en la sentencia de la AP de Cádiz, Sección 2.^a, de 20 de enero de 2006, *RA* número 119/05 (22).

Número de recurso: 74/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 113856/2007. Aunque la situación de la madre del menor ha mejorado desde una perspectiva socio-económica y afectiva —aunque no tanto como ella pretende hacer creer—, no lo es menos que su situación y actitud en el ámbito propiamente personal y humano no ha variado. El proyecto de guarda y custodia que presenta está idealizado y no contempla las dificultades y limitaciones propias, sustentándose, principalmente, en su deseo de ejercer el rol materno, y por ello deber entenderse que prioriza el cumplimiento de este deseo frente a las necesidades del niño, sin contemplar en absoluto las repercusiones negativas que se pueden derivar para el menor. Éste se encuentra totalmente integrado en una familia acogedora desde que tenía los diez meses de vida cuando en la actualidad cuenta ya con cuatro años y medio de edad y que su madre —que ahora pide su guarda—, hace más de tres años que ni siquiera ha visto al niño.

(19) Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, sentencia de 21 de febrero de 2007, recurso 16/2007. Ponente: José María RIVES SEVA. Número de sentencia: 77/2007. Número de recurso: 16/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 103346/2007. En la materia de la protección de menores en desamparo debe primar el interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo —el de la madre— que pueda concurrir. La solicitud de visitas realizada por la madre de los menores tutelados por la administración debe rechazarse atendiendo al informe psicosocial practicado en las actuaciones, tomando en consideración que los menores están en situación de acogimiento familiar preadoptivo perfectamente integrados en su nueva familia y en su entorno social de amigos y escuela, refiriendo como personas significativas a quienes en la actualidad consideran sus padres. El informe médico sobre el estado actual de la madre biológica no es relevante para la causa.

(20) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, Auto de 25 de enero de 2007, recurso 572/2006. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de sentencia: 25/2007. Número de recurso: 572/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 52856/2007. La madre no podía atender adecuadamente a sus hijos, así como la imposibilidad del retorno de éstos al entorno familiar biológico, dado el estado de temor que ello les comportaba, tras haber padecido y sufrido situaciones de malos tratos físicos y psíquicos... éstos se encuentran viviendo con una familia de acogida, con la que se encuentran totalmente adaptados e integrados, siendo la evolución experimentada por ambos altamente positiva, es por lo que, en interés de los menores, debe mantenerse y ratificarse la medida protectora acordada respecto de los mismos.

(21) Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.^a, sentencia de 27 de julio de 2006, recurso 26/2006. Ponente: Ángela Irene DOMÍNGUEZ-VIGUERA FERNÁNDEZ. Número de recurso: 26/2006. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184176/2006. Tutela pública motivada por la falta de aptitud y disposición de los padres para ejercer de un modo adecuado las obligaciones inherentes a la paternidad. Conducta agresiva en el ámbito familiar. No existe causa de cesación de la medida de acogimiento acordada, pues los padres no ostentan la patria potestad de los menores, al ser asumida la tutela por la entidad pública ante su situación de desamparo, confirmada mediante resolución judicial firme, lo cual conlleva que por ministerio de la Ley dicho organismo ostenta la tutela de los menores, suspendiéndose la patria potestad respecto de los padres careciendo del ejercicio de la patria potestad que los legitima para interesar el cese del acogimiento familiar. Prevalencia del interés del menor sobre el de la reinserción del menor en su propia familia.

(22) Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.^a, sentencia de 20 de enero de 2006, recurso 119/2005. Ponente: Manuel DE LA HERA OCA. Número de sentencia: 4/2006. Número de recurso: 119/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 28482/2006. Declaración de

Esta última línea jurisprudencial resulta acogida por la sentencia del TS de 2 de julio de 2001, RC número 1335/1996 (23), que considera razonable el mantenimiento del acogimiento residencial «a la vista de que el cambio de circunstancias que invocaba la recurrente no se consideraba fuese sustancial y duradero».

VI. ANÁLISIS DEL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS DE LA SITUACIÓN DE LA FAMILIA BIOLÓGICA EN LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS DEL MENOR. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En resumen, la *jurisprudencia* ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia procesal pueda perjudicarlo [SSTS de 12 de julio de 2004 (24) y de 23 de mayo de 2005 (25)].

situación de desamparo, tutela por parte de la Administración y mantenimiento de la menor bajo la guarda de su acogedora de hecho. Interpretación restrictiva de la acreditación de la falta de asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo. Incumplimiento por parte de la madre biológica de los deberes impuestos a los padres como consecuencia de la patria potestad. Si bien la madre se preocupa por la menor, diversas circunstancias como el desarraigo familiar o la precariedad laboral y los cambios continuos de trabajo, suponen un inadecuado marco de ejercicio de la patria potestad. Procede mantener a la menor bajo la custodia de su guardadora actual, en atención al interés de la propia niña, y para favorecer la hipotética recuperación por la madre biológica. La coexistencia de la tutela pública con la guarda que se mantiene no resulta incompatible.

(23) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 2 de julio de 2001, recurso 1335/1996. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Número de sentencia: 658/2001. Número de recurso: 1335/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5753/2001. El FJ 3.º dice que «el cambio de circunstancias que invocaba la recurrente no se consideraba fuese sustancial y duradero. Y debe recordarse que el acogimiento residencial a que la menor se hallaba sometida, era complementado por un régimen de visitas y vacaciones que no obstaculizaba, sino que favorecía la comunicación entre madre e hija».

(24) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 12 de julio de 2004, recurso 1947/2000. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 670/2004. Número de recurso: 1947/2000. LA LEY 165139/2004. Incumplimiento por los padres biológicos de los deberes inherentes a su ejercicio. Los otros cuatro hermanos de la menor se encuentran en situación de tutela por idénticas razones. Consta la inhabilitación de la vivienda familiar, sin que los demandados hayan acreditado la mejora de sus condiciones familiares como optantes a otra nueva de protección oficial.

Dice la sentencia que «la institución de la patria potestad en beneficio de los hijos. Consecuentemente, si como resulta de la prueba practicada el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio *a fortiori* de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes de la misma».

(25) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 23 de mayo de 2005, recurso 2046/2001. Ponente: Rafael RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES. Número de sentencia: 384/2005. Número de recurso: 2046/2001. LA LEY 114792/2005. Privación a los padres biológicos. Desatención de los deberes parentales. La madre padece una enfermedad mental que la incapacita para hacerse cargo de la menor y el padre no puede ocuparse de ella por motivos laborales. Principio de *favor filii*. Mantenimiento de la niña en situación de tutela pública y acogimiento preadoptivo por terceros.

La *jurisprudencia constitucional*, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos; ha declarado que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés del menor (STC 58/2008, de 28 de abril, FJ 2.º) (26); y ha consagrado la legitimidad constitucional de la que llama *la exclusión de la preclusividad* (STC 75/2005, de 4 de abril) (27), es decir, de la exclusión de los efectos del principio de preclusión, según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella.

El artículo 413 LEC, como una manifestación de este principio, consagra el principio de *perpetuación de la acción*, disponiendo que «[n]o se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción».

Este principio tiene como finalidad institucional el mantenimiento de la seguridad jurídica como garantía de la contradicción e igualdad de oportuni-

(26) Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 58/2008, de 28 de abril de 2008, recurso 2306/2005. Número de sentencia: 58/2008. Número de recurso: 2306/2005. LA LEY 32622/2008. El Tribunal Constitucional estima la demanda de amparo promovida por la madre biológica frente a las resoluciones dictadas por el Juzgado de Primera Instancia, número 10 de A Coruña, en expediente de jurisdicción voluntaria de adopción de su hijo menor de edad, y declara que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al no habérsele indicado la causa por la que se entendía que podía prescindirse de su asentimiento a la adopción y no adoptar las medidas precisas para someter a enjuiciamiento el carácter necesario o contingente de dicho asentimiento.

En el presente supuesto ni el menor se hallaba emancipado ni la demandante se encontraba privada de la patria potestad, sino que tan sólo el ejercicio de ésta por su parte se encontraba suspendido —*ex art. 172.1, in fine*, del Código Civil (CC)— como consecuencia de la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública de protección de menores, el único supuesto de entre los mencionados en el artículo 177.1.2 del Código Civil que justificaría prescindir del asentimiento a la adopción por parte de la demandante de amparo sería el de encontrarse la madre incurso *en causa legal para tal privación*.

(27) Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 75/2005, de 4 de abril de 2005, recurso 1713/2002. Ponente: Francisco Javier DELGADO BARRIO. Número de sentencia: 75/2005. Número de recurso: 1713/2002. LA LEY 972/2005. En el FJ 3.º hemos afirmado que en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que «en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia (tanto) los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación (que) son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen».

Y en el FJ 4.º se afirma que «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de Familia [STC 4/2001, de 15 de enero (LA LEY 2364/2001), FJ 4.º], no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho Privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1.826 LEC)».

dades de defensa y admite excepciones, como la posibilidad de formular alegaciones complementarias para la integración del objeto del proceso (art. 412 LEC), y la posibilidad de tomar en *consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio cuando lo imponen razones de interés público o general* relacionadas con el objeto del proceso que determinan que éste se rija por los principios de oficialidad y verdad material o que deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de contradicción que presiden su desarrollo.

Esto último sucede en el tipo de proceso que estamos examinando, en el que el Código Civil ordena que «se buscará siempre el interés del menor» (art. 172.4 CC). Precepto que atribuye al interés del menor desamparado un carácter prevalente en la adopción y revisión jurisdiccional de las medidas de control en consonancia con los tratados internacionales ratificados por España y presta suficiente apoyo legal, a juicio de esta Sala, a la exclusión del principio *perpetuatio actionis* que rige en el proceso civil.

En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil, *contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad*.

VII. PONDERACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR Y EL PRINCIPIO DE REINSERCIÓN

El artículo 172.4 del Código Civil establece que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su *reinserción en la propia familia*.

El *principio de reinserción* está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1986, y en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el TC a partir de la STS 298/1993, de 18 de octubre (28).

Estos principios, considerados en abstracto, no imponen soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia.

Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe *esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices*, para atribuir valor preponderante a una u otra

(28) Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 298/1993, de 18 de octubre de 1993, recurso 1888/1992. Ponente: Pedro CRUZ VILLALÓN. Número de sentencia: 298/1993. Número de recurso: 1888/1992. LA LEY 2341-TC/1993.

de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la *superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor*, puesto que la reinserción familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»).

Debe concluirse que *el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado* y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores.

Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

En conclusión, esta Sala sienta la doctrina de que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

VIII. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA AL CASO ENJUICIADO

La aplicación de la anterior doctrina al caso examinado conduce a las siguientes apreciaciones:

- a) La resolución recurrida establece que la asunción de la tutela automática estuvo justificada en el momento en que se adoptó.
- b) Para valorar la procedencia o improcedencia de la declaración de desamparo impugnada y de la medida de acogimiento familiar pre-adoptivo solicitada, debe tenerse en cuenta la evolución posterior de la madre biológica en el terreno de la realidad, independientemente de las causas que puedan haber influido en ella, incluido el mayor o menor acierto de la Administración en las medidas adoptadas.
- c) El propósito expresado por la madre biológica de asumir su rol parental y de atender adecuadamente a la menor en sus nuevas circunstancias familiares no es suficiente para garantizar que la reintegración al entorno de la familia biológica es adecuado al interés de la menor.
- d) Aunque se ha acreditado una evolución favorable en la situación de la madre biológica, el tenor del dictamen pericial emitido en el proceso no permite asegurar que esta evolución sea suficiente para eli-

minar el riesgo de desamparo de la menor si se restablece la unidad familiar, pues, entre otros factores, depende según el dictamen pericial, de hechos circunstanciales, como su vida en pareja.

- e) La anterior conclusión se justifica en el hecho de que en el dictamen pericial se manifiesta que la madre continúa padeciendo déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación necesarias para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales. La posibilidad de superar estos déficits mediante la ayuda de otras personas y de los servicios sociales no aparece en un examen del conjunto de circunstancias como suficientemente segura, por existir antecedentes de rechazo por la madre biológica de la ayuda de parientes y de los servicios sociales para la debida atención a la menor.
- f) Las circunstancias concurrentes no permiten afirmar que se compense el interés de la menor en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentra, dados los hechos que se destacan en el informe pericial acerca de su edad y el tiempo transcurrido en la familia de acogida, su satisfactoria integración en ella, la aparente falta de referencias parentales de la menor hacia su madre biológica registrada en la exploración, y el riesgo de desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje, comportamiento y posible depresión en el caso de ser reintegrada a su familia biológica.
- g) El hecho de que la madre esté a cargo de un nuevo hijo, no desvirtúa las conclusiones anteriores, pues este hecho no demuestra, por sí mismo, que la reinserción familiar de la menor, que fue declarada en desamparo, sea procedente; las cargas parentales revisten mayor dificultad cuando el número de hijos es mayor; y el interés de la menor, objeto de este proceso, debe ser considerado, según acaba de verse, teniendo en cuenta no solamente las circunstancias de la familia biológica, sino también las derivadas de su actual situación de acogimiento.

RESUMEN

MENORES: DESAMPARO Y REINSERCIÓN

El Tribunal Supremo establece como doctrina jurisprudencial, primero, que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad, y segundo, la ponderación del interés del menor en relación con la existencia

ABSTRACT

MINORS: ABANDONMENT AND REINTEGRATION

The Supreme Court establishes as jurisprudential doctrine, first, that it is in order for a judge examining a challenge to a declaration of abandonment to consider whether circumstances have changed since the time when the declaration was made, in order to determine whether the parents are able to resume patria potestas, and, second, the weighing of the minor's interest in connection with the existence of a change of circumstances that could justify the parents' being

de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.

able to resume patria potestas and the child's being reintegrated into his or her biological family.

1.3. Derechos reales

LA IMPORTANCIA DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS SOMETIDOS AL CÓDIGO CIVIL

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Doctora de Derecho Civil

Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LOS ARRENDAMIENTOS SOMETIDOS AL CÓDIGO CIVIL: SUPUESTOS.—III. REQUISITOS FORMALES DE SU CONSTITUCIÓN.—IV. LA INSCRIPCIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: SU ESPECIAL RELEVANCIA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Código Civil regula el arrendamiento de fincas rústicas y urbanas en el capítulo II, del título VI, del libro IV, en los artículos 1.546 al 1.582.

En el artículo 1.542 del Código Civil establece que el arrendamiento puede ser de cosas, obras o servicios. A continuación el artículo 1.543 del Código Civil afirma que en el «arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por un tiempo determinado y precio cierto».

Posteriormente, al ocuparse del arrendamiento de cosas, sólo lo hace de los arrendamientos de inmuebles —de fincas rústicas y urbanas—, al que dedica todo el capítulo II. Éste consiste en que una persona, el arrendador, cede el uso de un inmueble, una finca (1), a otra, el arrendatario, durante un tiempo y a cambio de un precio.

De ahí podemos extraer sus elementos esenciales como son: a) el precio: siempre se transmite el uso a cambio de una contraprestación, diferenciándolo

(1) Se entiende por finca, de manera general, la superficie de tierra delimitada por una línea poligonal cerrada que es objeto de propiedad. Dentro de esta definición caben, por supuesto, todo tipo de fincas rústicas, urbanas (pisos, locales, etc.), sin perjuicio de que también encontremos fincas no materiales, por ejemplo, las registrales —todo aquello que abre folio en un registro— como las concesiones administrativas, aguas privadas, aprovechamiento urbanístico, etc., que quedan fuera de este supuesto.

se así del comodato; y *b*) el tiempo: el arrendamiento siempre tiene un plazo, una duración determinada.

Podemos configurar este contrato como consensual, pues se perfecciona por el mero consentimiento, bilateral, pues implica prestaciones recíprocas (goce del inmueble y precio), oneroso (siempre existe contraprestación), de vigencia temporalmente limitada, pero de ejecución continuada —tracto sucesivo—, pues implica el uso del inmueble, y normalmente con prestaciones periódicas en el pago del mismo.

Sobre la naturaleza del arrendamiento hay que decir que existen ciertas dudas, ya que, al consistir principalmente en el uso de una finca concreta y determinada, y, además, al poder inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 2.5 LH) —dotándole de oponibilidad a terceros—, parte de la doctrina lo asemeja a un derecho real. Sin embargo, hemos de concluir que se trata de un derecho personal u obligacional, pues la facultad de goce o uso que tiene el arrendatario no constituye un verdadero derecho real limitativo de dominio, ya que necesita de la colaboración del propietario para ello, pues éste debe mantenerlo en el goce pacífico de la finca durante todo el arrendamiento.

El arrendatario tiene únicamente el goce de la finca —una posesión—, que puede defender, y si en determinados casos goza de oponibilidad, no es tanto por su carácter de derecho real, sino más bien, por la protección que el legislador quiere dar al arrendatario, de forma que un nuevo propietario, comprador de la finca arrendada, deba respetar ese arrendamiento, impidiendo el lanzamiento del inquilino (2), como más tarde veremos.

Precisamente, la falta de oponibilidad del derecho de arrendamiento aconseja su inscripción en el Registro para poder obtenerla; siendo distinto en este punto el tratamiento legal que se hace a los arrendamientos sometidos al Código Civil y los sometidos a la LAU, pues esta última reconoce a los arrendamientos sometidos a ella, cierta oponibilidad al ser oponibles al tercer adquirente de finca arrendada, por lo menos durante su plazo mínimo legal de duración.

II. LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS SOMETIDOS AL CÓDIGO CIVIL: SUPUESTOS

Los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas que quedan sometidos al régimen del Código Civil son los menos, pues en su mayoría se rigen por las leyes especiales de arrendamientos rústicos y urbanos (LAR y LAU). En concreto, los arrendamientos urbanos, que son en los que nos vamos a centrar, están regulados por el Código Civil en los artículos 1.546-1.575 —disposiciones comunes a rústicos y urbanos—, y las especiales de la sección cuarta. Pero, como ya hemos dicho, la mayoría de arrendamientos de fincas urbanas se rigen por la Ley especial de Arrendamientos Urbanos (LAU), de 24 de noviembre de 1994; lo que deja un escaso margen a los arrendamientos urbanos sometidos al Código Civil que son los que vamos a estudiar en este tema.

Sin embargo, conviene detenernos en examinar cuáles de estos arrendamientos urbanos se someten a las normas del Código Civil.

(2) Sobre la naturaleza personal/real del arrendamiento, la jurisprudencia, si bien en una primera fase se inclinó por el carácter real de esta figura, a partir de la STS de 18 de marzo de 1959 ha mantenido su naturaleza de derecho personal, aunque insiste en el fuerte poder que el arrendatario tiene sobre la cosa.

2.1. ARRENDAMIENTOS DE FINCAS URBANAS SOMETIDOS AL CÓDIGO CIVIL

Como regla general, quedarán sometidos al Código Civil aquellos arrendamientos de fincas urbanas que no se regulen por la LAU.

Los artículos 1, 2 y 3 LAU establecen el ámbito de aplicación de esta Ley, que se refiere a los arrendamientos de aquellos edificios destinados a satisfacer la necesidad de vivienda permanente del inquilino y a sus accesorios (mobiliario, trasteros, plazas de garaje y otras dependencias), e igualmente a aquellos para otro uso distinto como son los arrendamientos de temporada o los de fincas urbanas donde se ejerce una actividad profesional, recreativa, asistencial, comercial, artesanal, cultural o docente.

El artículo 5 LAU enumera los arrendamientos que quedan expresamente excluidos de esta Ley, y son:

- Los de las viviendas de porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, que las tengan asignadas por razón del cargo que desempeñan.
- Los de las viviendas militares.
- Los de la casa-habitación que se encuentre dentro de una finca rústica, por tanto con destino de aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal.
- Los de las viviendas universitarias, cuando hayan sido calificadas como tales por la propia Universidad, propietaria o responsable de las mismas y asignadas a sus estudiantes o profesores.

A pesar de quedar excluidos del ámbito de aplicación de la LAU, no todos se rigen por el Código Civil, sino que las viviendas militares se rigen por su propia Ley Especial (Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas); los arrendamientos de casas-habitación situadas en una finca rústica, se sujetan a lo dispuesto en la LAR (2005), y los de viviendas universitarias se someten a las normas que establezca la propia Universidad —autonomía universitaria— y en su defecto el Código Civil.

Por lo tanto, y analizando la LAU, podemos considerar como arrendamientos de fincas urbanas sometidos al Código Civil a los siguientes:

- De manera supletoria, las disposiciones del Código Civil se aplicarán a todos aquellos arrendamientos de fincas urbanas que en principio se rigen por la LAU.
- El Código Civil regirá los arrendamientos de plazas de garaje, o incluso trasteros o dependencias de edificios, siempre que no sean accesorios de la vivienda (cfr. art. 2.2 LAU, en contrario).
- Los arrendamientos de viviendas de porteros, guardas y asalariados en función del cargo que desempeñen (art. 5 LAU).

Sin embargo, quedan también fuera de la LAU, aunque ésta no diga nada expresamente, los arrendamientos de solares y los arrendamientos complejos, que quedarán sometidos a las disposiciones del Código Civil.

Veamos a continuación cada uno de estos arrendamientos:

1. ARRENDAMIENTOS DE PLAZAS DE GARAJE, TRASTEROS O DEPENDENCIAS NO ACCESORIAS A LA VIVIENDA

Quedan excluidos de la LAU y por tanto regulados por el Código Civil, los arrendamientos de plazas de garaje o trasteros, o similares, siempre que no sean cedidos como accesorios a la vivienda. Es decir, si se arriendan conjuntamente con ésta o de forma separada pero al servicio de la vivienda, siendo el contrato de vivienda el de referencia, estarán regulados por la LAU; es por tanto su carácter de accesorios de la vivienda lo que hace que se sometan a una u otra regulación. En este sentido, puede decirse que, por ejemplo, si se alquila una plaza de garaje, o un trastero en un edificio distinto del de la vivienda a la que sirve como garaje o guardamuebles, está sometido a la LAU, pues es un claro accesorio de la misma.

En conclusión, estarán sometidos al Código Civil los arrendamientos de plazas de garaje que se arrienden con la única finalidad de aparcamiento de vehículos, independientes de una vivienda, sin que puedan quedar asimilados a arrendamientos para uso distintos de vivienda regulados por la LAU (3). En este sentido, la RDGRN, de 3 de marzo de 2004, afirma lo siguiente: «los arrendamientos de plaza de garaje no están sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos, salvo en el caso de que el arrendamiento de la plaza sea accesorio del de la vivienda, y ello porque a los efectos de la misma debe considerarse que tales plazas de garaje no constituyen edificación —ya que en ellas la edificación es algo accesorio, siendo lo esencial la posibilidad de guardar un vehículo—; tales plazas de aparcamiento no se hallan enumeradas en los supuestos de arrendamientos para uso distinto de vivienda a que se refiere el artículo 3.2 de la Ley —siquiera esta enumeración sea ejemplificativa—, ni en la Exposición de Motivos de la Ley».

Habrà que añadir que, para que el arrendamiento de plaza de garaje esté sometido al Código Civil, no puede ser un arrendamiento por horas, sino de carácter más fijo, pues en caso contrario estará sometido a la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, que regula el contrato de aparcamiento de vehículos.

2. SOLARES

Un solar es la superficie o «la extensión de terreno comprendida en el caso de poblaciones y sus zonas de ensanche, destinada a futura edificación, aunque por el momento esté dedicada a usos y utilidades económicas compatibles con su estado actual y cerrada sobre sí para su mejor aprovechamiento» (STS de 31 de enero de 1950 y SAP de Barcelona de 12 de diciembre de 1996).

Por lo tanto, es una superficie dentro de una zona urbana sin edificar o con algunas edificaciones de carácter menor, cuya finalidad es precisamente ser edificada.

(3) La jurisprudencia ha sido oscilante a la hora de clasificar los arrendamientos de plaza de garaje, considerándolos unas veces como arrendamiento de vivienda —cuando son accesorios de ésta—, o arrendamientos de uso distinto de vivienda, antes asimilado a local de negocio (por ejemplo, SAP de Burgos, de 6 de octubre de 1998), o incluso como un contrato de «garaje» o arrendamiento complejo cuando se incluyen servicios de limpieza o guarda (SAP de Girona, de 1 de diciembre de 1997 y STS de 22 de octubre de 1996). Véase en este sentido, también a YÚFERA SALES, Pedro, *Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, Editorial Bosch, 2006, págs. 81-83.

Estos terrenos fueron excluidos expresamente en la LAU de 1964, y debemos entenderlos igualmente excluidos de la LAU de 1994, pues no cumplen con la característica propia de los arrendamientos urbanos que recaen siempre sobre edificaciones (4).

Puede ocurrir, como hemos dicho, que en esos solares existan algunas edificaciones. Antes se consideraban excluidos de la LAU si esas edificaciones no eran habitables (5), después cambió la jurisprudencia en el sentido de que, aún siendo habitables esas edificaciones, si las mismas no constituyen el objeto principal del contrato, se regirán por las disposiciones del Código Civil (6). Es decir, en estos casos de arrendamientos mixtos —solar y edificación— habrá que atender al destino principal de la cosa arrendada para determinar su régimen jurídico. Si la edificación es accesorio del solar, ese arrendamiento se rige por la voluntad de las partes y el Código Civil.

3. VIVIENDAS DE PORTEROS, GUARDAS Y ASALARIADOS ASIGNADAS EN FUNCIÓN DEL CARGO QUE DESEMPEÑEN

Los arrendamientos de estas viviendas quedan excluidos de la LAU y por tanto sometidos al Código Civil, pues la contraprestación que recibe el arrendador por la cesión del goce del inmueble es el desempeño de un cargo o servicio al arrendador, y precisamente por eso se le cede la vivienda. Esta contraprestación no dineraria se convierte en la base del contrato, y será la que determine el régimen jurídico al que se somete dicho arrendamiento.

Si el desempeño del cargo no es la base del contrato y existe el pago de una renta por el uso del inmueble, entonces se tratará de un arrendamiento sometido a la LAU y no al Código Civil (STS de 9 de diciembre de 1991).

4. ARRENDAMIENTOS COMPLEJOS

Se entiende por arrendamiento complejo aquel en el que, además de la relación arrendaticia normal (cesión de uso por precio), las partes pactan otras prestaciones consustanciales al propio contrato. Es decir, se arrienda un determinado inmueble, y el arrendatario asume a su costa la realización de determinadas mejoras (*ad meliorandum*), o incluso edificaciones (*ad aedificandum*), que al terminar el contrato quedarán en propiedad del dueño del suelo (SSTS de 3 de abril de 1984 y 19 de junio de 1986). En estos contratos la prestación añadida es decisiva a la hora de contratar, y se convierte en fundamental, e incluso puede sustituir a la obligación de pagar el precio.

También puede ser ejemplo de un arrendamiento complejo el del alquiler de plaza de garaje con la limpieza y custodia del automóvil, o el de hospedaje.

(4) En este sentido, SAP de Cádiz, de 11 de marzo de 1975: «El objeto de la legislación arrendaticia urbana ha de ser en todo caso una edificación, por lo que deben quedar excluidos de su ámbito los llamados solares, o sea, fincas que al mismo tiempo del contrato arrendaticio carecían de edificaciones».

(5) Véase, SSTS de 3 de junio de 1963, 8 de julio de 1977 y 9 de octubre de 1980, entre otras.

(6) Véase STS de 12 de marzo de 1959.

Son contratos que, en principio, se rigen por el Código Civil, cuando el objeto principal del mismo sea, precisamente, esas otras prestaciones: las mejoras, las obras, y se conviertan en la razón de ser del contrato. Habrá que estar a la voluntad de las partes para determinar si ese es el objeto principal del contrato y no el arriendo de la finca en cuestión. Aunque si se someten al Código Civil, no podemos decir que sea propiamente un arrendamiento de cosas, sino de obras o servicios.

Todos y sólo éstos son los arrendamientos urbanos regulados por el Código Civil, que quedan al margen de la LAU, y por tanto de la oponibilidad legal que ésta confiere a los arrendamientos que contempla.

III. REQUISITOS FORMALES DE SU CONSTITUCIÓN

El arrendamiento, como la mayoría de los contratos de nuestro sistema civil, no exige forma alguna para su validez (art. 1.278 CC); por lo tanto y en principio, es válido el arrendamiento recogido en documento privado, o en documento público o incluso el celebrado de forma verbal, tal y como se comprueba en el artículo 1.547 del Código Civil, que recoge expresamente la ejecución de un contrato de arrendamiento verbal, confirmando, de este modo, la libertad de forma que tiene este contrato.

El último párrafo del artículo 1.280 del Código Civil afirma que deberán constar por escrito los contratos en los que la cuantía de las prestaciones exceda de 1.500 pesetas, y además, en la regla 2.^a afirma que si el arrendamiento de inmuebles se celebra por un plazo de seis años, «deberán constar en escritura pública». No obstante, este precepto debe interpretarse conjuntamente con el artículo 1.278 y 1.279 del Código Civil, en el sentido de que la forma exigida por el artículo 1.280 es simplemente una forma *ad probationem*, no es requisito esencial del contrato, y significa que las partes pueden compeleerse recíprocamente a llenar esta forma, sin que en ningún caso sea requisito de validez del mismo, la escritura pública (7).

Si el arrendamiento va a ser inscrito en el Registro de la Propiedad para hacerlo oponible a terceros (arts. 1.549 CC y 2.5 LH), siempre deberá constar en escritura pública, pues así lo exige el principio de legalidad registral (art. 3 LH). La inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad es necesaria para dotarle de oponibilidad *erga omnes*, y de esta forma proteger al arrendatario que tiene inscrito el arrendamiento a su favor, en el caso de venta de la finca arrendada. Conviene recordar que, hoy en día, pueden inscribirse todo tipo de arrendamientos, subarriendos, cesiones, y subrogaciones, sin necesidad de que tengan una duración determinada (art. 2.5 LH).

Y precisamente, corresponde ahora analizar cómo se lleva a cabo esa inscripción y la eficacia que la misma produce.

(7) Véase, en este sentido, SSTs de 9 de diciembre de 1977, 30 de septiembre de 1993, 24 de noviembre de 1993, 12 de marzo de 1994 y 27 de enero de 1995; y en concreto para el contrato de arrendamiento de inmuebles: STS de 4 de marzo de 1952.

IV. LA INSCRIPCIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: SU ESPECIAL RELEVANCIA

4.1. REQUISITOS DE SU INSCRIPCIÓN

El artículo 2.5 LH admite, sin lugar a dudas, la posibilidad de inscripción de todo tipo de arrendamientos, tal y como se acaba de exponer (8). Este apartado 5.º del artículo 2 debe su redacción a la Disposición Adicional 2.ª de la LAU, que suprimió los requisitos que la anterior Ley Hipotecaria establecía para la inscripción de arrendamientos —duración de seis años, adelanto de rentas y pacto para inscribir—.

Asimismo, la Disposición Adicional segunda de la LAU establecía que deberían desarrollarse reglamentariamente los requisitos necesarios para su inscripción en el Registro. El desarrollo reglamentario anunciado es el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero.

Parece que el sentido de este desarrollo reglamentario era flexibilizar los requisitos de acceso documental de los contratos de arrendamiento al Registro para favorecer la inscripción y adaptarse a la realidad social, en la que pocos contratos de arrendamientos se establecen en documento público.

Sin embargo, el Real Decreto no flexibilizó los requisitos documentales, ni siquiera fue prolijo o detallista a la hora de establecerlos y se limitó a señalar, en su artículo 2, que los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad, de los arrendamientos son «la escritura pública notarial o la elevación a escritura pública del documento privado de este contrato». Por lo tanto, el Real Decreto simplemente repitió la regla general sobre la necesidad de títulos públicos o auténticos (art. 3 LH), para la inscripción de los derechos en el Registro, que conforma el principio de legalidad registral. Eso sí, establece en su artículo 8 una reducción de aranceles notariales y registrales para favorecer la inscripción de los arrendamientos.

A continuación, en el resto de artículos, el Real Decreto regula cómo en la inscripción del arrendamiento debe describirse la finca, con expresión de la población, calle, número y situación de la finca arrendada dentro del edificio, superficie y linderos, así como el número de finca registral y la cuota de comunidad correspondiente a la misma, cuando los gastos sean de cuenta del arrendatario (art. 3); igualmente debe expresarse la identidad de los contratantes, la duración pactada del contrato, la renta inicial pactada, y las demás cláusulas que las partes hubieran acordado (art. 4); todo ello, conforme a las exigencias derivadas del principio de especialidad registral. En el artículo 6.2 se establece el procedimiento de inscripción del arrendamiento cuando no haya folio independiente abierto para la finca arrendada; en este caso, si el edificio en su conjunto sí está inscrito, bastará, sin necesidad de segregación o constitución de propiedad horizontal, que la finca arrendada quede perfectamente delimitada en cuanto a su extensión, linderos y situación, practicándose la inscripción del arrendamiento en el folio abierto para la totalidad del edificio o finca. Por último, en el artículo 7 se regula el procedimiento de cancelación que

(8) Artículo 2.5 LH: «En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

5.º Los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos».

también corresponde con las normas generales de la misma, recogidas en el artículo 353.3 RH, sobre cancelación de oficio por el Registrador.

En definitiva, para la inscripción de los arrendamientos se exigen los mismos requisitos formales de documentación pública o auténtica que para cualquier situación jurídica inscribible, y los mismos derivados del principio de especialidad, en virtud del cual se debe concretar todos los elementos de la relación jurídico-registral.

Hay que decir que el Real Decreto, al establecer estos requisitos de inscripción, inicialmente está pensando en los arrendamientos sometidos a la LAU, pues es el desarrollo reglamentario de la misma, pero creemos que nada obsta para tratar de aplicarlos a los arrendamientos del Código Civil, pues, como hemos dicho, no son sino la aplicación de los principios registrales de especialidad y legalidad que deben regir en toda inscripción.

4.2. LA EFICACIA DE SU INSCRIPCIÓN

Una vez inscrito el contrato de arrendamiento en el Registro, ese derecho de arrendamiento goza, como todas las situaciones jurídicas inscribibles —que se inscriben—, de publicidad y oponibilidad.

Esto no quiere decir, como reiteradamente ha mantenido la jurisprudencia (9), que el arrendamiento inscrito cambie su naturaleza personal en real, sino simplemente que su inscripción le dota de oponibilidad para terceros adquirentes de esa finca arrendada, en el sentido de que deberán respetar dicho arrendamiento.

Esta eficacia registral alcanza mayor importancia cuando el arrendamiento que se ha inscrito es un arrendamiento sometido al Código Civil. En efecto, el artículo 1.549 del Código Civil dice: «Con relación a terceros no surtirán efectos los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad». Es decir, un arrendamiento urbano sometido al Código Civil, si no se inscribe no es oponible al tercer adquirente de la finca arrendada, con el perjuicio que supone para el arrendatario que puede verse expulsado de la finca.

Sin embargo, y aunque, como ya hemos visto, los arrendamientos sometidos a la LAU también son inscribibles, su falta de inscripción no los hace inoponibles al tercero adquirente, sino que la propia Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 14, dota de oponibilidad legal a los arrendamientos urbanos, al menos durante su periodo de duración mínima —cinco años—.

Este artículo 14 LAU dispone lo siguiente:

«El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aún cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al

(9) Véase, en este sentido: SSTs de 17 de octubre de 1978, 8 de octubre de 1985 y 30 de marzo de 1987, entre otras.

arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir.

Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años».

Es decir, aunque el arrendamiento no esté inscrito, y el tercero adquirente de la finca no lo conozca por su falta de inscripción, y concurren en él el resto de requisitos de tercero del artículo 34 LH, ese arrendamiento será oponible, y deberá soportarlo por lo menos durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, tal y como establece el primer párrafo de este artículo. O sea, ese arrendamiento urbano es oponible porque así lo establece la Ley para la protección de los arrendatarios.

El arrendamiento sometido al Código Civil, sin embargo, y tal y como hemos visto que dice el texto legal, si no se inscribe no goza de oponibilidad alguna, tal y como recoge el viejo aforismo «venta quita renta», en el sentido de que el tercero que adquiere una finca arrendada no debe soportar ese arrendamiento —siempre que no esté inscrito— y por lo tanto éste se extingue y el arrendatario deberá abandonar el inmueble. Esto lo recoge, asimismo, el artículo 1.571 del Código Civil, que establece como causa de extinción del arrendamiento, la venta de la finca arrendada. Cuando se vende una finca que está arrendada, el arrendamiento llega a su fin, y el arrendatario debe devolver la finca y ponerla a disposición del nuevo propietario, que no tiene que «soportar» el arrendamiento anterior no contratado por él. Esto es consecuencia del carácter personal del arrendamiento, que se agota entre las partes contratantes sin ser, en principio, oponible a terceros, y no gozar de oponibilidad legal alguna.

Esto hace que los titulares de estos arrendamientos queden en inferioridad de condiciones con respecto a los otros titulares de arrendamientos sometidos a la LAU, pues ni siquiera su duración mínima pactada —ya que no tienen duración legal mínima (10)— se les respeta. De ahí que la necesidad de su inscripción sea mucho mayor que en los otros supuestos de arrendamientos urbanos, pues sólo así pueden prevalecer, y oponerse frente al nuevo titular de la finca arrendada.

Desde estas líneas reivindicamos la importancia de la inscripción de estos arrendamientos sometidos al Código Civil, y consideramos que sería bueno facilitar e incentivar de algún modo la misma, para que pudieran gozar de oponibilidad, tan necesaria para proteger al arrendatario en los supuestos de venta de finca arrendada.

(10) El artículo 1.543 del Código Civil recoge el plazo como elemento esencial del arrendamiento, confirmando el carácter eminentemente temporal de este contrato.

Sin embargo, el Código Civil, y a diferencia de las legislaciones especiales no establece un plazo mínimo —ni máximo— de duración, dejando a la voluntad de las partes tal requisito.

El plazo o duración será, por tanto, el que establezcan las partes, y si no hubiera fijado ninguno, el Código Civil da unas reglas para determinarlo, pero en ningún caso se establece un plazo legal concreto que debe ser respetado.

RESUMEN

INSCRIPCIÓN REGISTRAL.
ARRENDAMIENTOS

Hemos tratado de analizar por qué la inscripción de los arrendamientos urbanos sometidos al Código Civil, que tiene su base en el artículo 2.5.º LH, tiene una especial importancia en nuestro ordenamiento, ya que dichos arrendamientos, a diferencia de los sometidos a la LAU, no tienen oponibilidad legal. Por eso, se hace más necesario, si cabe, su toma de razón en el Registro. Para ello se analizan primero cuáles de los arrendamientos urbanos quedan sometidos al Código Civil —pues son una minoría—, y una vez delimitado el objeto, se estudian sus requisitos formales de constitución e inscripción, para concluir con el análisis de la necesidad y conveniencia de su inscripción registral a pesar de no ser un requisito ni formal ni mucho menos constitutivo de los mismos, pero sí de oponibilidad a terceros.

ABSTRACT

REGISTRATION.
LEASES

This paper attempts to analyse why the registration of urban leases made under the Civil Code, whose basis lies in article 2.5 of the Mortgage Act, is especially important in our legislation, since such leases, unlike those made under the Urban Lease Act, are not legally enforceable. It is for this reason that recording such leases in the registry becomes even more necessary, if possible. First the paper provides an analysis to determine which urban leases are made under the Civil Code (as they are a minority). The object having been delimited, a study then is offered of the requirements of form for the creation and registration of such leases. The concluding analysis looks at the necessity and advisability of registering urban leases made under the Civil Code, despite the fact that registration is not a requirement of form and certainly not a requirement for the creation of such leases, although registration is a requirement in order for urban leases under the Civil Code to be enforced vis-à-vis third parties.

1.4. Sucesiones

LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA Y LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD
CONYUGAL DEL CAUSANTE

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil UNED

Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la partición de la herencia y la liquidación de la sociedad de gananciales como paso previo a la partición y adjudicación hereditaria.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. NATURALEZA IMPERATIVA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—III. DIFERENCIA

ENTRE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y PARTICIÓN DE LA HERENCIA.—IV. NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA PARTICIÓN HECHA POR HEREDEROS.—V. CAUSAS DE IMPUGNACIÓN DE LA PARTICIÓN.—VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Para poder realizar la partición de la herencia del causante es necesario proceder previamente a la liquidación de los bienes gananciales que, en principio, corresponde al cónyuge viudo y a los herederos del premuerto, ya que el matrimonio ha quedado disuelto en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 85 CC).

No deben confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la partición de la herencia de uno de los cónyuges aun cuando, en numerosas ocasiones, coinciden en el tiempo.

El artículo 1.396 del Código Civil dispone que: «Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad». Una vez realizado el inventario y abonadas las deudas y cargas y las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge (art. 1.403 CC), «el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos» (art. 1.404 CC).

II. NATURALEZA IMPERATIVA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2009, Sala Primera, parte de la naturaleza imperativa de la liquidación de la sociedad de gananciales como paso previo para dividir la herencia de uno de los esposos en consonancia con lo que prescribe el Código Civil en los artículos 1.396 a 1.404.

III. DIFERENCIA ENTRE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y PARTICIÓN DE LA HERENCIA

Cuando el causante estuviere casado al tiempo de su fallecimiento, la partición de la herencia presupone la liquidación de la comunidad de gananciales que, en principio, corresponde al cónyuge viudo y a los herederos del premuerto, actuando por unanimidad, pudiendo, como mucho, dar intervención al comisario en representación del causante, pero hay que tener en cuenta que el encargo de éste sólo alcanza a partir la herencia y no la comunidad conyugal, sin embargo, según LACRUZ y SANCHO esta regulación tiene graves inconvenientes, dado que, con arreglo al artículo 1.057, el causante no podría conferir al comisario una posibilidad de actuar que excediese de la mera facultad de hacer la partición (1).

(1) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones, I. Parte general, sucesión voluntaria*, Bosch, 1976.

La liquidación de la herencia conlleva un proceso que presenta grandes similitudes con la liquidación de la sociedad de gananciales (2), si bien la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de matizar que no debe confundirse la liquidación de la sociedad conyugal con la partición de la herencia, a pesar de que presenten similitudes, porque son operaciones distintas y no recaen sobre los mismos derechos, toda vez que por la primera se trata de determinar las aportaciones de ambos cónyuges al matrimonio, satisfacer las deudas y cargas de la sociedad conyugal y proceder a la división del haber partible, transformando la cuota ideal de cada interesado en otra real y efectiva, mientras que la segunda sirve de cauce para adjudicar el caudal hereditario del difunto a través de una serie de operaciones, si bien suele coincidir aquella liquidación con la partición de bienes de uno de los cónyuges (RDGRN de 2 de febrero de 1960).

IV. NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA PARTICIÓN HECHA POR HEREDEROS

La partición realizada por los herederos tiene naturaleza contractual, en este sentido ya la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de noviembre de 1934, decía que la partición hecha de común acuerdo por los interesados tenía naturaleza de verdadero contrato, en el mismo sentido la sentencia de 25 de febrero de 1966.

En el caso contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2009, todos los legitimados (la viuda y los hijos) acordaron la liquidación de los bienes gananciales y la partición y adjudicación de la herencia si bien, posteriormente, la viuda ejercitó la acción de nulidad de la partición y adjudicación de la herencia de su difunto esposo, dirigiendo la pretensión contra los hijos del que fue su marido y su anterior esposa, fundándose en el hecho de que la partición y adjudicación de la herencia había sido realizada sin que previamente se disolviera la sociedad conyugal regida por el régimen de gananciales. Alegaba la infracción de los artículos 1.396 y 1.404 del Código Civil por ser imperativas las normas en ellos recogidas y que estipulan la liquidación de la sociedad de gananciales como paso previo a la partición y adjudicación hereditaria.

El Supremo desestimó la pretensión, basándose en los hechos que recoge la sentencia de la Audiencia, ya que la liquidación de la sociedad de gananciales había sido consentida por los legitimados para ello, es decir, la viuda y los herederos del cónyuge fallecido, sin negar la necesidad de disolver la sociedad de gananciales para distribuir la herencia del cónyuge fallecido entre sus herederos. Concluye el Alto Tribunal diciendo que no cabe predicar la nulidad del acto de partición y división hereditaria, ya que la liquidación de los bienes gananciales fue consentida por todos los legitimarios.

Los herederos gozan de amplias facultades para distribuir el caudal de la manera que estimen conveniente (RDGRN de 4 de febrero de 1944). En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 1966, señala que al practicar la partición, los interesados pueden celebrar cuantos pactos tengan por conveniente, los cuales serán válidos en derecho y de obligatorio cumplimiento.

(2) C. LASARTE, *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil*, VII, 5.^a ed., Madrid, Pons, 2008, pág. 366.

Sobre la validez de los pactos hechos por los coherederos, la sentencia de 25 de febrero de 1966 pone de manifiesto que el artículo 1.058 del Código Civil contiene una amplísima facultad para los herederos mayores de edad, que por sí mismos efectúan la partición de los bienes que constituyen la herencia, pues tal operación, mediante el concierto de sus voluntades, tiene carácter de contrato, en el cual, por virtud de lo que previene el artículo 1.255 del Código Civil, pueden establecer válidamente quienes las otorgan cuantos pactos, cesiones o transacciones tengan por conveniente para la valoración, liquidación y distribución del caudal hereditario.

V. CAUSAS DE IMPUGNACIÓN DE LA PARTICIÓN

Las operaciones de partición de herencia, una vez concluidas por convenio unánime de todos los herederos, pueden ser impugnadas siempre que hubiera alguna de las causas que pueden motivar la misma, como son: *a)* por las causas que invalidan el consentimiento como todo contrato; *b)* por existencia de lesión en determinados supuestos de montante económico; *c)* por vía de complemento o adición al advertirse la omisión de alguno o algunos de los bienes hereditarios; *d)* por preterición de algún heredero, y *e)* por haberse concluido con uno a quien se creyó heredero sin serlo en realidad; causas que con preceptos jurídicos diferenciados y acordes a su específica naturaleza recoge singularmente el Código Civil en sus artículos 1.073 al 1.081, no dándoles carácter limitativo o exhaustivo (SSTS de 29 de marzo de 1958 y 29 de octubre de 1960).

No se admite como causa de impugnación que no se hubiese disuelto la sociedad de gananciales antes de proceder a la partición de la herencia cuando la liquidación de los bienes gananciales fue consentida por todos los legitimarios, como ocurre en la sentencia antes mencionada del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2009.

VI. CONCLUSIONES

La partición de la herencia requiere que previamente se haya realizado la liquidación de la sociedad de gananciales del difunto para saber con exactitud el remanente de la misma y dividirlo por mitad entre el cónyuge superviviente, si lo hubiere y los herederos a quienes corresponda. Es necesaria la previa liquidación de los bienes gananciales para poder incluirlos en la partición, ya que forman parte de la herencia del causante.

RESUMEN

SUCESIÓN HEREDITARIA SOCIEDAD CONYUGAL

Se analiza la posición de la jurisprudencia respecto a la partición de la herencia y la necesaria liquidación de

ABSTRACT

HEREDITARY SUCCESSION CONJUGAL PARTNERSHIP

This paper analyses the position of case law with respect to the partition of the estate and the necessary liqui-

la sociedad de gananciales el causante como paso previo a la partición y adjudicación hereditaria.

dation of the community property of the decedent as a step prior to partition and adjudication of the estate.

1.5. Obligaciones y Contratos

MORA ES EL RETRASO CULPABLE EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PERO NO LO ES EL SIMPLE RETRASO

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO.—III. REQUISITOS DE LA MORA.—IV. SUPUESTOS EN LOS QUE NO ES PRECISA LA INTERPELACIÓN DEL ACREEDOR AL DEUDOR.—V. ESPECIALIDAD PARA LA MORA EN LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el incumplimiento defectuoso de la obligación, caso de incumplimiento parcial, el supuesto más típico y contemplado en el Código Civil es el relativo al tiempo, es decir, la mora del deudor. Es, en efecto, cumplimiento defectuoso el incumplimiento tardío o moroso que consiste en que la prestación se realiza después de haber incurrido el deudor en mora (1).

II. CONCEPTO

La mora es la infracción de la obligación cometida por el deudor al retrasar el cumplimiento de la prestación debida, pero con posibilidad de cumplirla posteriormente. En esto se diferencia la mora de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación. Sin embargo, en sentido estricto, al no poderse cumplir fuera del término pactado la prestación, se habla por ello de que la mora implica una imposibilidad parcial, y es parte siempre, para estimar que existe, de la subsistencia de la pretensión para cumplir lo debido (2).

III. REQUISITOS DE LA MORA

Para que el deudor, que retrasa el cumplimiento de la obligación, incurra en mora, se han de dar los siguientes requisitos:

(1) En este sentido se pronuncian las STS de 30 de marzo y 8 de junio de 1981, 15 de febrero, 18 de octubre y 30 de noviembre de 1982, 26 de junio de 1984, 9 de junio de 1986 y 1 de junio de 1996.

(2) Así lo manifiesta la STS de 24 de septiembre de 2002.

1. Obligación positiva. Ha de tratarse de una positiva, es decir, de una obligación de hacer o de dar, que no es sino una variedad del hacer. En las obligaciones negativas, de no hacer, si el deudor hace lo que no debe hacer, no habrá retraso sino incumplimiento propio (3).

2. Exigibilidad de la deuda. La deuda, que es el deber jurídico del deudor de realizar la prestación, ha de ser exigible.

La exigibilidad viene determinada por la clase de obligación, según sea pura, condicional o a término: inmediatamente en la primera (4), cuando se cumpla la condición, si se cumple, en la segunda (5), y cuando llegue a término, en la tercera (6).

La exigibilidad lleva consigo que la deuda sea líquida, ya que una deuda ilíquida no puede ser exigida, hay que esperar a que se liquide y, entonces, será exigible y el deudor incurrirá en mora (7).

La jurisprudencia, en aplicación de la regla *in illiquidis non fit mora*, manda desestimar la pretensión de condena del deudor a pagar los intereses de demora (arts. 1.101 y 1.108 CC) cuando la sentencia que pone fin al proceso declara que la deuda que los podría generar es inferior a la reclamada en la demanda. Considera, por ello, que la discrepancia de las partes sobre la cuantía del *debitum* convierte en necesario un proceso para liquidarlo y, por ello, en ilíquida la deuda hasta la sentencia. En tal sentido, entre otras muchas, son de mencionar las SSTs de 15 de febrero de 1982, cuando dispone: «...iliquidez que ha de admitirse cuando, como se acaba de decir, se ha demandado mayor suma de la debida por incluir en la petición de condena e importe de unos gastos de giro improcedentes legalmente...», 30 de noviembre de 1982: «...el deudor vendrá obligado al pago de los intereses legales por cantidad líquida desde que se reclame judicialmente, es decir, desde el momento en que empieza la litispendencia, pero siempre que se le condene al pago de la suma reclamada líquida, y no cuando, como sucede en este caso, la condena es por cantidad inferior o distinta o cuando ha de determinarse en ejecución de sentencia», y la de 21 de junio de 1985: «...y dado que al determinarse en sentencia el importe de la cantidad adeudada, en concepto de rentas atrasadas, y devenir líquida en la dicha resolución, no puede devengar intereses, como tiene dicho reiteradamente la Sala».

3. Culpabilidad del deudor. La mora da lugar a indemnización, tal y como dispone el artículo 1.101 del Código Civil, pero no ha lugar a la misma, según determina el artículo 1.105 del mismo cuerpo legal, si se ha producido por caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que se haya previsto expresamente que responda incluso en tal caso. Por tanto, es preciso que el retraso se haya producido culpablemente por el deudor para que éste incurra en mora.

4. Interpelación del acreedor al deudor. El acreedor ha de exigir a los deudores, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. Se trata de una declaración de voluntad unilateral y recepticia del acreedor al deudor y puede hacerse *judicialmente*, por interposición de la demanda, que es

(3) El artículo 1.100, en su primer párrafo, se refiere a las obligaciones positivas al decir: «...los obligados a entregar o a hacer alguna cosa...».

(4) Así lo dispone el artículo 1.113 del Código Civil.

(5) Artículo 1.114 del Código Civil.

(6) Artículo 1.125 del Código Civil.

(7) La jurisprudencia es muy reiterada respecto a la exigencia de liquidez de la deuda: *in liquidis non fit mora*.

el caso más frecuente o por acto de conciliación o *extrajudicialmente*, en cualquier forma: oral, escrita por documento privado o documento público.

IV. SUPUESTOS EN LOS QUE NO ES PRECISA LA INTERPELACIÓN DEL ACREEDOR AL DEUDOR

Se trata de casos en los que la mora se produce de forma automática y se da el retraso con la reunión de los demás requisitos, es decir, obligaciones positivas, deuda exigible y culpabilidad, y son los siguientes:

- Cuando las partes lo pacten expresamente en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.
- Cuando la ley lo determine expresamente.
- Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación del momento en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue el motivo determinante para establecer la obligación, ya que el tiempo del cumplimiento fue motivo determinante, aunque no exclusivo porque, en tal caso, cumplir más tarde provocaría incumplimiento propio de la obligación.

V. ESPECIALIDAD PARA LA MORA EN LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS

No se trata de que en las obligaciones recíprocas no sea preciso el requisito de intimación del deudor y, por tanto, desde que uno cumple empieza la mora para el otro, es decir, mora automática, sino que en las obligaciones recíprocas son precisos los requisitos de la mora, incluso el de intimación al deudor, y además, que el acreedor cumpla como deudor su respectiva obligación recíproca, por tanto, cumplida por un sujeto su obligación recíproca, exigirá al otro sujeto que cumpla la suya, y si se retrasa, dándose todos los requisitos incurre en mora, también el de ser intimado o requerido, incurre en mora.

En este sentido, el sector más significativo de la doctrina está de acuerdo en la necesidad de la interpelación por el vendedor que ha cumplido su obligación de entrega para poner en mora al deudor del precio, cuando se trata de obligaciones de cumplimiento no simultáneo, manifestándose así la jurisprudencia más moderna, según la cual la mora automática sólo se produce en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo (8).

Y es que en este caso y no siendo necesario el requerimiento al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que incumbe según el contrato, cede ante el precepto más específico del artículo 1.504 del Código Civil, cuando sea inmueble objeto de la venta, según el cual, aun cuando exista pacto comisorio expreso, podrá pagar el deudor mientras no sea requerido judicial o notarialmente, lo que es un beneficio para el comprador, quien, a pesar de su incumplimiento o falta de pago en el plazo aceptado, tiene una posibilidad de cumplir, salvo que medie el aludido requerimiento, así lo expresan las SSTs de 29 de noviembre de 1982 y 26 de febrero y 27 de mayo de 1985.

(8) Citamos, a este respecto, la STS de 5 de marzo de 1999.

VI. CONCLUSIONES

Es reiteradísima la jurisprudencia, como ya adelantábamos, respecto a la exigencia de liquidez de la deuda, ya que la misma supone o indica, que para cuando la cantidad adeudada no sea líquida, es decir, cuando para determinarla es preciso una contienda judicial, el abono de intereses sólo procede desde el instante procesal de firmeza de la sentencia que resuelve dicha contienda judicial, premisa que se proclama en una antigua doctrina jurisprudencial plasmada en numerosas sentencias de la Sala. No obstante, a partir de las SSTs de 5 de abril de 1992, 18 de febrero y 21 de marzo de 1994, la Sala ha atenuado y modificado el automatismo del expresado principio, cuando en la misma se dice que, junto a la consideración de la condena de abono de intereses por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de un deuda de valor, sino también y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos, no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlos ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor. Y es que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aunque fuere menos de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial. La STS de 19 de junio de 1995 inicia un giro jurisprudencial, insistente en reconocer el derecho del demandado a los intereses moratorios aunque la sentencia diera menos de lo pedido en la demanda, línea esta que mantienen, inspiradas en los principios de buena fe contractual y de equilibrio de las prestaciones, así como la consideración de la preexistencia cierta del crédito que se hacía valer en la demanda, por más que su cuantificación final no coincidiera exactamente con la estimada por el demandante, entre otras, las SSTs de 25 de febrero y 8 de noviembre de 2000, 10 de abril de 2001 y 5 y 15 de abril de 2005.

RESUMEN

MORA INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

El artículo 1.100 del Código Civil exige para que se entienda producida la mora, además de un retraso en el cumplimiento de la prestación debida, que el acreedor lo reclame al deudor. Esa intimación, que puede ser judicial o extrajudicial y que no está sometida a la exigencia de forma determinada, no es precisa en todo caso porque se-

ABSTRACT

DEFAULT BREACH OF OBLIGATION

In order for default to be understood to have occurred, in addition to a delay in fulfilment of the obligation, article 1100 of the Civil Code requires the creditor to have instructed the debtor to pay. This demand for payment, which may be judicial or otherwise and is not required to be in any particular form, is not always mandatory, because, according to the same rule itself, a

gún el propio precepto no lo es cuando su necesidad hubiera sido excluida por pacto o por ley ni cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación de la época en que había de cumplirse la prestación fue motivo determinante para establecer la obligación.

demand for payment is not mandatory when it has been declared unnecessary by accord or by law or when, because of the nature and circumstances of the obligation, the designation of the time when the obligation was to be fulfilled was a prime reason for establishing the obligation.

LA OPCIÓN DE COMPRA EN EL LEASING FINANCIERO

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: 1. CONCEPTO. 2. RÉGIMEN JURÍDICO. 3. NATURALEZA JURÍDICA.—II. LA OPCIÓN DE COMPRA EN EL *LEASING* FINANCIERO.—III. ASPECTOS REGISTRALES: 1. *LEASING* INMOBILIARIO. 2. *LEASING* MOBILIARIO.

I. PLANTEAMIENTO

1. CONCEPTO

El *leasing* financiero es una figura jurídica de procedencia anglosajona cuya causa es la financiación empresarial y que, por ende, tiene por objeto la incorporación de un bien al proceso productivo del empresario.

Es un contrato de carácter empresarial por el que la sociedad de *leasing* cede durante cierto tiempo el uso del bien, que ha adquirido de un tercero, según especificaciones del usuario, y cuya propiedad conserva a cambio del pago de un canon periódico, pudiendo el usuario, al término del contrato, ejercitar la opción de compra ínsita en el contrato realizado.

Su funcionamiento suele ser el siguiente: una persona necesita un determinado bien (1), que puede ser un bien de equipo o un bien mueble, y acude a una sociedad financiera dedicada a esta actividad para que adquiera el bien y se lo ceda en uso, a cambio del pago de un canon periódico. Al final de la relación contractual el usuario puede: adquirir el bien por un precio residual, devolverlo a la sociedad de *leasing* o renovar el contrato por un nuevo plazo y canon más reducido.

(1) En un primer momento, esta nueva técnica de financiación se entendió exclusivamente aplicable a bienes muebles y más específicamente a aquellos de uso empresarial o profesional, pero posteriormente se consagra expresamente su aplicabilidad tanto a muebles como a inmuebles.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

La primera normativa reguladora del *leasing* reviste carácter fiscal; en la actualidad se encuentra regulado en:

- La Disposición Adicional 7.^a de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito define los contratos de arrendamiento financiero como aquellos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según especificaciones del usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato incluirá necesariamente una opción de compra a su término a favor del usuario.
- La Ley de 13 de julio de 1998, sobre venta a plazos de bienes muebles, dice en su Disposición Adicional 1.^a que los contratos de arrendamiento financiero regulados en la Ley de 29 de julio de 1998, que se refieran a bienes muebles corporales no consumibles o identificables podrán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles. Es importante el acceso de los bienes muebles al RP para que así puedan gozar de todas las ventajas inherentes a la publicidad registral como después veremos. También la mencionada ley regula el procedimiento para que el arrendador financiero pueda recabar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de arrendamiento financiero mediante el ejercicio de las acciones que correspondan en procesos de declaración ordinarios, en el proceso monitorio o en el proceso de ejecución conforme a la LEC.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Son muchas las posturas doctrinales y jurisprudenciales que contribuyen a perfilar la naturaleza jurídica del *leasing* financiero:

El TS, en un primer momento, en sentencia de 28 de marzo de 1978, recoge la tesis de la compraventa con precio aplazado, pero posteriormente ha rectificado su criterio y así en sentencias de 10 de mayo de 1981 y de 28 de mayo de 1990 sigue la tesis del contrato mixto. Se trata de un contrato complejo y atípico gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme. Este carácter atípico ha sido refrendado por la sentencia del TS, de 2 de febrero de 2006 que, sin embargo, reconoce que es un contrato nominado.

La sentencia del TS, de 26 de febrero de 1996, considera que el *leasing* jurídicamente no es un contrato tripartito, sino que se articula a través de dos contratos conexos y dependientes entre sí: un contrato de compraventa y un arrendamiento con opción de compra, destacándose la interconexión funcional existente entre ambos.

La DGRN en Resoluciones de 12 de mayo y de 21 de junio de 1994 señala que: «La relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca esta figura con contornos propios, no puede haber entre ellos posible separación, por lo que debe sostenerse que el contrato de arrendamiento financiero no es verdadero arrendamiento ni el derecho

de opción ligado a él verdadera opción, sino que el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va ínsita una facultad potestativa de adquisición».

La RDGRN de 29 de enero de 2005 considera que la naturaleza jurídica del *leasing* es la de ser un contrato complejo de contenido no uniforme cuya causa es la financiación empresarial (2) y que por tanto debe incluirse en la categoría de los contratos de financiación distintos de aquellos que tienen por causa la mera cesión del uso.

La sentencia del TS, de 2 de febrero de 2006, establece que: «Frente a las posiciones doctrinales que consideran asimilable la naturaleza del contrato de *leasing* a un préstamo partiendo de su carácter financiero y que ven en él un negocio fiduciario en virtud del cual la transmisión de la propiedad sería puramente formal y limitada a los efectos propios de garantía, la jurisprudencia ha venido reconociendo la autonomía del contrato de *leasing*, en cuanto responde a una finalidad económico-social propia, tanto desde el punto de vista fiscal como desde el punto de vista mercantil, por lo que con carácter general se reconoce la virtualidad del mismo para la transmisión efectiva de la propiedad de los bienes objeto del mismo».

La doctrina mayoritaria (3) coincide en señalar que los contratos de arrendamiento financiero no son traslativos de una titularidad dominical que corresponde al arrendador financiero hasta el momento en que el usuario ejerce la opción de compra.

II. LA OPCIÓN DE COMPRA EN EL *LEASING* FINANCIERO

El contrato de opción se define tradicionalmente como convenio por el que una parte concede a la otra, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad que se deja exclusivamente a su arbitrio de decidir respecto a la celebración de un contrato principal.

Las partes se denominan concedente, promitente u optatario, que es la persona que fija las condiciones del contrato y aceptante u optante, que es la persona beneficiaria de la facultad de aceptar dichas condiciones. Si el optante no manifiesta su voluntad de contratar en el término fijado decae para él definitivamente el derecho concedido (4).

(2) Es la tesis que se ha consolidado mayoritariamente en nuestra doctrina. En este sentido GARCÍA GARNICA, M.^a del Carmen, *El régimen jurídico del leasing financiero en España*, ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 180.

(3) Para el análisis de las posiciones doctrinales en torno al *leasing*, véase: PÉREZ GURREA, Rosana, «Estudio del *leasing* financiero y del *lease back* a propósito de la RDGRN, de 29 de enero de 2005, y de la sentencia del TS, de 2 de febrero de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 696, pág. 1652.

(4) En este sentido destacamos la sentencia del TS, de 2 de junio de 2009, que establece la improcedencia de la aplicación por analogía al contrato de opción de la norma prevista para el de compraventa de inmuebles en el artículo 1.504 del Código Civil. Este artículo se está refiriendo al incumplimiento por el comprador del plazo fijado contractualmente para el pago del precio en la compraventa de inmuebles y permite que, aun transcurrido éste, el obligado pueda satisfacerlo en tanto no haya sido requerido de resolución por tal causa; mientras que en el caso del contrato de opción, el optante no está obligado a pagar precio alguno por razón de un contrato que aún no se ha perfeccionado, por lo que carece de sentido que el concedente haya de requerirle

Es un contrato preparatorio de otro contrato final con el que se encuentra en íntima conexión, consensual y generalmente unilateral, aunque pasa a ser bilateral cuando se fija una prima que ha de pagar el titular del derecho de opción al concedente del mismo.

Llegados a este punto nos tenemos que preguntar si la opción de compra que se incluye en los contratos de *leasing* financiero es equiparable a la opción de compra tradicional. Parte de la doctrina y de la jurisprudencia consideran que en el ámbito del *leasing* ni el arrendamiento es verdadero arrendamiento ni la opción de compra es verdadera opción e incluso se ha llegado a propugnar la sustitución del «derecho de opción» por «derecho de adquisición».

En mi opinión, nos encontramos ante una opción de compra *sui generis* que reviste caracteres especiales como consecuencia de su conexión a un contrato de arrendamiento financiero, pero que en definitiva se concede al usuario un verdadero derecho de opción que le faculta para decidir libremente si adquiere o no el bien al término del periodo de cesión del uso.

No en todos los países se considera a la opción de compra como requisito esencial del *leasing* financiero. En los países de *common law* y en Alemania, los contratos de arrendamiento financiero no suelen incorporar opción de compra, y siguiendo esta línea el Convenio sobre *Leasing* Financiero Internacional suscrito en Ottawa considera la opción de compra como un elemento que forma parte del *leasing* financiero, pero cuya ausencia no desnaturaliza el contrato, si bien de ello se pueden derivar consecuencias administrativas, fiscales e impedir que el contrato de *leasing* se acoja a determinada normativa procesal o concursal.

En el ordenamiento jurídico español, la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 26/1998, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, establece que el contrato incluirá necesariamente una opción de compra a su término a favor del usuario, pero como señala GARCÍA SOLÉ (5): «Esta normativa tiene un carácter administrativo y fiscal y la ausencia de la opción de compra podrá dar lugar a sanciones administrativas o excluir determinadas ventajas fiscales, pero no invalida el contrato ni lo convierte o trasmuta en otro distinto».

Ha suscitado polémica la cuestión de si bajo la operación de *leasing* se disimula otro contrato en el que el efecto traslativo de propiedad se produce *ab initio*, correspondiendo así al arrendatario financiero. La razón de ello se basa en el bajo precio por el cual el usuario puede ejercitar la opción de compra al término del arrendamiento financiero, debido a que durante el tiempo en que ha estado usándolo habrá abonado la mayor parte de la inversión. Por tanto, se entiende que cuando el valor residual por el que el usuario puede ejercitar la opción de compra es simbólico más que una opción de compra a su favor, la alternativa que se le presenta es la de proceder a la adquisición del mismo, pudiendo calificarse como una venta a plazos (6).

a tales efectos. Además, el plazo de caducidad establecido para el ejercicio de la opción resulta de inexcusable observancia por parte del optante y merece su cumplimiento un trato de carácter restrictivo en consonancia con la propia naturaleza del contrato.

(5) Ver GARCÍA SOLÉ, Fernando, *La opción de compra en el leasing financiero*, Fundación Registral, CER, Madrid, 2002, pág. 533.

(6) La sentencia del TS, de 28 de mayo de 1990, señala que hay venta a plazos y no arrendamiento financiero cuando el valor residual para el caso de ejercitarse la opción sea insignificante.

Quienes entienden que existe simulación en estos supuestos consideran que las partes se proponen la transmisión de la propiedad al usuario desde un primer momento y simulan este contrato, cuya calificación podría ser de una venta a plazos, disimulándolo bajo la forma de un contrato no traslativo de propiedad y consistente en la cesión de uso con opción de compra por motivos de garantía.

En mi opinión, en la mayor parte de los contratos de *leasing* no hay intención de simulación, figura jurídica que tiene una connotación patológica y que habría que probar teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Los elementos personales que delimitan esta figura jurídica son el arrendador financiero, que es el concedente de la opción, y el arrendatario financiero o usuario, que es el optante. En el momento de celebrarse el contrato de arrendamiento financiero, el arrendador financiero concede al arrendatario una opción de compra que éste podrá o no ejercitar. Mientras dure el periodo de cesión del uso, el arrendador financiero tiene la obligación de mantener la opción de compra en favor del usuario y si enajena la cosa tiene la obligación de asegurarse de que el adquirente respetará la opción de compra a favor del mismo.

Las entidades de arrendamiento financiero han de constituirse como establecimientos financieros de crédito cuyo régimen jurídico se encuentra regulado en la Ley de 14 de abril de 1994, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la 2.^a Directiva de Coordinación Bancaria y en el Real Decreto de 26 de abril de 1996.

El usuario o arrendatario financiero es el titular de la opción de compra y cuando proceda a su ejercicio, se convertirá en comprador y propietario del bien objeto del *leasing*. Le corresponde determinar las especificaciones del bien mueble o inmueble cedido en *leasing* y debe afectar dichos bienes únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales de servicios o profesionales. Puede ser usuario cualquier persona física o jurídica con capacidad para contratar (cuando se ejercite la opción tiene que tener capacidad para realizar el contrato final), aunque lo habitual, por la estructura jurídica de la figura que estamos examinando, es que sea un empresario o profesional.

En el caso de que sean varios los usuarios, estamos ante una obligación indivisible y por tanto se impone la solidaridad. Para proceder al ejercicio de la opción de compra en estos casos, es necesario que concurra el consentimiento de todos, es bastante frecuente que se pacte contractualmente la solidaridad en el ejercicio de la opción para que cualquiera de los usuarios pueda ejercitarla en beneficio de todos. Este ejercicio determina que el bien sea adquirido en *pro indiviso* por los distintos usuarios en la proporción que les corresponda en el arrendamiento financiero.

La opción de compra es un elemento que forma parte del arrendamiento financiero y aunque revista en cuanto a su constitución y ejercicio caracteres propios, debemos siempre considerarla en conexión con el futuro contrato al

La sentencia del TS, de 28 de noviembre de 1997, establece que no es suficiente para desvirtuar la calificación de un contrato como de arrendamiento financiero, que el importe del valor residual sea más o menos elevado, «puesto que no hay base legal ni lógica que establezca un parámetro para indicar la proporción que debe tener la opción de compra respecto del valor monetario del bien objeto del contrato de *leasing*».

que se tiende mediante su ejercicio, por ello tiene que cumplir los mismos requisitos de forma que se exigen al *leasing*. Las partes normalmente formalizan estos contratos por escrito dejando claras las condiciones jurídicas y económicas de la operación. Son generalmente contratos de adhesión con condiciones generales de la contratación. En este sentido hay que tener en cuenta la normativa tuitiva del usuario manifestada en el principio *pro consumatore*, ex artículo 51 de la CE y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios.

En estas operaciones es frecuente que intervenga un notario con la finalidad de obtener fecha cierta para que el contrato pueda ser oponible a terceros y para poder ejercitar acciones judiciales de carácter ejecutivo tendentes a la recuperación de las cantidades impagadas.

En caso de que el arrendador financiero no cumpla, el titular de la opción de compra tiene derecho a obtener la ejecución forzosa de la compraventa perfeccionada.

Para que se pueda ejercitar válidamente la opción de compra es necesario que el usuario esté al corriente de sus obligaciones de pago. Una vez ejercitada la opción, se perfecciona el contrato de compraventa entre las partes, dando lugar al efecto traslativo de la propiedad del bien a favor del usuario, el cual se convierte en propietario del bien. En el *leasing* inmobiliario se exige una escritura pública que documente el ejercicio de la opción a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad, como vamos a examinar a continuación.

La posición jurídica del usuario conlleva en un mismo contrato la interconexión causal entre el derecho de uso y la opción de compra que podrá ejercitar o no al finalizar el contrato, pero como consecuencia de ello la opción de compra no es transmisible con carácter independiente sino que sólo lo será a través de la subrogación en la total posición jurídica del usuario por parte de un tercero, para lo cual es necesaria la autorización del arrendador financiero.

III. ASPECTOS REGISTRALES

Una vez ejercitada la opción de compra por el usuario, el contrato se perfecciona sin mayores formalidades en materia de *leasing* mobiliario. En el *leasing* inmobiliario se exige una escritura pública que recoja el ejercicio de la opción a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

1. *LEASING* INMOBILIARIO

Su acceso al Registro viene determinado por aplicación analógica de los artículos 2.5 de la LH y 14 del RH junto con el amparo que le proporciona el sistema de *numerus apertus* que rige en nuestro sistema registral y que se consagra en los artículos 2 de la LH y 7 del RH.

Tanto doctrinal como jurisprudencialmente se han ido perfilando los requisitos para la constatación registral del *leasing* inmobiliario.

Diferentes autores entendieron desde un primer momento que el acceso al Registro no debía referirse al arrendamiento y a la opción de compra separadamente, sino que podía inscribirse el *leasing* como un todo, ya que crea un

derecho específico de carácter real: derecho que produce efectos jurídicos reales por razón de la función económico-social que cumple y que debe estar dotado de oponibilidad *erga omnes* mediante la publicidad registral. Posición que comparto, dada la conexión funcional entre ambos contratos, que lleva a la inscripción del negocio complejo como tal sin que quepa una desmembración de sus elementos negociales.

Es la línea que sigue la DGRN en Resoluciones de 12 de mayo y de 21 de junio de 1994: «La relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca la figura con contornos propios y no puede haber entre ellos posible separación».

Estas Resoluciones abordan también la cuestión de si es necesaria la inscripción previa del *leasing* para poder inscribir la compraventa derivada del ejercicio de opción de compra ínsita en el mismo y la Dirección señaló que no es necesaria dicha previa inscripción poniendo como ejemplo los retractos legales y convencionales donde la inscripción no se practica, añadiendo que el principio de tracto sucesivo se cumple con la inscripción directa de la compraventa, sin necesidad de inscribir el arrendamiento, es decir, considera que la venta es independiente del arrendamiento financiero, sin caer en la cuenta de que nos encontramos ante lo que CARIOTTA FERRARA denomina «ligamen de negocios».

Señala la DGRN: «La compraventa en que se concreta la transmisión final no es un mero acto de ejecución de alguna de las prestaciones de un negocio anterior, sino un verdadero negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad», así como que «Desde el punto de vista registral se ha de distinguir entre la inscripción del derecho que surge del contrato, que ha de realizarse como un todo, sin que pueda pretenderse la inscripción aislada de alguna de sus partes, de la inscripción de la venta realizada en ejercicio de la facultad potestativa de adquisición».

Estas Resoluciones han sido muy criticadas, ya que al permitir la inscripción del ejercicio de opción de compra derivado del *leasing* con la sola presentación de la escritura de compra, sin necesidad de aportar ni de calificar el contrato previo de *leasing* ni de reflejarlo en la inscripción, suponen una total vulneración de los principios fundamentales de nuestra legislación hipotecaria: el de negocio causal, especialidad, tracto sucesivo y el de calificación registral.

2. *LEASING* MOBILIARIO

La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles permite la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de los contratos de arrendamiento financiero que recaigan sobre bienes muebles corporales, no consumibles e identificables, permitiendo también la práctica de anotación preventiva de embargo o en su caso de demanda de propiedad.

Se trata de un Registro de titularidades y gravámenes sobre bienes muebles, así como de condiciones generales de la contratación. Tiene la eficacia propia de un Registro jurídico. Se crea por Real Decreto de 3 de diciembre de 1999, y su normativa se complementa con la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de 19 de julio de 1999, cuyo artículo 2.2 dice: «En el Registro se inscribirán separadamente: los contratos de arrendamiento financiero, incluidos los arrendamientos financieros de retro», y el

artículo 4.d) dice: «Podrán ser objeto de inscripción: los contratos de arrendamiento financiero regulados en la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 26/1998, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, arrendamientos con opción de compra no comprendidos en los anteriores, arrendamientos de retro y cualesquiera modalidades contractuales de arrendamiento sobre bienes muebles corporales, no consumibles e identificables, si bien, dada su naturaleza distinta de las ventas a plazos, se inscribirán en asientos separados de éstas».

Por tanto, al quedar el arrendamiento reflejado en el Registro, junto a la publicidad posesoria aparece también una publicidad tabular como requisito de oponibilidad frente a terceros de buena fe.

Entre los efectos jurídicos que atribuye el Registro al arrendamiento destacamos por su importancia el principio de legitimación, del cual se derivan tres reglas: 1.^a) A todos los efectos legales, se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma que resulte del Registro. 2.^a) Se presume, salvo prueba en contrario, que los contratos calificados e inscritos son válidos, como consecuencia de ello no puede ejercitarse acción contradictoria del dominio del bien mueble o de los derechos inscritos sin que previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. 3.^a) Se presumirá que el arrendador con contrato inscrito y el favorecido con la reserva de dominio, sea el vendedor o el financiador, tiene la propiedad del bien.

RESUMEN

LEASING FINANCIERO

El leasing financiero es una figura jurídica de procedencia anglosajona cuya causa es la financiación empresarial, a través del cual la sociedad de leasing cede por cierto tiempo el uso del bien, que ha adquirido de un tercero, según especificaciones del usuario y cuya propiedad conserva, a cambio del pago de un canon periódico, pudiendo el usuario, al término del contrato, ejercitar la opción de compra ínsita en el contrato realizado.

En este trabajo pretendemos analizar el papel que juega la opción de compra dentro del contrato de leasing en todo lo relativo a su ejercicio, calificación del contrato y contenido del mismo, examinando también los aspectos registrales que se derivan de esta figura jurídica.

ABSTRACT

CAPITAL LEASING

Capital leasing is a legal concept of Anglo-Saxon provenance whose cause is business financing. Through capital leasing, a leasing company cedes to a user, for a certain time, the use of an asset that it has acquired from a third party according to the specifications of the user and whose ownership the leasing company retains, in exchange for a periodic rental payment. At the end of the lease, the user may exercise the purchase option inherent in the lease.

This paper attempts to analyse the role the purchase option plays within the lease, in all matters concerning the exercise of the option, the classification of the lease and the contents of the lease. It also examines the registration-related aspects of the concept of capital leasing.

1.6. Responsabilidad Civil

*ALGUNOS SUPUESTOS DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA.
REVISIÓN CRÍTICA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA
Y DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS 2005/29 DE 11 DE MAYO DE 2005,
«DIRECTIVA SOBRE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES»
Y DE 12 DE DICIEMBRE DE 2006, DIRECTIVA 2006/114 SOBRE
PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y COMPARATIVA*

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesora titular de Derecho Civil UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA, COMPARATIVA Y PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN LA NORMATIVA COMUNITARIA.—III. EL CONCEPTO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: a) LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA; b) LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA POR OMISIÓN; c) DETERMINACIÓN.—IV. ACCIONES FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y COMPARATIVA ILÍCITA.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Los consumidores adquieren información sobre las características, que afectan a la transmisión de bienes y servicios por diferentes vías, siendo una de las más importantes la publicidad (1). Y es que, sin duda, la publicidad se ha convertido en uno de los medios más utilizados por los comerciantes para que los bienes y servicios sean conocidos o para que (mantengan o aumenten) su cuota de mercado, lo que nos incita al consumo, e incide en nuestro comportamiento económico. Como es de sobra conocido, la publicidad puede inducir a error a los consumidores sobre lo ofertado y puede condicionar su libertad de elección, llevando al consumidor a contratar movido por la actividad publicitaria ilícita. Veremos que el tema encierra gran interés, siendo numerosas las reclamaciones de los consumidores en relación con la publicidad de bienes y servicios.

Por ello, el derecho debe velar por un correcto funcionamiento del fenómeno publicitario. Y es que a nadie le gusta que nos den gato por liebre. En consecuencia, se han tomado medidas que pretenden evitar que mediante la publicidad se engañe al consumidor (2), con ello se garantiza el buen fun-

(1) Sobre la materia, vid. otras publicaciones de la autora de estas líneas como, por ejemplo, TEJEDOR MUÑOZ, L., «Publicidad engañosa, comparativa y prácticas comerciales desleales», en DÍAZ-AMBRONA, M.^a Dolores (dir.), *Derecho Civil Comunitario*, Capítulo XI, Madrid, 2010, 4.^a ed.

(2) Para dar cumplimiento al mandato constitucional de protección y defensa de los consumidores, contemplado en el artículo 51 de la Constitución Española, se dictó la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente incorporada al Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes

cionamiento del mercado, lo que revierte en beneficio de los consumidores y de los comerciantes. Y precisamente marcar los límites de lo lícito y lo ilícito es lo que pretende la legislación que aquí vamos a tratar.

Con este fin, y centrándonos en el tema que nos ocupa, nos ha parecido oportuno tratar las siguientes cuestiones. En primer lugar, haremos una referencia al marco normativo de la publicidad a nivel comunitario, para en segundo lugar, realizar un estudio de la publicidad engañosa en el marco normativo español, concretamente de la Ley General de Publicidad 34/1988, de 11 de noviembre, y por último, haremos una referencia a las medidas de defensa que tenemos frente a la publicidad engañosa.

II. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA, COMPARATIVA Y PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

La Unión Europea, teniendo en cuenta que el derecho a la información es uno de los derechos básicos de los consumidores, y que la publicidad es uno de los cauces para ejercitar este derecho en su política de protección e información de los consumidores, consideró apropiado tomar medidas de protección contra la publicidad engañosa y las prácticas comerciales desleales. Además, señaló la importancia de que la publicidad comparativa se utilice en determinadas condiciones.

Medidas que, por otro lado, no sólo debían proteger el interés general de los consumidores, sino también proteger y estimular el interés de los empresarios que operan lícitamente garantizando una competencia leal.

Para conseguir estos objetivos, la Unión Europea, teniendo en cuenta que la publicidad rebasaba las fronteras, y que existían grandes disparidades en las leyes nacionales de los Estados miembros, consideró conveniente emprender una acción a escala europea, ya que tales diferencias podían poner trabas en el funcionamiento del mercado común. Con esta acción a escala europea, se pretendía allanar los obstáculos mediante la armonización de las distintas disposiciones nacionales a través de importantes Directivas tuitivas, que a continuación pasamos a analizar.

El legislador comunitario en una primera fase, para armonizar las disposiciones nacionales en materia de protección contra la publicidad engañosa (3), dictó la Directiva 84/450/CEE del Consejo (4), relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, en materia de publicidad engañosa, actualmente derogada por la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y comparativa (5).

En una segunda fase se ocupó de la publicidad comparativa y le pareció conveniente hacerlo antes que de la publicidad desleal, y lo hizo a través de la Directiva 97/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octu-

completarías (*BOE*, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007) que se refiere a la publicidad en los artículos 8, 17 a 20 y 60.

(3) Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE (Introducción al estudio de la Directiva CEE 84/450, de 10 de septiembre de 1984)», en *Revista de Instituciones Europeas. Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, vol. 15, mayo-agosto de 1988, págs. 447 a 481.

(4) *DO*, núm. L 250, de 19 de septiembre de 1984.

(5) *DO*, núm. L 376, de 12 de diciembre de 2006.

bre de 1997 (6), que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo (7). Tras esta modificación, la Directiva del Consejo (8), de 10 de septiembre, regulaba conjuntamente la publicidad engañosa y la publicidad comparativa, y el título de la misma se sustituyó por el de *Directiva del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa* (9).

En la tercera fase abordó la tarea que tenía pendiente sobre la armonización de la publicidad desleal, dando un nuevo giro, y dictando la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 (10), «Relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo (11), las Directivas 977/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (CE) número 2006/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo». La extensión del título de la Directiva obliga al legislador comunitario a titularla como «Directiva sobre las prácticas comerciales desleales» (12).

(6) Derogada por la Directiva 2006/114/CE.

(7) *DO*, núm. L 290, de 23 de octubre de 1997. Con la adopción de la citada Directiva se intenta poner fin a la disparidad que existía, en materia de publicidad comparativa, en los diferentes Estados miembros, pues, mientras las legislaciones de algunos países la admitían, las de otros la prohibían, incluso no faltaban legislaciones en las que ni siquiera se hacía alusión a este tipo de publicidad.

(8) Modificada, también, como veremos por la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (*DO*, núm. L 166, de 11 de junio), que ha quedado derogada por la Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de intereses de los consumidores, donde se refunden las distintas modificaciones que ha sufrido, en un solo texto, con el fin de clarificar y armonizar la citada Directiva, que debe entrar en vigor el 29 de diciembre de 2009, y por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales (*DO*, núm. L 149, de 11 de junio) cuyo artículo 14 en el que se modificaba precisamente la publicidad comparativa ha quedado derogado, por la Directiva 2006/114, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y comparativa, si bien esta última ha acogido las modificaciones que en él se hacían.

(9) El régimen jurídico de la publicidad a nivel comunitario, no se agota con las citadas Directivas, debiendo ser integrado con otras normas entre las que merece destacar: las relativas a la publicidad en televisión, las relativas a la publicidad de determinados productos, como la de alimentos, medicamentos, cosméticos, y las relativas a la presentación y etiquetado de productos, etc.

(10) Modificada por la Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y comparativa, que deroga el artículo 14 de la Directiva 2005/29/CE, pero incorpora su contenido a la nueva Directiva 2006/114.

(11) Conviene destacar, por un lado que, tras la modificación introducida por la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, se limita el ámbito de aplicación de la Directiva de publicidad engañosa y comparativa a la publicidad engañosa de empresa a empresa y a la publicidad comparativa que pueda perjudicar a un competidor, sin que haya perjuicio para los consumidores. Y por otro lado, que todas las disposiciones relativas a la publicidad dirigidas a los consumidores, establecidas en la Directiva sobre publicidad engañosa y comparativa se incorporan a la Directiva marco sobre prácticas comerciales desleales.

(12) El plazo para trasponer la Directiva 2005/29/CE, acababa el 12 de diciembre de 2007. La sentencia de 23 de abril de 2009, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE 2009/90, asunto C-321/08) ha condenado a España por el retraso en la incorporación de la citada Directiva.

Por último, se ha dictado la Directiva 2006/114, de 12 de diciembre de 2006 (13), sobre publicidad engañosa y comparativa, cuya finalidad es la derogación y refundición de la Directiva 84/450/CEE, en materia de publicidad engañosa y publicidad comparativa, que como hemos dicho había sido modificada varias veces. La finalidad de la nueva Directiva es clarificar, unificar y reagrupar (14) todas las modificaciones en un solo texto, es decir, refundirlas. Como hemos adelantado, desde la modificación por la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, se ha reducido el ámbito de la publicidad engañosa y comparativa a los competidores, mientras que la Directiva de prácticas comerciales desleales se aplica a la publicidad engañosa y comparativa que afecte a los consumidores.

III. CONCEPTO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Se considera engañosa la publicidad (15) que de cualquier manera, incluida su presentación, induce, o puede inducir, a errores a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar, o ser capaz de perjudicar, a un competidor (art. 4, párrafo 1 de la LGP).

Este concepto de publicidad engañosa (16) coincide sustancialmente con el de la Directiva (17), utilizando también el legislador español una «fórmula

(13) Vid. MASSAGUER, J. y PALAU, F., *Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, Barcelona, 2002, en <http://www.consumo-inc.es/informes/terior/document/frame/PDF/DICTAMEN.pdf>. GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «La Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales en materia de protección de consumidores (entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización)» en *Derecho de los Negocios*, octubre de 2005, págs. 5 a 18.

(14) En nuestra opinión, aunque la propia Directiva utiliza el término de versión codificada, no se trata de una verdadera codificación, sino simplemente de una refundición o reagrupación de las diferentes modificaciones de la misma, con el fin de consolidar en un solo texto la materia.

(15) En nuestro país, el régimen básico de publicidad está constituido por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, en adelante LGP. Cuando la publicidad se produce en el ámbito concursal, rige también la Ley 3/1991, de 10 de enero. Actualmente, existe un Proyecto de Ley 121/000026, por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOCG, núm. 26-1, de 5 de junio de 2009). Traspone la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas desleales, y la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y comparativa, y supone la modificación de cuatro leyes: ley de publicidad, de competencia desleal, de defensa de los consumidores y usuarios y de ordenación del comercio del minorista.

(16) En el ámbito de la competencia desleal, los actos de engaño vienen contemplados en el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, encuadrado en el capítulo II, que lleva como epígrafe: «Actos de competencia desleal». «Actos de engaño»: «Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación, distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y en general sobre las ventajas realmente ofrecidas».

(17) Según la cual ha de entenderse por tal, «toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error, o puede inducir a error, a las perso-

general» para definir la publicidad engañosa, generalidad que nos parece acertada, dada la complejidad del fenómeno publicitario, y teniendo en cuenta que cada vez aparecen nuevas técnicas publicitarias (18).

Es comúnmente aceptado por la doctrina (19), que es engañosa (20) la publicidad susceptible de inducir a error, sin necesidad de que realmente lo

nas a las que se dirige o afecta, y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico, y que, por estas razones, perjudica, o es capaz de perjudicar, a un competidor» (art. 2.b) de la Directiva de 2006/114, de 12 de diciembre de 2006.

(18) Concepto que ha sido ampliado por la Directiva de prácticas comerciales desleales.

Las prácticas comerciales son por acción engañosas si:

1) *Contienen información falsa o información que, aun siendo correcta en cuanto a los hechos (en la forma que sea incluida su presentación), induzca o pueda inducir a error al consumidor medio*, sobre uno o más de los elementos siguientes (contemplados en el art. 6.1): a) la existencia o la naturaleza del producto; b) las características principales del producto; c) el alcance de los compromisos del comerciante; d) el precio, o la existencia de una ventaja específica; e) la necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación; f) los derechos del comerciante; g) los derechos del consumidor; y 2) *cuando según su contexto y circunstancias, suponen confusión o incumplimiento por el comerciante de un código de conducta* que esté obligado a respetar, siempre y cuando dicho compromiso sea firme y pueda verificarse, y el comerciante haya indicado su vinculación al código.

Siempre y cuando, en todo caso, las citadas acciones, hagan o puedan hacer, tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

B) Por otro lado, las prácticas comerciales son por omisión engañosas:

Si no aportan unos datos mínimos u omiten, ocultan u ofrecen de manera poco clara, inteligible o ambigua, la información sustancial que necesita el consumidor medio antes de la compra, o en un momento que no sea adecuado. Siempre y cuando pueda hacerle o le haga tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

Además, la Directiva enumera, en una lista, la información sustancial que es necesario ofrecer al consumidor, siempre que haya una invitación a la compra y no se deduzca claramente del contexto. Esta lista considera necesaria la siguiente información:

a) las características principales del producto; b) la dirección geográfica y la identidad del comerciante; c) el precio (incluidos los impuestos), los gastos adicionales de envío (transporte, entrega, postales) y en el caso que no puedan ser calculados el hecho de que puedan existir; d) los procedimientos de pago y el sistema de reclamaciones; e) y el derecho de revocación o cancelación (en su caso).

Finalmente, se consideran también sustanciales los requisitos impuestos por las Directivas sobre comunicaciones comerciales, con inclusión de la publicidad o comercialización, de las que el anexo II contiene una lista no exhaustiva, es decir, con mero carácter ejemplificador.

Además, existe una lista negra de prácticas comerciales que en cualquier circunstancia se consideran engañosas, por lo que no es necesario saber cómo ha influido esta publicidad en el consumidor medio.

(19) Sobre la publicidad engañosa, vid. DE LA CUESTA RUTE, J. M., «Observaciones sobre la Ley General de Publicidad», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 88, núm. 4, octubre-diciembre de 1989, págs. 917 a 970. LEMA DEVESA, C., «La publicidad engañosa en el moderno Derecho español», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coordinado por IGLESIAS PRADA, vol. I, 1996, págs. 869 a 886. CURTO LÓPEZ, M., «Notas sobre la publicidad engañosa y su tratamiento jurisprudencial», en *Aranzadi Civil*, núm. 17, enero de 2000, págs. 2379 a 2414.

(20) Resulta de gran interés, la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de mayo de 1997 (RAJ 1997/3876). En este caso, se considera engañosa la publicidad realizada por una empresa sobre un producto para mantener desinfectada el agua de las piscinas, en el que se resaltaban los efectos perniciosos del cloro y se ocultaba que el producto

produzca. Siendo tan engañosa la publicidad que contiene afirmaciones publicitarias falsas o inexactas, como la que pese a ser verdadera, puede inducir a error. Ahora bien, debemos subrayar que en publicidad, por regla general, se admiten como lícitas las exageraciones publicitarias (21).

Del tenor literal del precepto se desprende que debe ser susceptible, además de influir en la conducta económica de los consumidores de perjudicar al competidor.

Cabe destacar que la publicidad engañosa (22) puede presentarse «de cualquier manera», directamente, por error, por omisión, siendo indiferente el

anunciado por la empresa al entrar en contacto con el agua libera también cloro, por lo que el consumidor puede verse inducido a error, pues la publicidad parece indicar que el producto anunciado prescinde del uso de productos cuando en realidad no es así. Por un lado, se considera que se trata de una publicidad desleal, que provoca descrédito, denigración o menosprecio de los productos químicos que producen la cloración y, por otra, realiza una clara comparación del producto propio, anunciado, con los productos químicos, con la cloración, con el cloro, que no se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostradas de los productos, es decir, no es objetiva, pues no se apoya en los caracteres demostrados.

También, puede verse, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 13 de octubre de 1997 (AC 2934/1997). El supuesto es el siguiente: anuncio de un servicio de reparaciones como oficial en el que se incluyen diversas marcas de electrodomésticos, sin que ostente tal condición de servicio oficial. Se considera que la publicidad es engañosa porque la información así suministrada puede inducir a error al consumidor.

(21) Algunas de estas exageraciones se utilizan constantemente, por ejemplo, en anuncios de detergentes, «el más blanco», «blancura superior», «blancura insuperable». En este sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 1997 (RAJ 1997/1195). En este caso, se denunciaba un anuncio televisivo de la marca Pepsi, en el que la acción se desarrollaba en un concierto de música rap, en él aparecía el cantante de música MCH, durante la actuación bebía una Pepsi, pero, de pronto, una voz en *off* anunciaba el cambio de bebida que consumía «por otro refresco de cola», tras ingerirlo, el cantante comenzaba a tocar una canción melancólica ante el desconcierto del auditorio, hasta que uno de los espectadores le lanzaba un bote de Pepsi, y cuando bebió, la música recuperó el ritmo trepidante del rap. Coca Cola consideró que se trataba de una publicidad desleal y comparativa ilícita, ya que tras beber el refresco de Pepsi, se opera un cambio en la personalidad del cantante, y que este hecho podía inducir a error a los consumidores respecto de las propiedades de la bebida refrescante anunciada. El Tribunal Supremo consideró que el cambio no puede realmente obedecer a la ingestión de la bebida. Estando perfectamente valorado el carácter del anuncio, como exagerado e ingenuo, se trata de una historia inverosímil precisamente por lo desorbitado del resultado que no resulta creíble y no lleva a engaño o confusión al público. Que no existía publicidad denigradora, pues no es denigrante para ningún refresco que no produzca excitación o marcha, como se dice en el lenguaje vulgar al uso. Ni existe publicidad comparativa, porque no identifica la marca de la competencia, ni explícita ni implícitamente, porque ni la nombra ni puede darse por aludida la actora cuyos consumidores conocen perfectamente los efectos que produce su ingestión.

(22) No se considera que hay publicidad ilícita por engañosa, en el supuesto contemplado por la sentencia de 11 de noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Madrid (JUR 2006/28835), que señala que la publicidad hecha en un folleto informativo que tenía por objeto dar a conocer a los posibles inversores un nuevo producto financiero, invitándoles a rellenar una solicitud, con la finalidad de conocer las condiciones de la emisión que se anunciaba en auténtico folleto informativo inscrito en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el anuncio no contenía datos falsos sobre las condiciones de la emisión, ni silenciaba datos fundamentales que pudieran inducir a error a sus destinatarios, no decía que la rentabilidad fuera necesariamente del 150 por 100 del Ibex 35, sino que podía ser «hasta» ese porcentaje. En el mismo sentido, puede verse la

medio por el que se lleve a cabo y puede afectar tanto a su contenido como a su presentación (23).

a) LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA

Es muy debatido por la doctrina si la publicidad encubierta es un subtipo de publicidad que debería ser incluida en la publicidad engañosa o si, por el contrario, debe tratarse como un supuesto independiente. Consiste en presentar una actividad publicitaria de tal forma que el destinatario no es consciente de que constituye publicidad.

Así, para algunos autores, la publicidad engañosa lesiona el principio de veracidad, mientras que la publicidad encubierta lesiona el principio de autenticidad, por lo que no deben confundirse y deben tratarse como supuestos independientes.

Otros tratadistas mantienen que la publicidad encubierta es engañosa, por su «forma de presentación», al considerar que este método puede llegar dis-

sentencia de 26 de mayo de 2009, de la Audiencia Provincial de Orense (*RJ* 2009/280720). Se trata de un producto financiero que es calificado como depósito, y se entiende que la mera lectura íntegra del cartel por un inversor medio, basta para comprobar la condición mixta de depósito y fondo de inversión, y tomar pleno conocimiento de las condiciones, y que la publicidad del producto ofertado tan sólo se destaca el aspecto más atractivo y relevante no ocultando la totalidad de lo ofrecido. Considera la Sala que cualquier inversor medio de este tipo de productos conoce la diferencia entre el depósito y en fondo de inversión.

En sentido contrario, declara que hay publicidad ilícita, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 2 de junio de 2005 (*JUR* 2005/168827), trata de unos carteles difundidos en una Caja de Ahorros en los que se hace publicidad para que los clientes suscriban participaciones preferentes con garantía de una rentabilidad mínima, se considera engañosa en cuanto que inducen o pueden inducir a error al consumidor. Igualmente, la sentencia de 21 de marzo, de la Audiencia Provincial de Madrid (*AC* 2006/505), que declara engañosa la campaña publicitaria en la que se oferta un 2 por 100 adicional sólo por cambiar fondos de inversión, y sólo en un folleto que de forma restrictiva se ha facilitado, se hace referencia a que el premio sólo se recibirá en el supuesto de que el fondo traspasado sea inmobiliario superior a 5.000 euros, pues de otro modo no será bonificado e inferior a 60.000 euros, ya que si se superase esta cifra el abono máximo se reduciría a otra cantidad, todo ello puede inducir al consumidor medio a error, sin que el hecho de remitirse a un teléfono, para obtener información complementaria, sea suficiente para evitar la confusión.

La sentencia de 20 de noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Córdoba (*AC* 2007/1027), sobre un depósito mixto que se asocia a otra operación financiera consistente en un fondo de inversión o un plan de pensiones, la rentabilidad de la operación en su conjunto está condicionada a la que obtenga el producto de inversión en el primer mes, operación compleja en la que se utiliza el contrato menos importante para denominarla, ocultándose el dominante que es de inversión. Lo que dice el cartel no es cierto en su integridad, ya que anuncia el producto financiero como un depósito cuando no es así, es más, la lectura puede llevar a la conclusión al consumidor medio, razonablemente informado, de que lo que se le oferta es un depósito que se remunera el doble de lo habitual en la entidad (depósito x2), cuando ni el contrato es sólo un depósito, sino un producto mixto que se asocia a otra operación financiera ni se retribuye como si se aplicara el doble del interés normal del depósito.

(23) Un tema íntimamente relacionado es el del etiquetado y el embalaje de los productos, pues junto con la información que se exige que se le dé al consumidor se pueden mezclar técnicas publicitarias y éstas pueden ser engañosas.

frazado al destinatario, de tal manera que externamente no se reconozca. Así, puede esconderse en una noticia, en una información, en una entrevista, en un programa de entretenimiento, en un concurso, etc. Postura por la que nos inclinamos, ya que, si bien el legislador podía haberla reconocido como un supuesto de publicidad ilícita independiente, no lo hizo, y la generalidad de la definición de publicidad engañosa permite incluir, bajo su manto, la publicidad encubierta, ya que en estos casos es la presentación de la publicidad la que puede inducir a error a los destinatarios.

Un supuesto que puede incluirse en este tipo de publicidad y que se utiliza desde hace algunos años con relativa frecuencia, es la «figura del emplazamiento», más conocido como *product placement* (24), consiste en una forma de publicidad que, en ocasiones, pasa inadvertida para muchos destinatarios, al no identificarla como mensaje publicitario por creer que aparece de forma casual. Para mayor claridad, basta con mirar alguna de las series televisivas donde sus protagonistas beben una determinada marca de refresco, o aparece constantemente en el lugar donde transcurre la escena, de forma intencional con fines publicitarios.

En materia de contratación publicitaria, expresamente se recoge que «los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa, de las que hagan como simples vehículos de publicidad (25). Los anunciantes deberán, asimismo, desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios» (art. 11 de la LGP).

Es necesario señalar que, por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea había acuñado el término de «consumidor medio», para hacer referencia al consumidor normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz (26), y precisamente, el parámetro utilizado para determinar si una publicidad era o no engañosa, era tomar en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio (27). Hasta la Directiva de Prácticas comerciales desleales podía mantenerse, por tanto, que en el Derecho Comunitario se imponía el modelo del «consumidor debidamente informado».

(24) Vid., al respecto, TATO PLAZA, A., «*Product Placement* y Publicidad Encubierta (Comentario a las Resoluciones del jurado de Autocontrol de la Publicidad, de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso *Soberano*)», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 22, 2001, págs. 573 a 595.

(25) El artículo 10.4 de la Directiva 89/552, relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, prohíbe la presentación oral o visual de bienes servicios, nombres, marcas o de la actividad de un productor de bienes o servicios en un programa, cuando tal presentación sea hecha intencionalmente persiguiendo fines publicitarios y pueda engañar al público acerca de su naturaleza.

(26) Parece que esta expresión que se utiliza en derecho de consumo es equivalente a la de un «buen padre de familia», que se utiliza en el ámbito general de Derecho.

(27) La jurisprudencia había utilizado el término «consumidor medio» en algunas ocasiones, como en el asunto C-238/89 Pall/Dalhausen, sentencia de 13 de diciembre de 1990, o en el asunto C51/93 Meyhui, sentencia de 9 de agosto de 1994, no será hasta el asunto C470/93 Mars, sentencia de 6 de julio de 1995, donde esta doctrina pueda considerarse concretada y consolidada. Posteriormente, también puede verse el asunto C-210/96 Gut Springenheide y Tusky, sentencia de 16 de julio de 1998; el asunto C-220/98, Estée Lauder contra Lancaster, sentencia de 13 de enero de 2000; el asunto C-99/01 Linhart y Biffl, sentencia de 24 de octubre de 2002, o en el más reciente asunto C-44/01 Pippig contra Hartlauer, sentencia de 8 de abril de 2003, entre otros.

Llegados a este punto, conviene clarificar cuál es la postura que ha adoptado la citada Directiva para proteger a todos los consumidores de las prácticas comerciales desleales. Pues bien, podemos afirmar que en la Directiva ha cristalizado el criterio de consumidor medio (28), atendiendo al principio de proporcionalidad.

Pero, además, ha ido más allá, modulando el criterio, y ha señalado que cuando una práctica comercial se dirige específicamente a un grupo concreto de consumidores, se tome como referencia al miembro medio de ese grupo. Y considerando que existe lo que podríamos denominar grupos «sensibles», o «vulnerables» de consumidores, para los que los comerciantes pueden prever razonablemente el comportamiento económico, por padecer, estos últimos, una dolencia física, trastorno mental, o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva media de ese grupo (así sucede, por ejemplo, con los niños y ancianos). Con ello se pretende reforzar la protección del consumidor por considerar que estos destinatarios requieren una tutela especial.

b) LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA POR OMISIÓN

El legislador español recoge, además, expresamente la publicidad engañosa (29) por omisión, al señalar que «es engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes o servicios, cuando dicha omisión induzca a un error de los destinatarios» (art. 4, párrafo 2 de la LGP).

Por tanto, para calificar un mensaje publicitario como engañoso por omisión, debe silenciar datos fundamentales e inducir a error (30). Debe des-

(28) Efectivamente, la presente Directiva ha tomado como referencia el concepto de consumidor medio, concepto elaborado por la interpretación del Tribunal de Justicia, en otras palabras, el consumidor que está debidamente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, si bien lo ha hecho sin dar una definición de consumidor medio tal, apartándose así de la Propuesta de Directiva.

En nuestra opinión, la razón de dicha supresión es la dificultad de dar una definición que sea capaz de adaptarse, en cada momento, a la realidad cambiante, siendo más fácil para que el concepto no quede anquilosado, que los tribunales determinen qué debe entenderse por tal, en las aplicaciones que hagan del concepto en cada caso concreto, por tanto el legislador comunitario ha considerado más conveniente reservar esta tarea a los tribunales y autoridades nacionales.

(29) Conviene destacar que la Directiva 2006/114, de 12 de diciembre de 2006, no recoge expresamente la publicidad engañosa por omisión, si bien, dada la amplitud de la definición de publicidad engañosa, cierto sector doctrinal se inclinaba por entender que quedaba incluida. La Directiva de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, que pretende alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores y que se aplica a todas las transacciones de empresas con consumidores, considera que las prácticas comerciales son por omisión engañosas si no aportan unos datos mínimos u omiten, ocultan u ofrecen de manera poco clara, inteligible o ambigua, la información sustancial que necesita el consumidor medio antes de la compra, o en un momento que no sea adecuado. Siempre y cuando pueda hacerle o le haga tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado (art. 7 de la citada Directiva).

(30) El Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de abril de 2006 (*RJ* 2006/2201) ha tenido ocasión de pronunciarse en torno a la publicidad engañosa por omisión, calificando la campaña publicitaria de Imeco-Cajasalud, sobre el seguro de asistencia sanitaria

tacarse que se exige la producción de un daño efectivo, no basta con que sea susceptible de producirlo.

c) DETERMINACIÓN

Para poder calificar una publicidad como «engañosa», el artículo 5 de la LGP dispone que se tendrá en cuenta todos sus elementos, y principalmente sus indicaciones concernientes a:

1. «Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:
 - a) Origen de procedencia geográfica (31) o comercial, naturaleza, composición, destino, idoneidad, disponibilidad y novedad.
 - b) Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.
 - c) Modo y fecha de fabricación, suministro o presentación.
 - d) Resultados que pueden esperarse de su utilización (32).
 - e) Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.
 - f) Nocividad o peligrosidad.
2. Precio completo, o presupuesto, o modo de fijación del mismo (33).
3. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.
4. Motivos de la oferta.

con suplemento odontológico, de ilícita, ya que presentaba al público un producto como una operación de seguro cuando no lo era, ocultando al asegurado y al público destinatario de la publicidad que el servicio que se le ofrecía era pagado íntegramente más una comisión por el asegurado. Se trata de una publicidad ilícita por engañosa al inducir o poder inducir a error a sus destinatarios en cuanto a las características y naturaleza del producto ofrecido, pudiendo afectar a su comportamiento económico que silencia datos fundamentales. Anteriormente, vid. la sentencia de 3 de febrero de 1995 del Tribunal Supremo (*RJA* 1995/735).

Uno de los sectores donde se da de forma más recurrente prácticas de publicidad engañosa es en el sector de la telefonía, así puede verse la Resolución de 20 de marzo de 2001, del Jurado de la Publicidad de AAP, sobre reclamación presentada por Telefónica frente a Tele 2, de 17 de abril de 2001, bajo el eslogan «simplemente llame más barato».

(31) Puede verse, la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2000, el caso trata de la difusión de folletos ilustrados de botellas de vino (Palacio de Arganza) con un recuadro anunciando hallarse acogido a la denominación origen del Bierzo, sin que la empresa se hubiese inscrito en el Registro del Consejo regulador, por lo que el Tribunal aprecia que la actividad publicitaria realizada es claramente ilícita por engañosa. Podía haberse calificado de desleal por uso injustificado de denominación de origen, artículo 6.b) de la LGP.

(32) Vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de mayo de 1997 (*RAJ* 1997/3876), citada anteriormente.

(33) Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 11 de febrero de 1998 (*AC* 607/1998), relativa a un hipotético descuento sobre una conocida marca de gafas de sol que hacía un establecimiento mediante una enorme pancarta y grandes carteles fijados en la fachada, cuando el precio de venta al público era similar o incluso superior al de otros establecimientos del ramo, por lo que la publicidad fue declarada engañosa. También, vid. sentencia de 7 de junio de 1999, de la Audiencia Provincial de Baleares (*AC* 1999/2276), anteriormente citada.

5. Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativa a:
 - a) Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.
 - b) Derechos de propiedad industrial o intelectual.
 - c) Premios o distinciones recibidas.
6. Servicios posventa».

En definitiva, tal y como pone de relieve la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de abril de 2005 (*JUR* 2005/110991), la doctrina establece una serie de parámetros interpretativos para determinar la inveracidad de una publicidad: *a)* Debe prevalecer la significación otorgada a la expresión publicitaria por los destinatarios de la misma, frente a la perseguida por el anunciante; *b)* El criterio interpretativo debe ser el del consumidor medio, no experto en la materia objeto del anuncio; *c)* Se debe aplicar el principio de indivisibilidad del anuncio, no pudiendo analizarse separadamente cada una de sus partes; *d)* Ha de tenerse presente tanto el tipo de prestación anunciada, como el medio publicitario empleado y el contexto social, económico y cultural en que se desarrolla la promoción; *e)* Como en todas estas materias, es de aplicación el principio general *in dubio, pro consumitore*.

IV. ACCIONES FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y COMPARATIVA ILÍCITA

Es preciso señalar que, para hacer frente al engaño publicitario, se pueden ejercitar acciones civiles (34), penales (35) y administrativas (36), que vienen

(34) Es necesario destacar que para proteger los intereses individuales y reparar el perjuicio que la publicidad haya podido ocasionar, cabe la posibilidad de ejercitar otras acciones contempladas en el Derecho común, tales como la resolución del contrato, o la acción de responsabilidad, o la acción de enriquecimiento injusto, o seguir el principio de conservación del negocio, exigiendo, en la medida de lo posible, la integración del contrato acudiendo a la vía que ofrece el artículo 65 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007). LASARTE ÁLVAREZ, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 64, 1980, págs. 50 a 78. «La protección del consumidor como principio general del Derecho», en el *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., y GONZÁLEZ PORRAS, J. M., vol. 2, 2004, págs. 2619-2646. Sobre el estudio de la integración publicitaria, vid. TEJEDOR MUÑOZ, L., «La incidencia de la publicidad en la adquisición de la vivienda», en *RCDI*, núm. 698, noviembre-diciembre de 2006, págs. 2527 a 2537.

(35) El Código Penal tipifica el delito publicitario en el artículo 282.

(36) Las sanciones administrativas vienen reguladas en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. El artículo 48 prevé la reposición de la situación alterada por la infracción e indemnización de daños y perjuicios. En el artículo 50 se tipifican las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios. Las infracciones se clasifican en leves, graves o muy graves. El proceso administrativo puede llevar aparejadas sanciones económicas al causante del daño y además pueden llevar aparejadas medidas complementarias como el cierre temporal del establecimiento (art. 51), así como sanciones accesorias como el decomiso o la publicidad de las sanciones impuestas (art. 52).

reguladas en distintos cuerpos normativos. Si bien, aquí nos centraremos tan sólo en las acciones civiles recogidas en la Ley General de Publicidad.

La Ley General de Publicidad (37) contempla las acciones de cese (38) y rectificación (39) de la publicidad ilícita, con las que se pretende acabar con este tipo de publicidad, así como adoptar medidas (40) encaminadas a corregir los efectos que la misma pudiese ocasionar. Las demandas sobre controversia, derivadas de la publicidad ilícita, serán dirimidas por los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 28 de la LGP).

Por otro lado, la sentencia estimatoria (41) de la demanda deberá contener alguno o algunos de los siguientes pronunciamientos (42):

- «Conceder al anunciante un plazo para que suprima los elementos ilícitos de la publicidad.
- Ordenar la cesación, o prohibición definitiva, de la publicidad ilícita.
- Ordenar la publicación, total o parcial, de la sentencia, en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante.
- Exigir la difusión de publicidad correctora, cuando la gravedad del caso así lo requiera, y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita, determinando el contenido de aquélla y las modalidades y plazo de difusión» (art. 31 de la LGP).

Debe advertirse, además, que estas acciones son compatibles con el ejercicio de otras, según el artículo 32 de la Ley General de Publicidad, al establecer que: «lo dispuesto en los artículos precedentes será compatible con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan y con la persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios».

(37) La Ley 3/1991, General de Competencia Desleal, regula con mayor amplitud las acciones ejercitables contra los actos de competencia desleal: acción declarativa, de cesación, remoción, de rectificación, de resarcimiento de daños y perjuicios, y por último de enriquecimiento injusto (art. 18). Debe observarse, por tanto, que determinadas acciones se encuentran doblemente reguladas.

(38) Con la solicitud o requerimiento de cesación se pretende que el anunciante cese en la difusión de la publicidad ilícita, artículo 29 de la LGP.

(39) Con la solicitud o requerimiento de rectificación se pretende la reparación de los efectos ocasionados por el ilícito publicitario, cuando la gravedad del caso lo requiera.

(40) Tras la derogación del artículo 30 de la Ley General de Publicidad, donde se recogían las medidas cautelares que podían ser solicitadas por el demandante, éstas pasan a regularse por la Ley de Enjuiciamiento Civil en los artículos 721 y 727.7.

(41) La Ley 39/2002, de 28 de octubre, introduce dos importantes novedades en la Ley de Enjuiciamiento Civil, una, la imposición de una multa coercitiva, cuya cuantía oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros por día de retraso en la ejecución de la resolución en el plazo señalado en la sentencia, y otra, si se estima procedente, y con cargo al demandado, consistente en la publicación total o parcial de la sentencia o cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora (apartado 2 del art. 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

(42) Cuando el proceso haya sido promovido por una asociación de consumidores y usuarios será de aplicación lo dispuesto en el artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

V. CONCLUSIÓN

La publicidad es una actividad compleja, cuyo propósito es captar al consumidor para que realice la compra. Es necesario que la publicidad se mueva dentro de los límites permitidos por la legislación vigente, pero con demasiada frecuencia se traspasan, realizándose una publicidad ilícita.

Una de las formas en las que aparece la publicidad ilícita es la publicidad engañosa. El concepto de publicidad engañosa, actualmente se ha ampliado considerablemente al incluirse dentro del mismo las prácticas comerciales engañosas.

Es necesario destacar, por otro lado, que existe una lista negra de prácticas comerciales que en cualquier circunstancia se consideran engañosas, por lo que no es necesario saber cómo ha influido esta publicidad en el consumidor medio. En el resto de los casos, para saber si estamos ante una publicidad engañosa, por regla general, habrá que analizar el caso concreto y tener como parámetro el criterio de consumidor medio normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz, y precisamente, hasta ahora el parámetro utilizado para determinar si una publicidad era o no engañosa, era tomar en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio. Pero, actualmente, se ha ido más allá, modulando el criterio, y se ha señalado que cuando una práctica comercial se dirige específicamente a un grupo concreto de consumidores, y distorsione o pueda distorsionar el comportamiento económico del consumidor, se tome como referencia al miembro medio de ese grupo.

Además, considerando que existe lo que podríamos denominar grupos «sensibles», o «vulnerables» de consumidores, cuando la práctica comercial pueda distorsionar, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente el comportamiento económico de ese grupo de consumidores especialmente vulnerable, por padecer, estos últimos, una dolencia física, trastorno mental, o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva media de ese grupo (así sucede, por ejemplo, con los niños y ancianos). Con ello se pretende reforzar la protección del consumidor por considerar que estos destinatarios requieren una tutela especial.

Es preciso señalar que para hacer frente al engaño publicitario, se pueden ejercitar acciones civiles, penales y administrativas.

Se aboga por una mayor concienciación por parte de anunciantes y administración para que no se utilice la publicidad engañosa.

BIBLIOGRAFÍA

- CURTO LÓPEZ, M.: «Notas sobre la publicidad engañosa y su tratamiento jurisprudencial», en *Aranzadi Civil*, núm. 17, enero de 2000, págs. 2379 a 2414.
- DE LA CUESTA RUTE, J. M.: «Observaciones sobre la Ley General de Publicidad», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 88, núm. 4, octubre-diciembre de 1989, págs. 917 a 970.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE (Introducción al estudio de la Directiva CEE 84/450, de 10 de septiembre de 1984)», en *Revista de Instituciones Europeas. Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 2, vol. 15, mayo-agosto de 1988, págs. 447 a 481.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: «La Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales en materia de protección de consumidores (entre el objetivo de una armonización

- total y el enfoque de plena armonización)», en *Derecho de los Negocios*, octubre de 2005, págs. 5 a 18.
- LEMA DEVESA, C.: «La publicidad engañosa en el moderno Derecho español», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coordinada por IGLESIAS PRADA, vol. I, 1996, págs. 869 a 886.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 64, 1980, págs. 50 a 78. «La protección del consumidor como principio general del Derecho», en el *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, coordinada por MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., y GONZÁLEZ PORRAS, J. M., vol. 2, 2004, págs. 2619 a 2646.
- MASSAGUER, J. y PALAU, F.: *Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la Comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, Barcelona, 2002, en <http://www.consumo-inc.es/informes/terior/document/frame/PDF/DICTAMEN.pdf>.
- TATO PLAZA, A.: «Product Placement y Publicidad Encubierta (comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad, de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso Soberano)», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 22, 2001, págs. 573 a 595.
- TEJEDOR MUÑOZ, L.: «La incidencia de la publicidad en la adquisición de la vivienda», en *RCDI*, núm. 698, noviembre-diciembre de 2006, págs. 2527 a 2537.
- «Publicidad engañosa, comparativa y prácticas comerciales desleales», en DÍAZ-AMBRONA, M.^a Dolores (dir.), *Derecho Civil Comunitario*, Capítulo XI, Madrid, 2010, 4.^a ed., págs. 263-323.

RESUMEN

PUBLICIDAD ENGAÑOSA PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

La publicidad es la actividad en la que se nos presenta a los consumidores productos para que nos sintamos atraídos a su compra. En la actualidad forma parte de nuestra vida cotidiana y cada vez son más los medios por los que la recibimos. El problema aparece cuando la publicidad que se utiliza para persuadirnos traspasa los límites permitidos. Uno de estos límites es el engaño. Sin duda las prácticas publicitarias engañosas se producen con más frecuencia de la deseada. Son muchos los casos que llegan a los tribunales y al jurado de autocontrol. En el presente comentario analizamos cuándo estamos ante un supuesto de publicidad ilícita por engañosa, y cuáles son los medios que tiene el consumidor para combatir la cuando ha sido víctima de la misma.

ABSTRACT

FALSE ADVERTISING UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES

Advertising is the activity in which we consumers are presented with products so that we will feel drawn to purchase them. Nowadays advertising forms part of our daily life, and we receive it over an increasing number of channels. The problem occurs when advertising crosses the limits on what it is allowed to do to persuade us. One of those limits is falseness in advertising. False advertising practices are certainly used more frequently than is desired. Many are the cases that reach the courts and the advertising industry's Self-Control Jury. This commentary analyses when advertising is illicit due to falseness and what means are available to consumers to combat false advertising that has successfully deceived them.

2. MERCANTIL

LA VALORACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES EN LA EXCLUSIÓN DE SOCIOS DE UNA SOCIEDAD LIMITADA PROFESIONAL La libre valoración vs. el valor razonable de las participaciones en la exclusión del socio

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

SUMARIO: I. LA VALORACIÓN RAZONABLE SEGÚN LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—II. EL CRITERIO LEGAL DE VALORACIÓN.—III. BREVE EXCURSO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL CRITERIO LEGALMENTE ADOPTADO.—IV. EPÍLOGO.

I. LA VALORACIÓN RAZONABLE SEGÚN LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28 de julio de 2009 (BOE núm. 227, de 19 de septiembre de 2009), analiza un recurso contra la negativa a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una sociedad limitada profesional (Estudio Jurídico Chamarín, S.L.P.) consistentes, entre otros y en lo que ahora nos ocupa, en la exclusión de determinados socios, la cual es rechazada por el registrador en base a la inexistencia de un valor razonable de las participaciones sociales del socio excluido o acuerdo para su valoración, ya que los estatutos sociales preveían al efecto lo siguiente:

«El socio que se separe de la Sociedad o sea excluido de la misma por cualquier causa tendrá derecho a:

- i) su participación en el capital y reservas;*
- ii) la parte que le corresponda en los resultados del ejercicio en curso, en proporción al tiempo transcurrido hasta la separación o exclusión; y*
- iii) el pago de la prestación accesorio que corresponda a sus servicios incluidos en facturas giradas por la Sociedad, antes o después de la separación o exclusión, que se cobren con posterioridad, cuyo importe se determinará conforme a las previsiones del artículo 13 de los estatutos sociales...».*

Las alegaciones de la recurrente se basaron en que el procedimiento para la valoración de las participaciones sociales está determinado en los estatutos sociales, los cuales no requieren la intervención de auditores de cuentas al efecto, justificándose la valoración de las participaciones sociales en cuestión, en relación con dichos estatutos sociales y a las cuentas de la sociedad depositadas en ejercicios anteriores. Siendo que como la sociedad profesional funciona bajo la premisa de beneficio cero, puesto que los socios facturan a la sociedad la diferencia entre los ingresos y los gastos imputables a cada uno de

ellos —que, en conjunto, son los ingresos y gastos totales de la sociedad—, lo que corresponde a cada socio es, en caso de separación o exclusión, simplemente su participación en el capital y las reservas.

Habiendo el registrador denegado la inscripción, ya que no constaba la existencia de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales, persona y procedimiento a seguir, ni, en su caso, valoración por el auditor designado por el Registro Mercantil (en aplicación de los arts. 100 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada y 208 del Reglamento del Registro Mercantil), el Centro Directivo confirma la calificación registral del siguiente modo:

«El hecho de que los estatutos de esta sociedad mercantil dispusieran en su artículo 18.1 (coincidente con el contenido del art. 17.1 de los Estatutos tras la modificación acordada en la Junta cuyos acuerdos se elevan a público en la escritura calificada) un sistema de valoración de las participaciones del socio excluido (obligando a computar su participación en el capital y reservas, en los resultados del ejercicio en curso en proporción al tiempo transcurrido hasta la separación o exclusión y al pago de la prestación accesorio que corresponda a los servicios incluidos en las facturas giradas por la Sociedad antes de la separación o exclusión o después, que se cobren con posterioridad) no impide ni excluye la aplicación de lo dispuesto en el imperativo artículo 100.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, precepto que establece taxativamente que “a falta de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, las participaciones serán valoradas por un auditor de cuentas, distinto al de la sociedad, cualquiera de los socios titulares de las participaciones que hayan de ser valoradas”. Sólo del modo apuntado puede darse cumplimiento a otro precepto estatutario, el artículo primero, que con toda claridad dispone que la sociedad se rige por los propios estatutos sociales, por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y por las demás disposiciones que le sean aplicables».

II. EL CRITERIO LEGAL DE VALORACIÓN

Lo primero que llama poderosamente la atención es que la citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado esté resolviendo un recurso sobre una sociedad profesional y no se cite entre sus argumentos jurídicos los derivados de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales. Igual de llamativo es que dicha falta de alegación se produzca tanto en la calificación registral como en el recurso contra la misma.

No obstante y ante la falta de un pronunciamiento expreso sobre el carácter profesional de la sociedad, entendemos que sí existen aspectos que nos permiten asumir que nos encontrábamos ante la existencia de una sociedad profesional. Así, la propia denominación social, «Estudio Jurídico Chamartín, S.L.P.», resulta enormemente reveladora de dicho carácter profesional de esta sociedad, ya que el artículo 6.5 de la Ley de Sociedades Profesionales, expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 6. Denominación social.

5. En la denominación social deberá figurar, junto a la indicación de la forma social de que se trate, la expresión profesional. Ambas indicaciones podrán incluirse de forma desarrollada o abreviada.

La denominación abreviada de las sociedades profesionales se formará con las siglas propias de la forma social adoptada seguidas de la letra p, correspondiente al calificativo de profesional».

Además, en los propios alegatos del recurso se recoge el artículo 13.5 de los estatutos sociales que expresa literalmente lo que sigue: «Cada uno de los socios facturará a la sociedad, trimestralmente, a cuenta de la liquidación final de cada ejercicio, los servicios profesionales que prestare en nombre o por cuenta de ésta, regularizándose la facturación al cierre del ejercicio, por el importe que resulte de deducir de los ingresos a él imputables en las facturas cobradas por la Sociedad, la parte de los gastos de la Sociedad que le corresponda de acuerdo con el apartado 13.4 anterior». Este precepto estatutario también nos da a entender que los servicios profesionales son prestados por el socio en nombre y por cuenta de la sociedad, es decir, que es la sociedad en cuestión en quien recaen los efectos jurídicos de la actividad profesional prestada al tercero contratante, por lo que también parece que nos encontramos ante una auténtica sociedad profesional y no ante una sociedad de intermediación o de medios.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, nos ofrece las diferentes clases o tipos en que, en principio, pueden organizarse libremente los profesionales, según los fines perseguidos por los mismos.

De esta forma, la referida Exposición de Motivos califica a las sociedades profesionales *stricto sensu*, como «...sociedades externas para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se imputa tal ejercicio realizado por su cuenta y bajo su razón o denominación social. En definitiva, la sociedad profesional, objeto de esta Ley, es aquella que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social».

Continúa la Exposición de Motivos explicando el resto de tipos asociativos, para excluirlos del ámbito de aplicación de la Ley 2/2007, de la siguiente forma: «Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la Ley las sociedades de medios, que tiene por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación, que sirven de canalización o comunicación entre el cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional persona física que, vinculado a la sociedad por cualquier título (socio, asalariado, etc.), desarrolla efectivamente la actividad profesional. Se trata, en este último caso, de sociedades cuya finalidad es la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional persona física, sino de servir no sólo de intermediaria para que sea este último quien la realice, y también coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas» (1).

(1) Para una mayor extensión y con carácter general sobre el tema, vid. PAZ-ARES y CAMPINS VARGAS, *Sociedades Profesionales (Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales y Memoria correspondiente)*, Madrid, 1997, inédito (archivo de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia); PAZ-ARES, «Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653 (julio de 1999); AURORA CAMPINS VARGAS, «El Anteproyecto de Ley de

Por ello, y sin que sea el momento ni el ánimo de este trabajo el volver a analizar el objeto social de las sociedades profesionales (2) (lo cual ya tuvimos tiempo de abordar tras el análisis de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2007 —BOE núm. 13, martes 15 de enero de 2008—) (3), y pese a la falta de mayores elementos interpretativos que pudieran esclarecer aún más la cuestión, a la luz del contenido de la propia Resolución del Centro Directivo analizada, entendemos que de acuerdo con lo anterior, la misma versaba sobre una auténtica sociedad profesional, y sobre la base de dicho entendimiento abordaremos el tratamiento de la presente Resolución.

De esta forma, la norma que específicamente regula esta cuestión es el artículo 16.1 de la Ley de Sociedades Profesionales que literalmente reza como sigue:

«Artículo 16. Reembolso de la cuota de liquidación.

1. El contrato social podrá establecer libremente criterios de valoración o cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que corresponda a las participaciones del socio profesional separado o excluido, así como en los casos de transmisión mortis causa y forzosa cuando proceda».

La norma jurídica transcrita es clara, por lo que vaya por delante nuestra conclusión: asumido el carácter profesional de la sociedad citada, la Dirección General de los Registros y del Notariado yerra en su conclusión, no puede exigírsele a una sociedad limitada profesional que el valor de la cuota de liquidación del socio excluido sea calculado a *valor razonable*, de conformidad con lo previsto en el artículo 100 de la Ley de Sociedades Profesionales.

Esta conclusión no puede ser controvertida, asumido el carácter profesional de esta sociedad limitada, por el argumento de esta Resolución consistente en afirmar lo siguiente: *«Sólo del modo apuntado puede darse cumplimiento a otro precepto estatutario, el artículo primero, que con toda claridad dispone que la sociedad se rige por los propios estatutos sociales, por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y por las demás disposiciones que le sean aplicables».*

Es decir, afirmada sin discusiones la naturaleza contractual de los estatutos sociales como, por ejemplo, se establece en la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1995 (*RJ* 1995/4208), al razonarse al respecto que: *«ha de entenderse que el Estatuto Societario no es una norma jurídica como tal, de las previstas en el artículo 1.1.6 del Código Civil, cuyo quebranto dé acce-*

Sociedades Profesionales: un paso adelante en su reconocimiento y regulación», en *La Ley*, núm. 5, 2005, págs. 1035-1040; Francisco Javier GARCÍA MAS, «Problemas y soluciones de las Sociedades Profesionales cara a una futura ley», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 669.

(2) Vid. Francisco REDONDO TRIGO, «Las sociedades profesionales y su objeto social en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2007», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 707, págs. 1396-1421.

(3) A este respecto, al menos es necesario señalar en estos momentos que la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 29 de abril de 2009, rebatió el criterio de la mencionada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2007.

so al recurso de casación. Su estructura de carácter convencional o contractual, sirve de regla de conducta a la sociedad y a sus integrantes», los criterios interpretativos para su correcto entendimiento también han sido expuestos por la jurisprudencia. De esta forma y a título ejemplificativo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2001 (RJ 2001/514), estableció como criterio rector interpretativo el de la buena fe mercantil al decir que: «*Aunque, según reiterada jurisprudencia, los Estatutos constituyen la reglamentación necesaria para el funcionamiento corporativo de la sociedad y sus normas habrán de ser observadas por todos los socios, pues regulan preceptivamente la vida interna de la compañía en tanto no se opongan a disposiciones legales con valor de ius cogens, no cabe olvidar que deben interpretarse según las normas de la buena fe mercantil*».

Por ello, el referido precepto estatutario en que hace también descansar el Centro Directivo su conclusión, no puede tener dicho alcance pretendido, ya que el propio artículo 1.3 de la Ley de Sociedades Profesionales prevé, en cuanto a las fuentes legales aplicables a las sociedades profesionales, lo siguiente:

«Artículo 1. Definición de las sociedades profesionales.

3. Las sociedades profesionales se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada».

De esta forma, la regulación de la sociedad limitada profesional se lleva a cabo por la Ley de Sociedades Profesionales, y solo supletoriamente por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, o lo que es lo mismo, el criterio valorativo que ha de estimarse para fijar la cuota de liquidación de un socio excluido es el previsto en el artículo 16.1 de la Ley de Sociedades Profesionales, y no el del artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, como se afirma en esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ello supone inevitablemente, que sea la autonomía de la voluntad de los socios la auténtica fuente reguladora de esta cuestión, es decir, son los socios quienes libremente fijan en el contrato social el criterio de valoración de las participaciones del socio excluido, lo que efectivamente realizaron en este caso, a la luz del transcrito artículo estatutario donde en ningún momento se hace referencia a la exigencia del *valor razonable* de dichas participaciones que haya de ser fijado por un auditor, máxime si cuando el propio artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sólo establece dicho criterio valorativo y el procedimiento para su fijación, *a falta de acuerdo...*, el cual se había llevado a cabo en el presente caso en los propios estatutos sociales, es decir, de conformidad con el *contrato social*, tal y como permite el meritado artículo 16.1 de la Ley de Sociedades Profesionales.

III. BREVE EXCURSO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL CRITERIO LEGALMENTE ADOPTADO

Los presupuestos de la previsión legislativa, consistente en la libertad contractual referida para la fijación del valor de la cuota de liquidación, se entienden desde un acercamiento a los motivos que los redactores del Borrador de

Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales hicieron en la memoria justificativa del mismo (4).

En el citado Borrador de Anteproyecto se preveía en su artículo 13 al respecto lo siguiente:

«Artículo 13. Cuota de liquidación del socio saliente.

Los estatutos podrán establecer libremente los criterios de valoración o cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación del socio separado o excluido. A falta de disposición estatutaria, el valor de la cuota de liquidación se determinará por referencia al valor del patrimonio neto contable».

La importancia de la propuesta consistía, pues, en determinar si la regla del «valor real» o «razonable» (desde la conocida como Ley Financiera 44/2002) es una regla imperativa, como tradicionalmente se ha venido sosteniendo por la doctrina mayoritaria en función de dos argumentos: el de la prohibición de las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción o la participación y el de la prohibición de los llamados pactos leoninos.

En cuanto al primero de los argumentos, acertadamente los autores del Borrador de Anteproyecto (vid. pág. 69) afirman que no es cierto, ya que: *«...La ley permite que se establezcan limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, y entre ellas pueden encontrarse las que se derivan de la fijación de un precio de adquisición o rescate inferior al real. Lo único que prohíbe la ley es que se haga prácticamente imposible la transmisión, lo cual sólo será cierto cuando la valoración de las acciones o participaciones no permita más que obtener un precio ridículo o simbólico, o mejor dicho, un precio que el socio experimente como expropiatorio. Sólo en ese caso, en efecto, podremos afirmar que el socio se halla “prisionero del título”. Y esto no es ciertamente lo que acontece en nuestro caso: el socio de una sociedad profesional sabe de antemano que cuando haya de causar baja en la sociedad no puede pretender llevarse más de lo que le corresponde en función de su aportación inicial, que es básicamente el capital físico aportado —normalmente de escaso valor— y su capital humano —que queda liberado de las obligaciones anteriores—»,* aparte de que incluso legislativamente y en el ámbito de las sociedades limitadas, este argumento, relativo a la prohibición de la transmisión de las participaciones sociales, decae en los supuestos previstos en el artículo 30.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En relación con el segundo de los argumentos, igualmente con acierto los autores del Borrador de Anteproyecto (vid. pág. 70) desestiman la aplicación al caso, ya que pese a la prohibición general del artículo 1.691 del Código Civil, que prescribe que: *«Es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas. Sólo el socio de industria puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas»*, entienden que *«...La inmoralidad no radica, sin embargo, en el hecho de que los derechos del socio a los rendimientos económicos se definan de una manera estrecha, sino en el hecho de que se definan de manera diferente para unos y otros socios, dando lugar a una discriminación*

(4) Vid. PAZ-ARES y CAMPINS VARGAS, *Sociedades Profesionales (Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales y Memoria correspondiente)*, Madrid, 1997, inédito (archivo de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia), vid. pág. 66 y sigs.

injustificada. Lo que el ordenamiento quiere impedir mediante la prohibición de los pactos leoninos es que un socio se lleve “la parte del león” y otro recoja simplemente las migajas. En modo alguno pretende censurar las cláusulas de reparto que afecten a todos los socios...».

Frente a estas sólidas argumentaciones, ni siquiera los autores del Anteproyecto entienden que puedan oponérseles de contrario los principios del Derecho Privado que pudieran esgrimirse.

En este sentido, tampoco la libertad de separarse en las relaciones duraderas puede suponer una barrera infranqueable a la libertad contractual por la que se establece la regla de valoración de la cuota de liquidación en una sociedad profesional, ya que en la misma: *«...el socio obtiene su participación a cambio de una aportación de capital, que es mucho menor de la parte del valor de la empresa que le corresponde. En tales supuestos —se afirma—, la legitimidad de la cláusula de liquidación queda asegurada si la sociedad garantiza al socio la devolución de su aportación de capital»* (vid. Borrador de Anteproyecto, op. cit., pág. 73).

De igual forma, el argumento de que el heredero ha de obtener el íntegro contenido patrimonial de la participación de su causante, tampoco puede admitirse, ya que: *«...los herederos tienen, efectivamente, el derecho a obtener el valor íntegro de la participación, pero no de una participación abstractamente pensada, sino de la participación de su causante»* (vid. Borrador de Anteproyecto, op. cit., pág. 73).

Por último, tampoco el principio de responsabilidad patrimonial universal (ex art. 1.911 del Código Civil) puede ser argumentado en contra de la libertad social tratada. Así, esta traba a dicha autonomía de la voluntad ha venido poniéndose de manifiesto en los supuestos de embargo donde la participación social queda sustituida por la cuota de liquidación, ya que: *«...Su error está en no diferenciar las cláusulas generales (que contemplan todos los supuestos de salida del socio) y las cláusulas particulares (que contemplan sólo el caso de la exclusión por embargo). Es manifiesto que el ordenamiento debe vedar las cláusulas particulares en las que se dispone que la liquidación se practicará de un determinado modo, que se aparta del establecido para los demás casos de disolución parcial. Las cláusulas particulares son cláusulas en fraude de acreedores. Pero cuando —como sucede en nuestro caso— el criterio de cálculo de la cuota de liquidación se establece con carácter general para todas las hipótesis de salida del socio, las cosas han de ser juzgadas de otro modo»* (vid. Borrador de Anteproyecto, op. cit., pág. 75).

Si la libertad en la configuración de la cuota de liquidación no puede ser contradicha en virtud de los principios generales antes citados, tampoco la misma puede ser cercenada mediante la afirmación de que la regla del valor real es derecho imperativo que se deriva de la propia configuración de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Una primera reflexión al respecto ha de venir dada por dirimir si los estatutos sociales pueden alterar la regla de la proporcionalidad configurando libremente los derechos patrimoniales de socios; conclusión afirmativa que ha de extraerse de los artículos 53.4, 85 y 119 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de ahí que se estime (de nuevo) correctamente que: *«...las cláusulas de valoración de las participaciones en caso de liquidación parcial por exclusión o separación no son nada diferente de las cláusulas sobre distribución de ganancias y cuota de liquidación. En un sistema en el que no quepa alterar el principio de proporcionalidad a la hora de regular el derecho al dividendo o la*

cuota de liquidación, puede resultar congruente una regla imperativa del valor real. Pero en un sistema como el vigente, esa conclusión sería descabellada. En nuestra opinión, las cláusulas de determinación de la cuota de liquidación en atención al valor real o contable en los casos de separación o exclusión quedan amparadas por la autorización estatutaria establecida en el artículo 119 LSRL» (vid. Borrador de Anteproyecto, *op. cit.*, pág. 79).

Por otro lado, el artículo 29.2.d) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada expresamente prevé que: «...En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor razonable el que determine un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por los administradores de ésta...», es decir, también en los supuestos en que la sociedad no otorgue su consentimiento al socio que pretende transmitir su participación el precio de adquisición por terceros, socios o la propia sociedad será «el fijado de común acuerdo», de ahí que sea de nuevo la autonomía de la voluntad la que preside el criterio valorativo a adoptar en este supuesto, coincidiendo en que: «...El tratamiento de la valoración de las participaciones ha de ser el mismo en el caso de separación y exclusión del socio que en los casos de rescate o de ejercicio de un derecho de suscripción preferente, pues en todos ellos se sustancia el mismo fenómeno material: la salida del socio de la sociedad y la necesidad de abonarle el valor de la participación» (vid. Borrador de Anteproyecto, *op. cit.*, pág. 80).

Finalmente, es cierto que la norma reguladora del supuesto de hecho, es decir, el artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no es lo suficientemente clara al respecto, ya que cuando prevé que: «A falta de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, las participaciones serán valoradas por un auditor de cuentas, distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones que hayan de ser valoradas», y pese a que la referencia «a falta de acuerdo», «...no se refiere al momento *ex ante* en que se define la norma estatutaria, sino al momento *ex post* en que surge el problema de la valoración. Pero ello —repetimos— no se extrae la conclusión de que la regla del valor real sea imperativa. La decisión habrá de tomarse en relación con el conjunto normativo del que forma parte y, desde este punto de vista, no queda más remedio que reconocerle carácter dispositivo. Otra cosa sería gravemente incongruente con las decisiones adoptadas en los ya mencionados artículos 85, 119 y 29.2 LSRL» (vid. Borrador de Anteproyecto, *op. cit.*, pág. 83).

Vista la racionalidad de la libertad valorativa de la cuota de liquidación, también era de alabar el criterio de cierre a falta de pacto que estimaba el Borrador de Anteproyecto, es decir, el que viene dado por el valor teórico contable de la participación del socio excluido, lo que sin embargo fue modificado en el Proyecto de Ley para silenciarlo, suponiendo dicha omisión que la regla de cierre sí que venga constituida de *lege data* por el valor razonable de la participación (*ex art.* 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), lo cual no deja de ser ajeno a las peculiaridades propias de las sociedades profesionales.

PERDICES (5), después de dar por sentado la libertad de determinación expuesta, justifica que el criterio normal para la fijación de la cuota de liquidación será el del valor teórico contable. Así afirma este autor que: «...cuando el socio entra en la sociedad o accede vía plan de carrera a la condición de tal adquiere por lo general una participación que abona por su valor nominal, sino que por tanto sea forma de financiación de la sociedad, que se procura por otras vías, recibiendo como consecuencia de la clientela o el prestigio que aporta a la sociedad bien un mayor número de participaciones o bien una posición más consolidada dentro de las clases de socios previstas —por ejemplo, accediendo directamente a una categoría superior o recibiendo más puntos o unidades retributivas—. El capital, en efecto, cumple como ya se vio en el comentario al artículo 10 LSP mas una función de organización que de formación de un fondo de explotación o incluso de garantía frente a terceros. Luego, mientras el socio conserva su posición de tal y como también se vio a propósito de su remuneración, recibirá vía participación en beneficios o bien vía remuneración de prestaciones accesorias unas cantidades conformes en la regla con la cantidad y calidad de su trabajo, cantidades que, salvo la previsión de dotaciones de reservas —práctica por lo demás no muy habitual en estas sociedades—, corresponderán en no pocos casos a los beneficios íntegros obtenidos por la sociedad. En consecuencia, cuando se plantea por la razón que sea la salida del socio, lo propio es que, además como es lógico de la remuneración por su trabajo devengada y aun no liquidada, reciba el importe de su aportación inicial más, en su caso, la parte proporcional de las reservas constituidas mientras fue socio y que representan cantidades que le fueron retenidas durante ese período. Lógicamente, si estas reservas se usaron para adquirir bienes patrimoniales, lo que no es del todo habitual, es igualmente razonable que no se le excluya de su proporción en aquellos».

IV. EPÍLOGO

En función de las consideraciones expuestas y asumiendo que nos encontramos ante una sociedad profesional, no entendemos acertado el criterio de la presente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28 de julio de 2008, por ser contrario a la libertad que otorga el artículo 16 de la Ley de Sociedades Profesionales para la fijación de la cuota de liquidación del socio excluido.

Adicionalmente a lo anterior, y debido a la falta de claridad en la exposición del supuesto de hecho, otra cuestión debería haberse considerado en relación con el tema tratado por el Centro Directivo. En este sentido es necesario notar que el ámbito subjetivo y estricto de aplicación del referido artículo 16 de la Ley 2/2007 es el de los socios profesionales, en contra de la mayor amplitud del mismo que se deducía del Anteproyecto. De esta forma, pudiera haberse considerado que sólo cuando un socio profesional sea el excluido existiría dicha libertad estatutaria.

Nuestra opinión no transcurre por esos derroteros, ya que si bien el tenor literal del artículo 16 de la Ley 2/2007 es lo suficientemente claro al respecto («socios profesionales»), no es menos cierto que la ausencia de imperatividad de la regla del «valor razonable» en nuestro sistema societario, ha de llevar a

(5) Vid. PERDICES HUETOS, *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*. AA.VV., pág. 545. Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.

que mediante pacto estatutario también el socio no profesional puede verse sometido a dicha libertad configurativa en cuanto su cuota de liquidación.

Los principios configuradores del tipo social y la libre determinación de los derechos patrimoniales por parte de los socios en el contrato social nos hacen decantar por dicha solución pese a la literalidad de la Ley. Así, en el caso concreto y pese a la indefinición del particular en la presente Resolución, no es menos cierto que la fijación estatutaria establecida al respecto (art. 17 de dichos estatutos sociales) ha de implicar la aplicación de la fórmula valorativa libremente elegida en el contrato social no sólo al socio profesional, sino también al socio capitalista de la sociedad profesional en cuestión, sin tener que recurrir directamente a la regla del «valor razonable» del artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la cual sólo ha de ser aplicada en defecto de pacto social aplicable a cualquier tipo de socios, profesionales o no.

El resultado de esta libertad contractual social no puede ser tildada de leonina. Ya hemos hecho referencia cómo la proscripción de la sociedad leonina en nuestro Ordenamiento Jurídico (*ex* art. 1.691 del Código Civil) se refiere a otra cosa, esto es, que los socios sean tratados indiscriminadamente de forma desigual en relación con las ganancias y pérdidas de la sociedad, lo que no sucede en los casos de pactos que afecten a socios por igual.

ARANGIO RUIZ (6), en su magnífica obra sobre el contrato de sociedad en el Derecho Romano, se pronuncia claramente en cuanto a la sociedad que ha de ser calificada como «leonina», al decir, que: «*Societas leonina, como tale condemnata, è per i romani, e ben giustamente, una sola: quella in cui taluno partecipi alla perdita e sia escluso del profitto*», es decir, la sociedad que ha de ser considerada como leonina es sólo una, aquélla en que uno participa en las pérdidas y sin embargo se le excluye de los beneficios.

Es a este tipo de sociedad leonina a la que se refiere Ulpiano en el Digesto 17.2.29 cuando expone la doctrina de Casio sobre la misma: «*Si en la sociedad no hubiesen sido señaladas partes, consta que éstas serán iguales; pero si se hubiese convenido que uno tuviera dos partes o tres y otro una, ¿será acaso válido? Se admite que valga con tal que su aportación a la sociedad sea también mayor, bien en capital, bien en trabajo, o por cualquier otra causa. (1) Así opina Casio que puede contraerse una sociedad de modo que uno no sufra ningún perjuicio y que, en cambio, el lucro sea común, lo cual valdrá únicamente, como también escribe Sabino, si su trabajo equivale a los perjuicios, pues muchas veces tanto valen los cuidados de un socio, que reportan a la sociedad más que el capital; o si un socio navega o viaja él solo o se expone él solo a los peligros. Refiere Aristón que Casio respondió que no puede contraerse una sociedad en la que uno obtenga el lucro y otro el perjuicio, y que esta sociedad suele llamarse leonina; también nosotros estamos de acuerdo en que es nula la sociedad en que uno obtiene una ganancia y otro ningún lucro, sino el perjuicio; pues es del género más injusto aquella sociedad en la que corresponde a algún socio el perjuicio y no la ganancia (Ulp. 30 Sap.) (7).*

(6) Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *La Società in Diritto Romano*, Ristampa, Jovene Editori, Napoli, 2006, págs. 110 y 111.

(7) Digesto de Justiniano, Tomo I. Parte Tercera, Libro 18. Versión castellana por Álvaro D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

Es a este tipo social, tal y como dice ARANGIO RUIZ (8), al que ha de aplicársele la siguiente fábula del autor latino Fedro:

«Una vaca, una cabrita y una mansa oveja fueron al bosque como socios de un león. Una vez que hubieron cobrado un ciervo corpulento, hechas las partes, el león habló de la siguiente manera: “Yo tomo la primera parte porque me llamo león; la segunda me la dais por respeto a que soy vuestro socio; en tales circunstancias, puesto que soy más fuerte que vosotros, me corresponde la tercera; mal lo ha de pasar si alguno se atreve a tocar la cuarta».

La moraleja es bien sencilla, sólo la «maldad» se llevó la pieza de caza por completo.

Por ello, si ya el desenvolvimiento y desarrollo de la sociedad profesional en nuestro tráfico jurídico está siendo sinuoso, la interposición de trabas como la presente, evidentemente, no coadyuvan a la mejora en la implantación de las mismas, y mucho menos, el plantear el análisis de temas como el tratado desde postulados imperativos que en realidad no lo son, o bien, desde pretendidas ampliaciones del ámbito de aplicación de la prohibición de la sociedad leonina, a aquéllas que realmente no lo son.

RESUMEN

PARTICIPACIONES SOCIALES SOCIEDAD LIMITADA PROFESIONAL

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28 de julio de 2009, estima que la cuota de liquidación de un socio de una sociedad de responsabilidad limitada profesional ha de calcularse según el «valor razonable» de la misma y no según la fórmula pactada en los estatutos sociales, en contra de la libertad que al respecto permite el artículo 16 de la Ley de Sociedades Profesionales.

ABSTRACT

INTERESTS IN A COMPANY PROFESSIONAL LIMITED LIABILITY COMPANY

The Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 28 July 2009 deems that the liquidation proceeds of a partner in a professional limited liability company is to be calculated according to the «reasonable value» of the company in question, not the formula accorded in the company's by-laws, in contradiction of the freedom in that respect permitted by article 16 of the Professional Partnerships Act.

(8) Vid., *op. cit.*, pág. 110.

3. URBANISMO

LA ANOTACIÓN DE EMBARGO SOBRE EL EXCESO DE EDIFICABILIDAD DE UN SOLAR, ACREDITADO MEDIANTE CERTIFICACION ADMINISTRATIVA

por

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

Abogado

Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de mayo de 2009 (*BOE* núm. 145, de 16 de junio de 2009).

Inscripción de aprovechamiento, anotación, embargo, principio de especialidad, concepto de finca registral y parcela urbanística, división horizontal, sobreedificación. Reserva de edificabilidad a favor del vendedor. Examen de los artículos 17 y 52 del *TRLRHL* de 2008 y el artículo 77 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN.—III. COMENTARIOS: 1. LA NATURALEZA JURÍDICO-REAL DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO Y LAS CONDICIONES REGLAMENTARIAS PARA SU CONSTANCIA REGISTRAL. 2. LA NATURALEZA DEL DERECHO OBJETO DE EMBARGO Y LA POSICIÓN TRADICIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN MATERIA DE RESERVA DEL DERECHO DE VUELO Y ELEVACIÓN SOBRE FINCAS EDIFICADAS. 3. EL ALCANCE DEL MANDAMIENTO JUDICIAL Y LA DEFINICIÓN DEL OBJETO DE DERECHO EN LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: LA ASUNCIÓN POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS NUEVOS CONCEPTOS DE FINCA Y PARCELA URBANÍSTICA Y SU TRASCENDENCIA REGISTRAL EN ESTE CASO. 4. LA INNECESARIEDAD DE CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES REGISTRALES DE LA FINCA, DERIVADA DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA RESERVA DEL DERECHO A SOBRE ELEVAR.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 30 de mayo de 2009, la Dirección General de los Registros y del Notariado tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la posibilidad de inscribir una anotación de embargo sobre el exceso de edificabilidad atribuido por el Planeamiento urbanístico a una finca, respecto del cual existía reserva expresa a favor del embargado frente a los titulares registrales del dominio de la finca inscrita, constante en el Registro.

La citada Resolución resuelve la cuestión aplicando razonadamente el régimen de inscripción del aprovechamiento urbanístico, la jurisprudencia de la propia Dirección General y la nueva legislación del Suelo que redefine los conceptos de finca y parcela, aunque respetando la definición hipotecaria de finca registral.

A continuación examinaremos las cuestiones que suscitan el título presentado, la negativa del Registrador competente, el recurso gubernativo y finalmente la Resolución dictada.

II. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN

Presentado un mandamiento ordenando la anotación preventiva de embargo sobre el excedente de edificabilidad que correspondía a un solar del ejecutado, el Registrador titular competente lo calificó negativamente en virtud de diversas deficiencias entre las que destacaba la que da lugar a la posterior resolución y que se identifica en la nota de calificación de la manera siguiente:

«Presentado nuevamente el título, se acompaña al mismo Certificación... por... Secretaría accidental, por Decreto de Delegación de fecha 23 de julio de 2007, del Excelentísimo Ayuntamiento... en la que se afirma la existencia, originariamente, de un exceso de edificabilidad; el cual, sin embargo, ha quedado parcialmente absorbido por un exceso de obra anterior. Un documento del que no puede entenderse acreditada, sin embargo, la constancia registral de ese exceso de aprovechamiento urbanístico sobre la finca a que se refiere el mandamiento que se pretende anotar».

La nota de calificación se basó, además de en la afirmación del principio de calificación registral del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y en los siguientes Fundamentos de Derecho:

«2. No es posible la práctica de anotación preventiva sobre derecho alguno que no aparezca inscrito, conforme a las exigencias derivadas del principio hipotecario de tracto sucesivo (arts. 20 de la Ley Hipotecaria y 140 de su Reglamento), debiendo en tal caso denegarse la práctica del asiento solicitado».

El recurso gubernativo apelaba a la previsión del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en lo que a la inscripción de la transferencia y gravamen de aprovechamiento se refiere, y a la constancia por nota marginal de tal aprovechamiento cuando integra la finca a la que acrece e incluso como inscripción separada, añadiendo que en la escritura de obra nueva y división horizontal se reservó el promotor el derecho a construir en las zonas comunes o sobre el vuelo de los edificios el total volumen edificable a que con arreglo a la Ley tenían derecho, y que, en cuanto a la posibilidad de edificar el exceso, se acreditaba con la oportuna certificación municipal.

La Dirección General dictó su Resolución de 30 de mayo de 2009, en la que estima el recurso gubernativo con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

«Vistos los artículos 20 de la Ley Hipotecaria; artículos 62 y siguientes de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; artículos 33 y siguientes y 77 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio; artículo 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; y la Resolución de esta Dirección General de 5 de abril de 2002.

1. Se debate en este recurso si es procedente la práctica de una anotación de embargo sobre un exceso de edificabilidad que no consta previamente inscrito en el Registro, cuando se acompaña certificación urbanística del Ayuntamiento de Mijas, donde radica el inmueble, en el que a requerimiento del Juzgado se certifica la edificabilidad proyectada para el que se ha concedido la licencia y el derecho existente a un mayor volu-

men edificable y superficie de ocupación de la edificación existente sobre la total superficie de la parcela.

2. No cabe duda que el concepto de finca inscrita hoy en día no se limita a su descripción perimetral, sino que abarca también su edificabilidad. En este sentido, esta Dirección General tuvo ya oportunidad de afirmar la posibilidad de configurar como finca independiente el volumen edificable existente en el subsuelo (cfr. Resolución de 5 de abril de 2002) y el propio Texto Refundido de la Ley del Suelo ha sancionado esta concepción moderna de finca en su artículo 17.a) cuando la define como unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Añade ese precepto, que cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral.

3. Fiel a esta concepción, las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, admiten la posibilidad de que el aprovechamiento urbanístico de una finca —en la medida que esté así reconocido en el planeamiento urbanístico—, que forma parte del contenido del dominio y por tanto está implícito en la descripción meramente perimetral de la finca registral, pueda independizarse y a modo de agregación pasar a formar parte de la finca a la que se transfiere haciéndose constar por nota marginal (cfr. art. 77 del Real Decreto 1093/1997), o bien —a modo de segregación— pasar a formar finca registral independiente (cfr. art. 39 del Real Decreto 1093/2007). Pero nada impide que forme parte de la propia finca beneficiaria del aprovechamiento urbanístico.

4. En el supuesto que nos ocupa existe un solar que es objeto de embargo en cuanto a su exceso de edificabilidad. Y se acompaña certificación urbanística del Ayuntamiento que describe pormenorizadamente —cumpliendo así suficientemente lo dispuesto en el art. 34 del Real Decreto 1093/1997— el exceso de edificabilidad existente sobre la parcela. En concreto se especifica —entre otros extremos— que la edificación que obtuvo licencia ocupa un 36,14 por 100 de la parcela, esto es, 1.807 m² ocupados, estando permitida una ocupación máxima del 40 por 100 respecto de la superficie total de la parcela que es de 5.000 m², esto es, 2.000 m², por lo que podría aumentarse la ocupación en 193 m². Al mismo tiempo se certifica que respecto a la licencia de obras concedida quedan 464 m² de edificabilidad por consumir, al haberse consumido solamente 1,24 m² de techo edificable por metro cuadrado. En definitiva, la calificación urbanística aportada junto con el mandamiento de embargo permite delimitar suficientemente el aprovechamiento urbanístico perteneciente a la finca embargada, de manera que ningún obstáculo existe a la práctica del embargo sobre él, que deberá hacerse constar —previa delimitación del mismo— en el folio de la finca. Sólo en el caso de ejecución del embargo podrá configurarse como finca independiente o adscribirse por nota marginal a otra finca.

5. Por otra parte el exceso de edificabilidad sobre la parcela se lo reservó expresamente el promotor en la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal sobre la misma. Por lo que ningún inconveniente existe, desde la perspectiva del tracto sucesivo, a la anotación preventiva del embargo sobre ese exceso de edificabilidad —verdadero derecho de aprovechamiento urbanístico materializable—, pues aún es parte del

contenido de la finca registral y por tanto aún está inscrito a favor de la sociedad promotora ejecutada, por lo que no será necesario el consentimiento de los titulares de derechos sobre los elementos independientes que pudieran haber resultado de la división horizontal.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos».

Aunque la Resolución es clara y sostiene un discurso sencillo, en realidad se trata de un caso particular y complejo que obliga a aplicar el derecho de una manera integradora, puesto que confluyen la existencia de un complejo inmobiliario, la reserva de un derecho de vuelo o elevación, la condición de mandamiento judicial del título, la concreción de la edificabilidad materializable y la superficie de suelo sobre la que podría construirse en una Certificación municipal administrativa, lo que suscita una serie de cuestiones de interesante análisis, que trataremos de examinar a continuación.

III. COMENTARIOS

1. LA NATURALEZA JURÍDICO-REAL DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO Y LAS CONDICIONES REGLAMENTARIAS PARA SU CONSTANCIA REGISTRAL

Que el aprovechamiento urbanístico es una cosa, en el sentido jurídico, susceptible de ser el objeto de derecho de una relación jurídico-real, lo acepta no sólo la doctrina o la jurisprudencia, sino la legislación, a través de la reforma que planteó la Ley 8/1990, de 25 de julio, el Texto Refundido de 26 de junio de 1992 y el posterior Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. En los Comentarios a la Resolución de la DGRN de 11 de noviembre de 2002, publicados en el número 682 de esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, páginas 1082 y siguientes, y en el artículo titulado «La inscripción de la opción de compra del aprovechamiento urbanístico sobre fincas pendientes de parcelación», publicado en el número 694, páginas 796 y siguientes, ya expuse esta evidencia. LASO MARTÍNEZ y LASO BAEZA, en su obra «El aprovechamiento urbanístico», Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, así lo indicaban anteriormente cuando decían en la página 26, por ejemplo, que «*el aprovechamiento urbanístico es evidente que determina el contenido económico de un bien y, por ende, le convierte en objeto de derecho, aunque ligado al suelo del que dimana*».

En el primero de los artículos citados, el referido a la Resolución de la DGRN de 11 de noviembre de 2002, se enumeraban las características del aprovechamiento urbanístico en los siguientes términos:

«Las notas características del aprovechamiento urbanístico son, en definitiva, las siguientes:

a) Se trata de un objeto del derecho y no de una facultad del derecho de propiedad, por lo cual es transmisible y se permite su inscripción en folio separado en el Registro de la Propiedad.

b) Este objeto de derecho es, sin embargo, de carácter inmaterial y depende exclusivamente de su configuración y asignación en el planeamiento urbanístico como norma y acto administrativo que lo define y lo atribuye.

c) *El dinamismo del Plan y la posibilidad de su modificación, revisión o anulación comportan la provisionalidad del aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho, que resulta ser así lábil y fácilmente alterable, sustituible o perecedero, mientras no se materialice.*

d) *Siendo objeto de derecho, no es, por otra parte, en sí, un derecho y aunque su origen, definición y existencia dependen de actos administrativos, no se puede identificar como un derecho real administrativo, como sucede con las concesiones administrativas o la reversión expropiatoria, por ejemplo.*

Siendo éstas las notas características del aprovechamiento, su acceso al Registro está plenamente justificado para garantizar el tráfico jurídico como objeto de derecho ligado al inmueble, dotarle de la publicidad necesaria para favorecer la seguridad jurídica de los titulares de derecho sobre él, pero por el hecho de estar inscrito, no se consolida con independencia de los actos de la Administración».

Las condiciones para que el aprovechamiento urbanístico sea inscribible como finca independiente, de acuerdo con el ordenamiento positivo son las que expresa el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio cuando declara:

«El aprovechamiento urbanístico se inscribirá como finca especial disgregada del suelo y mediante apertura de folio independiente, en los siguientes casos:

1. *Cuando la Administración solicite que el aprovechamiento que le corresponda se inscriba bajo esta modalidad, como disgregado de la finca o fincas de que procede.*

2. *Cuando tenga lugar la ocupación directa de fincas mediante el reconocimiento de unidades de aprovechamiento en los casos previstos por las leyes.*

3. *En los casos de expropiación forzosa de fincas determinadas en los que el justiprecio consista en la atribución posterior de fincas futuras pendientes de formación.*

4. *En los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen éstas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente».*

Por su parte, el artículo 33 se refiere a la inscripción de las transferencias de aprovechamiento entre diversas fincas registrales, sean del mismo o distinto titular, exigiendo el otorgamiento de escritura pública y el consentimiento de los titulares afectados, aclarando que: *«la transmisión o distribución será objeto de inscripción en el folio de la finca a la que el aprovechamiento acrece o entre las que se distribuya, y se hará constar por nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca de que proceda».*

En aplicación de ese régimen jurídico y de la legislación hipotecaria, la Dirección General ha admitido la inscripción de derechos reales sobre el aprovechamiento urbanístico en aplicación de lo dispuesto por el anterior Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 en su artículo 307.5 cuando se refería

a los actos de gravamen y transferencia del aprovechamiento urbanístico, como el actual artículo 51.5 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 20 de junio de 2008, así, por ejemplo, la inscripción de la opción de compra en la Resolución de 11 de noviembre de 2002.

2. LA NATURALEZA DEL DERECHO OBJETO DE EMBARGO Y LA POSICIÓN TRADICIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN MATERIA DE RESERVA DEL DERECHO DE VUELO Y ELEVACIÓN SOBRE FINCAS EDIFICADAS

En el caso que analizamos en los presentes Comentarios, el derecho objeto de embargo y sobre el que recae la anotación parece, en realidad, un derecho a edificar una superficie *a priori* indeterminada, aunque determinable, sobre una finca sometida al régimen de propiedad horizontal, bien por elevación, bien en la parte vacante del suelo no edificada, y a adquirir el dominio sobre el vuelo edificado. Así se entiende, al analizar el resumen del recurso gubernativo que contiene la Resolución cuando literalmente dice: «que en la escritura de obra nueva y división horizontal otorgada por la entidad ejecutada se reservó el promotor el derecho a construir en las zonas comunes o sobre el vuelo de los edificios el total del volumen edificable a que con arreglo a la ley tengan derecho».

De la certificación municipal resulta un área no edificada, susceptible de albergar la edificación a construir de 193 m² y la edificabilidad materializable de 464 m². El derecho a sobreedificar o al vuelo se admite por el Código Civil y el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, relación con el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, requiriendo, de acuerdo con la jurisprudencia, el respeto al artículo 396 del Código Civil. Así lo advirtió, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de mayo de 1999, por lo que en el caso que comentamos resultaría interesante saber cómo se resolvía la reserva del derecho a edificar sobre las zonas comunes. En efecto, la citada sentencia declaró en sus Fundamentos Cuarto y Quinto:

«El único motivo del recurso se basa en la vulneración del artículo 396 del Código Civil por parte de la sentencia recurrida. Indudablemente, un reconocimiento del derecho de vuelo, que grave un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, pugna frontalmente con la normativa explícita de dicho precepto y por ello es preciso casar la sentencia recurrida.

Con frecuencia se autorizan escrituras notariales en las que el constructor de una casa de pisos constituye el edificio en régimen de propiedad horizontal, y, con vistas a la próxima enajenación de las viviendas, se reserva el derecho a levantar una o varias plantas, derecho que ejercitará cuando ya los diferentes pisos pertenezcan a terceros adquirentes, es decir, dispone de lo que no es suyo.

Jurídicamente considerado, el negocio es muy sutil. Cuando todavía el edificio es suyo, el constructor se reserva el derecho de levantar una o más plantas, lo cual guarda congruencia con el ius aedificandi o facultad de construir usque ad caelos et ad inferos, que caracterizó tradicionalmente a la propiedad plena. Pero este derecho reservado se ejercitará normalmente cuando ya los diversos pisos pertenezcan a extraños, con lo que funcionará como un auténtico ius in re aliena o propio derecho real en cosa ajena.

El examen de la reserva del derecho de elevación propicia una cierta proclividad a considerar que estamos en presencia de una situación condicional, a pensar que todo depende de que, en su día, se levante o no un nuevo piso.

*Pero lo cierto es que no hay tal, sobre todo si ponemos la vista en las condiciones propias, en las determinaciones accesorias de la voluntad, emanadas de la voluntad de las partes contratantes. Sin olvidar, por otra parte, la posible incidencia de una *condictio iuris*. Para que admitiésemos la existencia de una condición negocial sería preciso que la adquisición del derecho de elevación se hiciera depender de un hecho incierto. Por ejemplo, si se utilizara ésa o parecida fórmula: “si vendo el ático del inmueble, me reservo el derecho de levantar un nuevo piso...”.*

En las escrituras más corrientes, el constructor se reserva el derecho de una forma rotunda y sin hacerlo depender de futuras contingencias. Por tanto no existe auténtica condición.

*Lo que ocurre es que la condicionalidad subyace en la entraña de esta figura jurídica. Evidentemente hay una *condictio iuris* que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. Todo depende de que el reservista edifique o no. Adquirirá el nuevo piso superpuesto si edifica. No, en caso contrario.*

QUINTO

Las decisiones adversas al recurrente se han basado en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal que, según interpreta el juzgador a quo, permite al constructor establecer cláusulas sobre el uso de los elementos comunes.

Que esto no es así, lo patentiza la redacción literal del precepto: “El título podrá contener... disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso y destino del edificio... instalaciones y servicios...”.

Pero este artículo 5 de la Ley no avala sino que descalifica las afirmaciones del reservista del derecho de elevación.

El uso y destino de los elementos comunes de un edificio constituido en propiedad horizontal no puede decidirse por quien, habiendo transmitido todas las viviendas de que consta, ya carece de vinculación jurídica con la comunidad de propietarios, y si éste, arrogándose facultades de que carece, quiere regular el uso de tales ingredientes de la casa (entre los que están las azoteas) estará conculcando el derecho positivo, adoptando decisiones prohibidas por la ley y por lo tanto nulas.

Por su parte, la Dirección General ha declarado en Resoluciones como la de 6 de noviembre de 1996 o la de 26 de septiembre de 2000 que: “Un primer aspecto del defecto inicial de la nota impugnada que ha de analizarse aisladamente es el de la no especificación del plazo en el que deben realizarse las obras autorizadas por el derecho de vuelo concedido; al respecto ha de señalarse que aunque ciertamente tal determinación no figura en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario vigente al tiempo de formularse la calificación impugnada, resulta sustancial tanto para una perfecta delimitación del derecho real que se constituye (cfr. art. 9 de la Ley Hipotecaria) como por la necesidad de observar y respetar las normas

estructurales del estatuto jurídico de los bienes, entre ellas, la exclusión, cuando no haya causa que lo justifique, de gravámenes perpetuos e irredimibles (arts. 781, 785, 400, 515 y 640 del Código Civil)».

Siguiendo a José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, en el estudio «El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento», publicado en esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, en su número 664, páginas 684 y 685, identificamos tres posiciones doctrinales para definir la naturaleza jurídica del derecho de vuelo:

a) Que se trata de un derecho de propiedad del espacio aéreo que existe sobre un inmueble con construcción realizada o proyectada, perteneciente a distinto titular, y en régimen de propiedad horizontal (ya existente o, al menos, previsto para cuando se ejercite el referido derecho de sobreelevación).

b) Que se trata de un poder de hacer surgir, o modificar si ya existe, el régimen de propiedad horizontal, sobre el edificio en que aquél se apoya. En este sentido se dice que, aunque en los primeros momentos se presenta bajo la apariencia de un ius in re aliena, esto no responde, sin embargo, a su más auténtica realidad, ya que el derecho a sobreelevar, al ejercitarse, se transforma y diluye en el de propiedad horizontal. En definitiva, se trataría de un caso de concurrencia de titularidades jurídico-reales sobre un edificio.

c) Se ha sostenido también que, para la correcta configuración de este derecho, es oportuno distinguir en su operatividad una doble fase; y después, una vez realizada la anterior, en el sometimiento de ésta a un mismo régimen —el de la propiedad horizontal— junto con la edificación preexistente, con la que pasa a formar una unidad orgánica. La primera fase tendría, pues, una naturaleza medial, orientada a la segunda, que podría calificarse de plenitud».

De las tres, ninguna es el derecho al aprovechamiento en sí. No es el derecho de propiedad sobre un espacio aéreo, porque hasta que no se materializa no existe titularidad sobre el espacio que la edificación resultante ocupará; no es un poder de hacer surgir o modificar el régimen de propiedad horizontal, ni presupone la concurrencia de titularidades sobre un edificio, sino un derecho inmaterial de naturaleza urbanística dimanante del suelo, expresado en metros edificables y uno o varios usos determinados que puede materializarse con o sin propiedad horizontal, una vez que se edifica el suelo de destino sobre el que recae. Finalmente, no es en sí la facultad de edificar en suelo ajeno, sino el derecho a ejecutar unas facultades urbanísticas en función del cumplimiento de unos deberes adquiriendo, en su caso, lo edificado. La situación de *ius in re aliena* es propia del derecho de vuelo o elevación, no del aprovechamiento urbanístico en sí que a lo más que llega es a ser, como dijera LASO, un *ave volandera* en las situaciones de apertura de folio independiente por ocupación directa o situaciones semejantes. Otra cosa es que pueda transmitirse con independencia del suelo, o ser objeto de gravamen, pero esta no es su esencia, sino una alternativa del tráfico jurídico, común a todos los bienes.

En el supuesto que resuelve la Resolución de 30 de mayo de 2009 no se está, pues, en un caso de gravamen o medida cautelar sobre el aprovechamiento urbanístico en sí, sino en una anotación sobre un derecho típico al vuelo

y a edificar. En efecto, de la certificación administrativa resulta la plena determinación de la edificabilidad concreta que se puede construir y sobre la superficie vacante que quedaría afectada por la reserva del derecho de vuelo, pero este documento lo único que verifica es la concreción del objeto del derecho. Es decir, ciertamente no constaba en el Registro el llamado exceso de edificabilidad (en realidad, la edificabilidad no consumida por la edificación existente), pero el derecho sobre ese exceso ya constaba, según relata la Resolución, en virtud de la reserva formalizada en la escritura de obra nueva y división horizontal.

El derecho al aprovechamiento no es propiamente un derecho de superficie, de vuelo o de sobreedificación, como el que es objeto de anotación por embargo. No se da en el caso ninguno de los supuestos del artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ni tampoco la transferencia de su artículo 33 o la consolidación del derecho al aprovechamiento del artículo 77, aunque se pueda llegar a apreciar una cierta semejanza con ella. Lo que se produce es el embargo de un derecho de vuelo o sobreedificación, semejante en algunos aspectos a un derecho de superficie que, al quedar suficientemente determinado en su alcance y contenido por la certificación administrativa, puede figurar como un derecho real que grava la finca que recae y que dará lugar a la configuración del dominio de lo edificado en el futuro a favor del titular de ese derecho, si lo ejerce y construye la correspondiente edificación.

Como dijera la sentencia de 10 de mayo de 1999 antes citada, evidentemente en el derecho que analizamos hay una *condictio iuris* que afecta, no al nacimiento del derecho de elevación, sino a la adquisición de la edificación resultante del ejercicio de tal derecho. La certificación municipal concreta detalladamente los parámetros edificatorios vigentes al momento de emitirse, que definen el derecho a edificar, pero también debe recordarse que éstos pueden alterarse vía modificación del planeamiento, sin merma o extensión del derecho, que se definió, en todo caso, sometido al régimen urbanístico sin más precisiones.

En el caso que comentamos no es el mero derecho al aprovechamiento en sí lo que se embarga, aunque lo presupone, porque aquél puede pertenecer a su titular y no ser susceptible de edificación. Es más, el derecho al aprovechamiento en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando se le abre folio con motivo de la ocupación directa) puede recaer sobre una finca futura. En el caso que nos ocupa, el título designa al promotor embargado como titular del aprovechamiento inherente al solar, concediéndole la facultad de edificar en la propia finca: se trata de un estadio más cercano a la materialización de la edificación y la propiedad de lo edificado, una facultad civil más concreta y referida a una titularidad ajena del suelo que, a modo de *ius ad rem* llama hacia la propiedad de lo que se edifique, cuando se edifique, reconociendo, eso sí, la titularidad sobre la edificabilidad que pueda materializarse.

3. EL ALCANCE DEL MANDAMIENTO JUDICIAL Y LA DEFINICIÓN DEL OBJETO DE DERECHO EN LA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: LA ASUNCIÓN POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS NUEVOS CONCEPTOS DE FINCA Y PARCELA URBANÍSTICA Y SU TRASCENDENCIA REGISTRAL EN ESTE CASO

El mandamiento judicial, en realidad, recaía sobre un derecho ya inscrito, aunque no concretado suficientemente. Es decir, el embargo no crea el derecho

real sobre el que se practica la anotación, se limita a actuar sobre una reserva de derechos ya inscrita, que pertenecía al embargado. Como hemos visto, lo que verifica la certificación municipal, aportada posteriormente, es la definición exacta de la edificabilidad y la superficie que son objeto de ese derecho en ese momento concreto. De esta manera, se describe con todo detalle el vuelo que puede ser construido por el titular del derecho a edificar o sobreedificar, como se prefiera, aunque no queda claro si configurando una parcela y una finca en términos urbanísticos, lo que, de acuerdo con el artículo 17 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 20 de junio de 2008, depende de que se trate de una «unidad de suelo o edificación». Esta circunstancia, en el supuesto resuelto por la Resolución de 30 de mayo de 2009, no queda claro. Una cosa es que se pueda edificar un volumen en la finca y otra que ese volumen se considere independiente de ésta a efectos urbanísticos.

La Resolución recuerda que el citado artículo ha redefinido de alguna manera los conceptos de finca y parcela urbanísticas, incrementando la seguridad jurídica en la determinación de los derechos resultantes del planeamiento y los bienes sobre los que recaen, pero que la edificabilidad se integre en el concepto de finca urbana no significa que sea necesariamente una finca, al margen de la labilidad de la edificabilidad, que pende inexorablemente de su determinación en el Plan sometida a eventuales modificaciones, mientras que el perímetro y las dimensiones son permanentes y suponen límites definitorios del alcance del derecho de propiedad.

En definitiva, la alusión a los nuevos conceptos de finca y parcela urbanística es coherente y apoya la evidencia de la desmaterialización del derecho de propiedad y los efectos que ésta tiene en relación con la aplicación del principio de especialidad en los asientos del Registro. Ahora bien, en el caso, al quedar indeterminado en la Escritura que reserva el derecho a embargar dónde se ejercerá éste, admitiendo incluso la elevación, resulta de difícil encaje la nueva definición de finca que parece inaplicable.

4. LA INNECESARIEDAD DE CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES REGISTRALES DE LA FINCA, DERIVADA DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA RESERVA DEL DERECHO A ELEVAR O AL VUELO

Tal y como afirma la Resolución, en efecto, no era necesario el consentimiento de los terceros titulares de la finca sobre la que recae el embargo porque no se genera un gravamen sobre su derecho en modo alguno. Lo que se publica es la carga que sobre un derecho constante en el Registro, derivada de un procedimiento judicial, añadiendo la aclaración del volumen edificable y la superficie de suelo susceptible de albergarlo. El derecho se desplegará, por lo tanto, de la manera en que previera dicha Escritura como título constitutivo de la propiedad horizontal y a ella habrá que estarse.

En este aspecto, por lo tanto, no hay matices que reseñar a lo decidido por la Dirección General.

VI. CONCLUSIÓN

A la vista de los anteriores comentarios podemos concluir que la Resolución de 30 de mayo de 2009 es razonable y coherente con el contenido del

Registro preexistente, se somete al régimen legal de los derechos inscritos y al contenido del título que se presentó, pero los términos en que se defiende la decisión no pueden alterar la realidad de que el contenido del derecho sobre el que recae la anotación no es propiamente el del aprovechamiento urbanístico, sino otro de vuelo o elevación con semejanzas respecto al derecho de superficie.

RESUMEN

ANOTACIÓN DE EMBARGO APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

El pasado 30 de mayo de 2009, la Dirección General de los Registros y del Notariado tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la posibilidad de inscribir una anotación de embargo sobre el exceso de edificabilidad atribuido por el planeamiento urbanístico a una finca, respecto del cual existía reserva expresa a favor del embargado frente a los titulares registrales del dominio de la finca inscrita, constante en el Registro. La citada Resolución resuelve la cuestión aplicando razonadamente el régimen de inscripción del aprovechamiento urbanístico, la jurisprudencia de la propia Dirección General y la nueva legislación del suelo que redefine los conceptos de finca y parcela, aunque respetando la definición hipotecaria de finca registral. A continuación examinaremos las cuestiones que suscitan el título presentando la negativa del Registrador competente, el recurso gubernativo y finalmente la Resolución dictada.

ABSTRACT

CAVEAT OF GARNISHMENT PLANNING USE

On 30 May 2009 the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs had the occasion to issue a pronouncement on the possibility of registering a caveat of garnishment on the excess buildable area attributed by city planning officials to a property, with respect to which excess area there was an express reservation in the garnishee's favour against the registered owners of the registered property, as recorded in the registry. The aforesaid decision settled the question by the reasoned application of the procedure for the registration of planning uses, the Directorate-General's own case-law and the new land legislation, which redefines the concepts of «property» and «lot», albeit respecting the definition of «registered property» used for mortgage purposes. Below is an examination of the issues raised by the submitted title, the competent registrar's refusal, the appeal by the government and finally the decision.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 19-11-2009. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 13/2009, de 26-10-2009, por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

— Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifica el artículo 49 en su apartado 2.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 1/2009. 3-11-2009. Complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.

— Ley Orgánica 2/2009. 11-12-2009. Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

— Ley Orgánica 3/2009. 18-12-2009. Modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22-9-1980, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

— Ley 13/2009. 3-11-2009. Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

— Ley 14/2009. 11-11-2009. Regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción.

— Ley 15/2009. 11-11-2009. Contrato de transporte terrestre de mercancías.

— Ley 16/2009. 13-11-2009. Servicios de pago.

— Ley 17/2009. 23-11-2009. Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

— Ley 18/2009. 23-11-2009. Modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2-3-1990, en materia sancionadora.

— Ley 19/2009. 23-11-2009. Medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios.

— Ley 22/2009. 18-12-2009. Regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

— Ley 23/2009. 18-12-2009. Modificación de la Ley 22/2001, de 27-12-2001, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial.

— Ley 24/2009. 22-12-2009. Modificación de la Ley 8/1994, de 19-5-1994, por la que se regula la Comisión Mixta para la UE, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13-12-2007.

— Ley 25/2009. 22-12-2009. Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

— Ley 26/2009. 23-12-2009. Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

— Ley 27/2009. 30-12-2009. Medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

— Ley 28/2009. 30-12-2009. Modificación de la Ley 29/2006, de 26-7-2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

— Ley 29/2009. 30-12-2009. Modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

— Instrumento de ratificación del Protocolo sobre el agua y la salud al Convenio de 1992 sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, hecho en Londres el 17-6-1999.

— Instrumento de ratificación del Tratado 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.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1615/2009. 26-10-2009. Regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa».

— Real Decreto 1638/2009. 30-10-2009. Aprueba el estatuto de la Biblioteca Nacional de España.

— Real Decreto 1671/2009. 6-11-2009. Desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22-6-2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

— Real Decreto 1681/2009. 13-11-2009. Modifica el Decreto 2950/1975, de 7-11-1975, por el que se reorganiza el Consejo de Comercio Interior y de los Consumidores y se crea el Instituto Nacional del Consumo.

— Real Decreto 1788/2009. 20-11-2009. Modifica el Estatuto de la Agencia Estatal-Boletín Oficial del Estado, aprobado por Real Decreto 1495/2007, de 12-11-2007.

— Real Decreto 1826/2009. 27-11-2009. Modifica el Reglamento de instalaciones térmicas en los edificios, aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20-7-2007.

— Real Decreto 1853/2009. 4-12-2009. Modifica el Real Decreto 177/2004, de 30-1-2004, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

— Real Decreto 1854/2009. 4-12-2009. Modifica el Real Decreto 1129/2008, de 4-7-2008, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, y el Real Decreto 438/2008, de 14-4-2008, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Orden 2914/2009. 30-10-2009. Desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto 1628/2009, de 30-10-2009, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9-12-1994, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29-1-1993.

— Orden 3113/2009. 13-11-2009. Dicta normas de aplicación y desarrollo del Real Decreto 357/1991, de 15-3-1991, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20-12-1990, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas sobre rentas o ingresos computables y su imputación.

— Orden 3523/2009. 29-12-2009. Regula el Registro Electrónico Común.

— Resolución de 26-11-2009. Establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2010, a efectos de cómputo de plazo.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1951/2009. 18-12-2009. Establece la separación de juzgados de primera instancia y juzgados de instrucción en el partido judicial de Denia (Alicante).

— Orden 3000/2009. 29-10-2009. Crea y regula el Registro Electrónico del Ministerio de Justicia.

— Orden 3216/2009. 10-11-2009. Dispone que no estarán abiertas al público las oficinas de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, los sábados 26-12-2009 y 2-1-2010.

— Resolución de 12-11-2009. DGRN. Convoca concurso ordinario número 278, para proveer Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 25-11-2009. Convoca concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Resolución de 4-12-2009. Aprueba, con carácter provisional, las listas de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de Notario convocada por Resolución de 24-9-2009.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1676/2009. 13-11-2009. Regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente.

— Real Decreto 1817/2009. 27-11-2009. Modifica el Real Decreto 1245/1995, de 14-7-1995, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, y el Real Decreto 692/1996, de 26-4-1996, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito.

— Real Decreto 1818/2009. 27-11-2009. 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.

— Real Decreto 1819/2009. 27-11-2009. Modifica el Real Decreto 948/2001, de 3-9-2001, sobre sistemas de indemnización de los inversores.

— Real Decreto 1820/2009. 27-11-2009. Modifica el Real Decreto 361/2007, de 16-3-2007, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28-7-1988, del Mercado de Valores, en materia de la participación en el capital de las sociedades que gestionan mercados secundarios de valores y sociedades que administren sistemas de registro, compensación y liquidación de valores, y el 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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4-11-2009, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4-11-2005.

— Real Decreto 1821/2009. 27-11-2009. Modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20-11-1998, en materia de participaciones significativas.

— Real Decreto 1917/2009. 11-12-2009. Aprueba el Programa Anual 2010 del Plan Estadístico Nacional, 2009-2012.

— Real Decreto 2003/2009. 23-12-2009. Modifica el Real Decreto 1514/2007, de 16-11-2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

— Real Decreto 2004/2009. 23-12-2009. Modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30-3-2007, en materia de pagos a cuenta, el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27-7-2007, y se establecen para 2010 nuevos plazos de renunciaciones y revocaciones al método de estimación objetiva del IRPF y a los regímenes especiales simplificado y de la agricultura, ganadería y pesca del IVA.

— Corrección de errores. Real Decreto 2004/2009. 23-12-2009. Modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30-3-2007, en materia de pagos a cuenta, el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27-7-2007, y se establecen para 2010 nuevos plazos de renunciaciones y revocaciones al método de estimación objetiva del IRPF y a los regímenes especiales simplificados y de la agricultura, ganadería y pesca del IVA.

— Real Decreto 2005/2009. 23-12-2009. Revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas para el año 2010.

— Orden 3111/2009. 5-11-2009. Aprueba el modelo 390 de declaración-resumen anual del IVA y se modifica el Anexo I de la Orden EHA/1274/2007, de 26-4-2007, por la que se aprueban los modelos 036 de Declaración censal de alta, modificación y baja en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores, y 037 Declaración censal simplificada de alta, modificación y baja en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores.

— Orden 3127/2009. 10-11-2009. Aprueba el modelo 190 para la declaración del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta y se modifican las condiciones para la presentación por vía telemática de los modelos 111 y 117 por los obligados tributarios que tengan la consideración de grandes empresas, así como la hoja interior de relación de socios, herederos, comuneros o partícipes del modelo 184 y los diseños lógicos de los modelos 184 y 193.

— Orden 3319/2009. 10-12-2009. Modifica la Orden 3364/2008, de 21-11-2008, por la que se desarrolla el artículo 1 del Real Decreto-ley 7/2008, de 13-10-2008, de Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro.

— Orden 3408/2009. 17-12-2009. Crea sedes electrónicas en el MEH.

— Orden 3476/2009. 17-12-2009. Aprueba los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, IS y D. e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden 3514/2009. 29-12-2009. Aprueba el modelo 181 de declaración informativa de préstamos y créditos, y operaciones financieras relacionadas con bienes inmuebles, así como los diseños físicos y lógicos para la presentación en soporte directamente legible por ordenador y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 3515/2009. 29-12-2009. Establece las aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro.

— Resolución de 23-12-2009. Aplicación e interpretación de determinadas directivas comunitarias en materia del IVA.

— Resolución de 28-12-2009. Crea la sede electrónica y se regulan los registros electrónicos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 4/2009. 4-11-2009. Comunicación de información relevante.

— Circular 5/2009. 25-11-2009. Regula el Informe Anual del Auditor sobre Protección de Activos de Clientes.

— Circular 6/2009. 9-12-2009. Control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 2-11-2009. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 18-11-2009. Mensualmente se hacen públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-12-2009. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 17-12-2009. Mensualmente se hacen públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Circular 1/2009. 18-12-2009. A entidades de crédito y otras supervisadas en relación con la información sobre la estructura de capital y cuotas participativas de las entidades de crédito y sobre sus oficinas, así como sobre los altos cargos de las entidades supervisadas.

MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Real Decreto 1961/2009. 18-12-2009. Introduce nuevas medidas transitorias en el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación, 2009-2012.

— Resolución de 29-12-2009. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 18-12-2009, por el que se establece la cuantía del Módulo Básico Estatal para 2010 (Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación, 2009-2012) y se interpreta el punto 6.º-3 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14-5-2009.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 1851/2009. 4-12-2009. Desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por 100.

— Real Decreto 2007/2009, 23-12-2009. Revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2010.

— Real Decreto 2030/2009. 30-12-2009. Fija el Salario Mínimo Interprofesional para 2010.

— Orden 3518/2009. 29-12-2009. Crea el registro electrónico de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social para la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones y se establecen criterios generales para su aplicación a determinados procedimientos.

— Resolución de 12-11-2009. Publica la relación de fiestas laborales para el año 2010.

— Resolución de 23-12-2009. Modifica el ámbito territorial de las unidades de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social en determinadas Direcciones Provinciales.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL

— Real Decreto 2009/2009. 23-12-2009. Modifica el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17-6-1955.

— Resolución de 2-11-2009. Aprueba el modelo para la presentación de solicitudes y las condiciones para la tramitación de los recursos librados con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, creado por el Real Decreto-ley 13/2009, de 26-10-2009.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la UE, del convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 10-6-1997.

— Acuerdo sobre la aplicación provisional de determinadas disposiciones 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.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Real Decreto 1677/2009. 13-11-2009. Aprueba el Reglamento del Consejo de Universidades.

— Real Decreto 1850/2009. 4-12-2009. Expedición de títulos académicos y profesionales correspondientes a las enseñanzas establecidas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3-5-2006, de Educación.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 1586/2009. 16-10-2009. Modifica el Real Decreto 1553/2005, de 23-12-2005, por el que se regula la expedición del DNI y sus certificados de firma electrónica.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Real Decreto 1668/2009. 6-11-2009. Modifica el Reglamento de la Ley 38/1994, de 30-12-1994, reguladora de las organizaciones interprofesionales agroalimentarias, aprobado por el Real Decreto 705/1997, de 16-5-1997.

— Real Decreto 1849/2009. 4-12-2009. Modifica el Real Decreto 515/2005, de 6-5-2005, que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 1667/2009. 6-11-2009. Modifica el Real Decreto 898/2009, de 22-5-2009, por el que se regula la concesión directa de subvenciones

para la adquisición de vehículos, Plan 2000 E de apoyo a la renovación del parque de vehículos, y se amplía el número máximo de vehículos a financiar en 80.000 vehículos adicionales.

— Real Decreto 1786/2009. 20-11-2009. Regula la iniciativa de apoyo financiero a la modernización y mejora del comercio interior.

MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL

— Real Decreto 1855/2009. 4-12-2009. Regula el Consejo Nacional de la Discapacidad.

— Real Decreto 1856/2009. 4-12-2009. Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23-12-1999.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 5/2009. 28-12-2009. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010.

— Decreto-ley 3/2009. 22-12-2009. 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.

— Decreto 372/2009. 17-11-2009. Regula la organización y funcionamiento del Sistema Estadístico de Andalucía.

— Orden 3-11-2009. Determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos administrativos para el año 2010.

— Orden 18-12-2009. Aprueba los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos a efectos de la liquidación de los hechos imponible de los ITP y AJD e IS y D. que se devenguen en el año 2010, se establecen las reglas para la aplicación de los mismos y se publica la metodología seguida para su obtención.

— Resolución de 2-12-2009. Determina las Fiestas Locales en el ámbito de Andalucía para el año 2010.

— Corrección de errores. Decreto 293/2009. 7-7-2009. Aprueba el Reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte.

ARAGÓN

— Ley 7/2009. 10-11-2009. Concesión de un suplemento de crédito de un millón trescientos veinticinco mil euros para proporcionar cobertura financiera complementaria a la línea de ayudas enmarcadas en el Plan 2000 E de apoyo a la renovación del parque de vehículos.

— Ley 8/2009. 22-12-2009. Modifica la Ley 6/2002, de 15-4-2002, de Salud de Aragón, en lo relativo a voluntades anticipadas.

— Ley 9/2009. 22-12-2009. Reguladora de los Concejos Abiertos.

— Ley 10/2009. 22-12-2009. Uso, protección y promoción de las lenguas propias de Aragón.

— Orden 7-10-2009. OL de Distrito Hipotecario adscrita al RP de Sabiñánigo.

— Corrección de errores. Ley 5/2009. 30-6-2009. Servicios Sociales de Aragón.

ASTURIAS

— Ley 3/2009. 29-12-2009. Presupuestos Generales para 2010.

— Ley 4/2009. 29-12-2009. Medidas Administrativas y Tributarias de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2010.

— Ley 5/2009. 29-12-2009. Séptima modificación de la Ley del Principado de Asturias 3/1985, de 26-12-2009, de ordenación de la Función Pública para la regulación de la carrera horizontal.

— Ley 6/2009. 29-12-2009. Evaluación de la Función Docente y sus Incentivos.

— Decreto 139/2009. 11-11-2009. Aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales.

— Decreto 148/2009. 23-12-2009. Segunda modificación del Decreto 63/2008, de 9-7-2008, por el que se aprueban los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos, a efectos de los ITP y AJD e IS y D., así como la metodología seguida para su obtención.

BALEARES

— Ley 6/2009 de 17-11-2009. Medidas ambientales para impulsar las inversiones y la actividad económica en las Illes Balears.

— Ley 7/2009. 11-12-2009. Electoral de los consejos insulares.

— Ley 9/2009. 21-12-2009. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2010.

— Decreto-ley 4/2009. 27-11-2009. Medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y medio ambiente.

— Decreto 87/2009. 4-12-2009. Modifica el Decreto 68/2008, de 6-6-2008, por el cual se regulan las ayudas para favorecer el acceso a la vivienda en el marco del Plan Estratégico de Vivienda, 2008-2011, de las Illes Balears.

— Decreto 88/2009. 18-12-2009. Fija el calendario de días inhábiles para el año 2010 a efectos de plazos administrativos.

— Orden de 28-12-2009. Regula el procedimiento de pago y presentación de documentación con trascendencia tributaria por vía telemática y se crea el Tablón de Anuncios Electrónico de la Agencia Tributaria de las Illes Balears.

CANARIAS

— Ley 11/2009. 15-12-2009. Reguladora de la Ordenación Territorial de las Telecomunicaciones de Canarias.

— Ley 12/2009. 16-12-2009. Reguladora de la Licencia Comercial.

— Ley 13/2009. 28-12-2009. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2010.

— Real Decreto 1550/2009. 9-10-2009. Sobre ampliación de las funciones y servicios de la Administración del Estado traspasados a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de conservación de la naturaleza (Parques Nacionales del Teide, Timanfaya, Caldera de Taburiente y Garajonay).

— Decreto 133/2009. 20-10-2009. Modifican los Decretos 180/2002 y 183/2002, de 20-12-2002, de traspaso de servicios, medios personales y recursos a los Cabildos Insulares de La Gomera y Tenerife, para el ejercicio de las competencias transferidas en materia de servicios forestales, vías pecuarias y pastos, protección del medio ambiente y gestión y conservación de espacios naturales protegidos.

— Orden 7-10-2009. Establecen los precios medios de venta de los vehículos comerciales e industriales ligeros usados cuya transmisión esté sujeta al ITP y AJD o al IS y D, y que no figuren en las tablas de precios medios de venta aprobados por el Ministerio de Economía y Hacienda.

CANTABRIA

— Ley 3/2009. 27-11-2009. Creación del Instituto Cántabro de Servicios Sociales.

— Ley 4/2009. 1-12-2009. Participación Institucional de los Agentes Sociales en el Ámbito de la Comunidad Autónoma.

— Decreto 93/2009. 3-12-2009. Modificación parcial del Decreto 86/2008, de 11-9-2008, de asistencia jurídica gratuita.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 5/2009. 17-12-2009. Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2010.

— Ley 6/2009. 17/12/2009. Crea la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha.

— Ley 7/2009. 17-12-2009. Modifica diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12-12-2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.

— Decreto 173/2009. 10-11-2009. Aprueba el V Plan Regional de Vivienda y Rehabilitación de Castilla-La Mancha, 2009-2012.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 10/2009. 17-12-2009. Medidas Financieras.

— Ley 11/2009. 22-12-2009. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2010.

— Decreto-ley 3/2009. 23-12-2009. Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León.

— Orden 2105/2009. 29-10-2009. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 2116/2009. 2-10-2009. Regula el procedimiento para la presentación telemática de cesiones de derechos de ayuda en el régimen de pago único, y se aprueba la aplicación electrónica «Solicitud de cesiones de pago único».

— Orden 2314/2009. 4-12-2009. Resuelve parcialmente la convocatoria de ayudas económicas destinadas a subvencionar alquileres a jóvenes arrendatarios de vivienda y complemento de la renta básica de emancipación para el año 2009.

— Orden 2340/2009. 17-12-2009. 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 2341/2009. 17-12-2009. 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 2352/2009. 21-12-2009. Aprueba el modelo 651 de Autoliquidación del IS y D, en su modalidad de Donaciones.

— Corrección de errores. Decreto 45/2009. 9-7-2009. Modifica el Decreto 22/2004, de 29-1-2004, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

CATALUÑA

— Ley 18/2009, de 22-10-2009. Salud pública.

— Ley 19/2009. 26-11-2009. Acceso al entorno de las personas acompañadas de perros de asistencia.

— Ley 20/2009. 4-12-2009. Prevención y control ambiental de las actividades.

— Ley 21/2009. 18-12-2009. Concesión de un crédito extraordinario y de un suplemento de crédito a los presupuestos de la Generalitat de Cataluña.

— Ley 22/2009. 23-12-2009. Ordenación sostenible de la pesca en aguas continentales.

— Ley 23/2009. 23-12-2009. Centro de Iniciativas para la Reinserción.

— Ley 24/2009. 23-12-2009. Sindic de Greuges.

— Ley 25/2009. 23-12-2009. Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2010.

— Ley 26/2009. 23-12-2009. Medidas fiscales, financieras y administrativas.

— Decreto-ley 1/2009. 22-12-2009. Ordenación de los equipamientos comerciales.

— Decreto Legislativo 2/2009. 25-8-2005. Aprueba el TR de la Ley de carreteras.

— Decreto 166/2009. 27-10-2009. Primera modificación del Reglamento de máquinas recreativas y de azar, aprobado por el Decreto 23/2005, de 22-2-2005.

— Resolución de 17-11-2009. Convoca concurso ordinario número 278, para proveer Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 25-11-2009. Convoca concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Corrección de errores. Ley 12/2006. 27-7-2006. Medidas en materia de medio ambiente y de modificación de las Leyes 3/1988 y 22/2003, rela-

tivas a la protección de los animales; de la Ley 12/1985, de espacios naturales; de la Ley 9/1995, del acceso motorizado al medio natural, y de la Ley 4/2004, relativa al proceso de adecuación de las actividades de incidencia ambiental.

EXTREMADURA

- Ley 6/2009. 17-12-2009. Estatuto de los extremeños en el exterior.
- Ley 7/2009. 17-12-2009. Enajenación de viviendas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Ley 8/2009. 28-12-2009. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2010.
- Decreto 257/2009. 18-12-2009. Implanta un Sistema de Registro Único y se regulan las funciones administrativas del mismo en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Orden 14-12-2009. Prorroga al ejercicio 2010 la aplicación de los precios medios en el mercado para estimar el valor real de determinados bienes rústicos, radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación de los hechos imponible de los impuestos ITP y AJD e IS y D.
- Orden 14-12-2009. Aprueba los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos, radicados en la Comunidad Autónoma de Extremadura, a efectos de la liquidación de los hechos imponible de los impuestos ITP y AJD e IS y D, que se devenguen en el año 2010, se establecen las reglas para la aplicación de los mismos y se publica la metodología para su obtención.

GALICIA

- Ley 4/2009. 20-10-2009. Medidas tributarias relativas al ITP y AJD para el fomento del acceso a la vivienda y a la sucesión empresarial.
- Ley 5/2009. 26-11-2009. Medidas urgentes para la modernización del sector del transporte público de Galicia.
- Ley 6/2009. 11-12-2009. Modificación de la Ley 11/2008, de 3-12-2009, de pesca de Galicia.
- Ley 7/2009. 22-12-2009. Modificación de la Ley 10/1988, de 20-7-1988, de ordenación del comercio interior de Galicia.
- Ley 8/2009. 22-12-2009. Regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental.
- Ley 9/2009. 23-12-2009. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2010.

— Decreto 402/2009. 22-10-2009. Establecen las ayudas públicas en materia de vivienda a cargo de la Comunidad Autónoma de Galicia y se regula la gestión de las previstas en el Real Decreto 2066/2008, de 12-12-2008, para el periodo 2009-2012.

— Decreto 406/2009. 22-10-2009. Crea el Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Orden 2-10-2009. Establece el procedimiento de abono de cuotas a la Seguridad Social a trabajadores y trabajadoras que hayan percibido la prestación por desempleo en su modalidad de pago único y se procede a la convocatoria de las correspondientes ayudas.

LA RIOJA

— Ley 5/2009. 15-12-2009. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2010.

— Ley 6/2009. 15-12-2009. Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2010.

— Ley 7/2009. 22-12-2009. Servicios Sociales de La Rioja.

— Corrección de errores. Decreto 22/2009. 8-5-2009. Aprueba el Plan de Vivienda de La Rioja, 2009-2012.

MADRID

— Ley 6/2009. 16-11-2009. Libertad de Elección en la Sanidad de la Comunidad de Madrid.

— Ley 7/2009. 16-11-2009. Reforma del Reglamento de la Asamblea de Madrid, por la que se regula la figura del Diputado no adscrito.

— Ley 9/2009. 23-12-2009. Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2010.

— Ley 10/2009. 23-12-2009. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Orden 7-10-2009. Nombran Registradores de la Propiedad con destino en el territorio de la Comunidad de Madrid.

— Orden 7-10-2009. Nombran Notarios con destino en el territorio de la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 7/2009. 2-11-2009. Ayuda a las Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Autónoma.

— Ley 9/2009. 23-11-2009. Modificación de la Ley 6/2008, de 20-11-2008, del Defensor del Pueblo de la Región de Murcia.

— Ley 11/2009. 1-12-2009. Establece y regula una Red de Apoyo a la Mujer Embarazada.

— Ley 12/2009. 11-12-2009. Modifica diversas leyes 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 13/2009. 23-12-2009. Medidas en materia de tributos cedidos, tributos propios y medidas administrativas para el año 2010.

— Ley 14/2009. 23-12-2009. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010.

— Corrección de errores. Ley 4/2009. 14-5-4/2009. Protección Ambiental Integrada.

NAVARRA

— Ley Foral 12/2009. 19-11-2009. No discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

— Ley Foral 13/2009. 9-11-2009. Modificación del artículo 9 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos.

— Corrección de errores. Ley Foral 13/2009. 9-11-2009. Modificación del artículo 9 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos.

— Ley Foral 14/2009. 9-11-2009. Modifican los artículos 103 y 104 de la Ley Foral 14/2007, de 4-4-2007, del Patrimonio de Navarra.

— Corrección de errores. Ley Foral 14/2009. 9-11-2009. Modifican los artículos 103 y 104 de la Ley Foral 14/2007, de 4-4-2007, del Patrimonio de Navarra.

— Ley Foral 15/2009. 9-12-2009. Medidas de simplificación administrativa para la puesta en marcha de actividades empresariales o profesionales.

— Ley Foral 16/2009. 23-12-2009. Presupuestos Generales de Navarra para el año 2010.

— Ley Foral 17/2009. 23-12-2009. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Decreto Foral Legislativo 2/2009. 23-11-2009. Modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-2009, de Impuestos Especiales.

— Decreto Foral Legislativo 3/2009. 23-11-2009. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30 de diciembre, del IVA.

— Orden Foral 183/2009. 10-11-2009. Aprueba el modelo 296 del «Impuesto sobre la Renta de no Residentes. No residentes sin establecimiento permanente. Declaración anual de retenciones e ingresos a cuenta».

— Orden Foral 201/2009. 14-12-2009. Modifica la Orden Foral 219/2008, de 16-12-2009, por la que se aprueba el modelo 190 del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos del trabajo, de determinadas actividades empresariales y profesionales, premios y determinadas imputaciones de renta, y se establecen los diseños físicos y lógicos para su presentación por soportes directamente legibles por ordenador y las condiciones y el procedimiento para su presentación telemática a través de Internet.

— Orden Foral 202/2009. 14-12-2009. Modifica la Orden Foral 259/1999, de 29-12-1999, por la que se aprueba el modelo 193, en pesetas y en euros, del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta sobre determinados rendimientos del capital mobiliario del IRPF y sobre determinadas rentas del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, correspondiente a establecimientos permanentes, y los modelos 194, en pesetas y en euros, del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta de los citados impuestos derivados de la transmisión, amortización, reembolso, canje o conversión de cualquier clase de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos, así como los diseños físicos y lógicos para la sustitución de las hojas interiores de los citados modelos 193 y 194 por soportes directamente legibles por ordenador.

— Orden Foral 205/2009. 14-12-2009. Modifica la Orden Foral 280/2006, de 15-9-2006, por la que se aprueba el modelo F-69 de declaración-liquidación trimestral del IVA, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática por Internet, así como las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática por Internet del modelo F-66 de declaración-liquidación mensual del IVA.

— Orden Foral 212/2009. 16-12-2009. Fija los plazos y fechas para el ingreso de fondos y presentación de documentos y envíos telemáticos por las Entidades Colaboradoras en la recaudación de la Hacienda Pública de Navarra para el año 2010.

— Resolución 1593/2009. 26-11-2009. Determina las fiestas locales para el año 2010 con carácter retribuido y no recuperable en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

PAÍS VASCO

— Ley 2/2009. 23-12-2009. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2010.

— Ley 3/2009. 23-12-2009. Modifica la Ley de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.

— Decreto 628/2009. 22-12-2009. Colaboración financiera entre las entidades de crédito y la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de vivienda y suelo.

— Orden 27-10-2009. Fija determinadas cuantías previstas en el reglamento de recaudación de la hacienda general del País Vasco.

VALENCIA

— Ley 8/2009. 4-11-2009. Modificación de la Ley 10/2007, de 20-3-2007, de Régimen Económico-Matrimonial Valenciano.

— Ley 9/2009. 20-11-2009. Accesibilidad Universal al Sistema de Transportes.

— Ley 10/2009. 20-11-2009. Creación del Comité Valenciano para los Asuntos Europeos.

— Ley 11/2009. 20-11-2009. Ciudadanía Corporativa.

— Ley 12/2009. 23-12-2009. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

— Ley 13/2009. 29-12-2009. Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2010.

— Decreto 200/2009. 6-11-2009. Modifica determinados preceptos del Decreto 115/2006, de 28-7-2006, del Consell, por el que se aprobó el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar.

— Decreto 201/2009. 6-11-2009. Determina el calendario laboral de aplicación en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana para el año 2010.

— Decreto 205/2009. 13-11-2009. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Industria, Comercio e Innovación.

— Decreto 206/2009. 13-11-2009. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Justicia y Administraciones Públicas.

— Decreto 207/2009. 13-11-2009. Aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Solidaridad y Ciudadanía.

— Decreto 208/2009. 13-11-2009. Modifica el Decreto 143/2002, de 3-9-2002, del Consell, por el que se creó la Comisión Interdepartamental para combatir la Violencia Doméstica en la Comunitat Valenciana.

— Decreto 212/2009. 20-11-2009. Regula el Registro de Concesionarios de Radio y Televisión de la Comunitat Valenciana.

— Decreto 213/2009. 20-11-2009. Aprueba medidas para el control de especies exóticas invasoras en la Comunitat Valenciana.

— Decreto 214/2009. 20-11-2009. Modifica el Decreto 104/2008, de 11-7-2008, por el que se creó y reguló la Comisión Delegada del Consell para la Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico.

— Orden 18-12-2009. Crea y regula el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida.

— Corrección de errores. Decreto 91/2009. 3-7-2009. Aprueba el reglamento regulador de los bloques y conjuntos de viviendas turísticas de la

Comunitat Valenciana, y del Decreto 92/2009, de 3-7-2009, del Consell, por el que se aprueba el reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana.

II. Información de actividades

ARAGÓN

Los días 3 a 24 de noviembre tuvo lugar el FORO DE DERECHO ARAGONÉS, en el que participa este Decanato en la organización, con arreglo al siguiente programa:

Ponencias:

«Diez años de la Ley de Sucesiones por causa de muerte».

Ponente: Don José María NAVARRO VIÑUALES, Notario.

Coponentes: Don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del TSJA, y don Manuel GUEDEA MARTÍN, Letrado de la DGA.

«Concurso de acreedores y consorcio conyugal».

Ponente: Doña María Ángeles PARRA LUCÁN, Catedrática de Derecho Civil. Coponentes: Don Fernando CURIEL LORENTE, Registrador Mercantil, y don Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA, Profesor Titular de Derecho Procesal.

«Transmisión de la vivienda protegida».

Ponente: Don José Luis CASTELLANO PRATS, Subdirector de Desarrollo Rural de DGA.

Coponentes: Don Juan PARDO DEFEZ, Notario, y don Francisco CURIEL LORENTE, Registrador de la Propiedad.

«Cuestiones prácticas para juristas sobre la Ley de Urbanismo de Aragón».

Ponente: Don José BERMEJO VERA, Catedrático de Derecho Administrativo.

Coponentes: Don Juan Carlos ZAPATA HÚJAR, Magistrado de lo Contencioso-Administrativo, y don José RUBIO PÉREZ, Abogado.

* * *

El día 5 de noviembre tuvo lugar la sesión del SEMINARIO PERMANENTE SOBRE *VALIDEZ, INVALIDEZ E INEFICACIA*. En el mismo intervino don Pedro GRIMALT SERVERA, Profesor Titular de Derecho Civil de la

Universidad de las Islas Baleares, defendió las principales tesis de su monografía *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*.

* * *

Los días 8, 9 y 10 de noviembre se celebró en Zaragoza, el XII CONGRESO NACIONAL DE LA EMPRESA FAMILIAR. Entre otros ponentes estuvieron: don Mariano RAJOY; don Isak ANDIC, Presidente de Mango; don José Manuel ENTRECANALES, Presidente de Acciona; don Juan ROIG, Presidente de Mercadona; don Pedro NUENO, Profesor del IESE; don Emilio ONTIVEROS, Presidente de AFI, y don César ALIERTA, Presidente de Telefónica.

* * *

Los días 10 y 11 de noviembre se celebró el FORO EMPRESA 2009, con el siguiente programa:

Inauguración: a cargo de don Arturo ALIAGA, Consejero de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno del Gobierno de Aragón.

Ponencias:

- «Los retos de España y Europa: Claves económicas para la competitividad», por don Pedro SOLBES, Presidente del Foro España-China y ex Vicepresidente Económico del Gobierno de España.
- «Líderes en innovación en alimentación: Innovando en mercados altamente competitivos», por don Javier ROBLES, Presidente de Danone.
- «Líderes en innovación. La experiencia de Vueling», por don Josep PIQUÉ, Presidente de Vueling Airlines.
- «Líderes en innovación en electrónica: BE Different», por don José Ramón GARCÍA, Presidente Ejecutivo de Blusens.
- «La innovación: Un viaje de ida y vuelta», por don José ALBERT, experto en innovación. Director de ICA2.
- «La innovación como ventaja competitiva», por don Máximo VALENCIANO, Director Gerente de Instrumentación y Componentes, y don Víctor ALFARO, Director Gerente de Podoactiva.

Conferencia de clausura: *Situación actual y perspectivas de la economía*, por don Miguel BOYER, experto en economía.

* * *

El día 1 de diciembre, organizada por ADICAE, tuvo lugar la JORNADA DEL FORO NACIONAL HIPOTECARIO: *PROBLEMÁTICA ECONÓMICA Y JURÍDICA DEL CRÉDITO Y DEL MERCADO HIPOTECARIO EN ESPAÑA*, con el siguiente programa:

El grave problema de sobreendeudamiento de los consumidores en época de crisis. Soluciones, alternativas y medidas a la insuficiente legislación actual:

- «La realidad judicial, datos y facultades de los jueces», por don Luis Alberto GIL NOGUERAS, Juez de 1.^a Instancia, número 3 de Zaragoza.
- «Soluciones legislativas y Derecho Comparado: La legislación francesa y alemana», por don Martí GARRIGA, Abogado de la Asociación Débitas.
- «Dictamen del CCU con propuestas y medidas para hacer frente al sobreendeudamiento de los consumidores», por don Santiago PÉREZ, Responsable de proyectos de ADICAE, Abogado.

Realidad y retos de futuro del mercado de crédito para los consumidores:

- Don José PIERA VILA, Vicepresidente de AIF.
- Don Juan NARANJO, Vicepresidente Tercero de ASIFIN.
- Don Carlos BALLUGUERA, Director del Centro de Estudios Registrales de Euskadi.

Mesa redonda y debate: *El legítimo Derecho social a la vivienda sometido al abusivo negocio bancario. Acciones reivindicativas en defensa de los derechos de los ciudadanos-consumidores:*

Participan: Colectivos de afectados por situaciones de sobreendeudamiento e hipotecados.

- «Balance de la política de vivienda de los últimos veinte años y del lucrativo negocio del crédito».
- «Puesta en común de los debates realizados en los Foros Autonómicos Hipotecarios realizados por ADICAE con motivo del proyecto».
- «Conclusiones y establecimiento de líneas de actuación futura».

La morosidad, solvencia y el futuro de las entidades de crédito en España. Consecuencias negativas para los consumidores:

- Don Alfredo BACHILLER, Profesor de Economía y Finanzas de la Universidad de Zaragoza.
- Don Eduardo POZO, Profesor de Economía de la Universidad de Zaragoza.
- Don Jofre FARRÉS, Secretario General de AICEC-ADICAE.

Panel de experiencias: Prácticas y cláusulas abusivas en el sector del crédito. Realidad, jurisprudencia y propuestas de solución para los consumidores.

Intervienen: Representantes de los servicios de orientación jurídica de ADICAE, Servicios de atención integral al Consumidor de las Comunidades Autónomas y Oficinas Municipales de Atención al Consumidor, Defensores del Cliente de entidades financieras.

- «Dación en pago y refinanciaciones: ¿Una solución para los consumidores?»
- «La usura en el siglo XXI: Realidad, normativa y jurisprudencia reciente».
- «Swaps, clips, productos vinculados y cláusulas de suelo y techo».
- «Posibilidad de acciones judiciales y administrativas contra los abusos».

* * *

El día 2 de diciembre, organizadas por la Universidad de Zaragoza, con la colaboración del Gobierno de Aragón y el patrocinio, entre otros, del Colegio de Registradores, tuvieron lugar las I JORNADAS SOBRE *EL MERCADO INMOBILIARIO*, con el siguiente programa:

Apertura, a cargo de don Manuel J. LÓPEZ, Rector de la Universidad de Zaragoza; doña Pilar PALAZÓN, Decana de los Registradores de Aragón; don Antonio AZNAR, Presidente de CAI, y don José Alberto MOLINA, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de Zaragoza.

Ponencias:

- «La política de vivienda en el cambio de ciclo», por don Julio César TEJEDOR, Director General de Vivienda del Gobierno de Aragón. Departamento de Derecho Público. Universidad de Zaragoza.
- «El mercado inmobiliario español», por don Julio RODRÍGUEZ LÓPEZ, ex-Presidente del Banco Hipotecario y Caja de Granada.
- «El mercado inmobiliario en Aragón. Vivienda», a cargo de don Luis Alberto FABRA, Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza y Director de Gamerin.
- «El mercado inmobiliario en Aragón. Oficinas, Centros Comerciales, High Street, Hoteles, Industrial, Inversión», por don Nicolás LLARI DE SANGENIS, CB Richard Ellis, Director Regional Norte.

- «La política de vivienda en el ámbito local. El Ayuntamiento de Zaragoza», a cargo de don Rafael DE MIGUEL GONZÁLEZ, Vocal del Consejo de Gerencia de Urbanismo. Ayuntamiento de Zaragoza. Universidad de Zaragoza.
- «La función inmobiliaria», por don Alfredo BACHICHER CACHO, Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza.
- «La intermediación inmobiliaria ante el cambio de ciclo», a cargo de don Fernando BAENA, Vicepresidente del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón.
- «Métodos estadísticos de elaboración de índices de precios de la vivienda», a cargo de don Manuel SALVADOR FIGUEIRAS, Profesor Titular Universidad de Zaragoza.

* * *

Los días 9, 10 y 11 de diciembre, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, tuvieron lugar las SÉPTIMAS JORNADAS CONSTITUCIONALES: *PROBLEMAS ACTUALES EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y FINANCIACIÓN PÚBLICA*, con arreglo al siguiente programa:

Día 9:

- «El Derecho de Defensa y la tutela judicial efectiva», por don Carlos CARNICER DÍEZ, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.
- «La formación de los Jueces», a cargo de don Félix AZÓN VILAS, Vocal del Consejo General del Poder Judicial.
- «Corrupción y Democracia», a cargo de don Gregorio PECES-BARBA, Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, ex-Presidente de las Cortes Generales, Ponente Constitucional.

Día 10:

- «Tutela judicial efectiva», por don Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo.
- «El Poder Judicial en los Estatutos de Autonomía», por don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del TSJ de Aragón.

Mesa redonda: El modelo de financiación pública a debate:

- Don Javier FERNÁNDEZ LÓPEZ, Delegado del Gobierno en Aragón; don Javier SAMBÁN, Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza y

Alcalde de Ejea de los Caballeros; don Javier ALLUÉ, Portavoz del PAR en las Cortes de Aragón, y don Eloy VICENTE SUÁREZ, Portavoz del PP en las Cortes de Aragón. Moderador: don José M.^a GIMENO FILIU, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Día 11:

- «Las medidas fiscales ante la crisis», a cargo de don José ALMUDÍ CID, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la U.C. de Madrid.
- «Cuestiones actuales sobre la estabilidad presupuestaria», por don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la U.C. de Madrid.
- «La financiación autonómica», por don Antonio CAYÓN GALIARDO, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la U.C. de Madrid, Vocal del Consejo para la Defensa del Contribuyente.

* * *

El día 14 de diciembre, la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico organizó la JORNADA SOBRE *PARLAMENTO Y DEMOCRACIA EN LA REALIDAD POLÍTICA IBEROAMERICANA*, con la participación de:

- Don Manuel ALCÁNTARA SÁEZ, Vicerrector de Relaciones Internacionales y Cooperación de la Universidad de Salamanca; don Scott MORGENSTERN, Profesor Asociado de Ciencias Políticas, Universidad de Pittsburgh (Estados Unidos); don David ALTMAN, Profesor Asociado y Editor de la Revista de Ciencia Política, Instituto de Ciencia Política de la Universidad Católica de Chile, y don Ernesto Calvo, Profesor Asociado de la Universidad de Houston (Estados Unidos).

* * *

El día 18 de diciembre, la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico organizó la JORNADA SOBRE *LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*, con la participación de:

- Doña María Elena TORRES MIRANDA, Presidenta del Parlamento de Navarra; don Juan Manuel FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra; don Alberto LÓPEZ BASAGUREN,

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco; don Joan VINTRÓ I CASTELLS, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona y Letrado del Parlamento de Cataluña, y don Germán FERNÁNDEZ FARRERES, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid y ex Letrado del Tribunal Constitucional.

MADRID

El día 12 de noviembre de 2009, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS TRAS LA «OBJETIVACIÓN» DEL AMPARO*.

Ponente: Don Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Complutense de Madrid.

Contraponente: Don Roberto ROMBOLI, Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Pisa.

* * *

El pasado 12 de noviembre de 2009 tuvo lugar una nueva jornada con dos ilustrativas ponencias acerca de «la protección de derechos tras la *objetivación* del amparo».

La primera conferencia corrió a cargo de don Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Complutense de Madrid. El ponente comenzó con una exposición descriptiva del estado de la cuestión, refiriéndose a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. En esta ley se han introducido matices relativos a los medios de impugnación, el plazo y el lugar de presentación de la demanda, o las medidas cautelares, entre otros.

Pero la modificación que centró nuestra atención es la reforma del sistema de admisión del recurso de amparo. Se hizo referencia así a la modificación de los artículos 49 y 50 de la LOTC, por la que se declara insubsanable el requisito de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo. De acuerdo con la nueva redacción del artículo 50, «para la admisión del recurso de amparo [ya] no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo, sino que además es indispensable [...] la especial trascendencia constitucional del recurso». (STC 155/2009, FJ 2). Además, el recurrente ha de satisfacer necesariamente la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del

recurso y «...de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso» (art. 49.1 y 4 LOTC).

El ponente planteó una serie de objeciones hacia este carácter insubsanable del requisito, poniendo de relieve una serie de paradojas que se nos presentan. En primer lugar, encontramos que la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva siempre ha abogado por la subsanabilidad, por lo que no parece muy lógica la modificación. Desde una concepción utilitarista, podemos considerar que la reforma pretende tener como resultado descargar al TC del excesivo número de recursos de amparo que habitualmente recibe. Sin embargo, aunque en un primer momento se perciba el desahogo, a largo plazo se llegará a la misma situación, ya que conocida la insubsanabilidad del requisito, los recurrentes sencillamente decidirán dedicar un espacio de la demanda a la especial trascendencia constitucional de ésta. Asimismo, nos hallamos ahora ante la paradoja de una ley que dice al TC que, como regla general, no se ocupe de los derechos fundamentales, pudiendo dar esto lugar a una nueva contradicción: puede haber un recurso que merezca sentencia favorable pero que no se admita por la «objetivación», es decir, el TC puede llegar a inadmitir demandas de amparo cuya lectura revelaría violaciones de derechos fundamentales.

El debate de la objetivación viene de largo, y está muy relacionado con la idea de que un tribunal está llamado a crear jurisprudencia. El ponente manifestó su desacuerdo con esta idea, comentando que la función principal de un órgano judicial es resolver asuntos concretos, y otra cosa es que se cree jurisprudencia con ocasión de las resoluciones que dicta sobre esos asuntos individuales.

A continuación, don Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ comentó que la STC 155/2009, de 25 de junio realiza, de acuerdo con su opinión, una buena declaración de principios. Se propone en su FJ 2, un elenco no cerrado de casos (siete en total), en los que «cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional», constituyendo así una buena guía para los potenciales recurrentes de amparo.

Finalmente, el conferenciante propuso algunas conclusiones que le sugerían esta reforma: En primer lugar, que el recurso de amparo se ha convertido *de facto* en un recurso de admisión discrecional, y como tal habría que gestionarlo. Por otro lado, el tratamiento de la sobrecarga de asuntos ha pasado a ser responsabilidad exclusiva del TC. Finalmente, concluyó el ponente que «este nuevo sistema exige un cambio de mentalidad que ha de empezar en el seno del TC. Sin ello, el fracaso a largo plazo es seguro».

Seguidamente, tuvo lugar la segunda ponencia, que corrió a cargo de don Roberto ROMBOLI, Catedrático de Derecho Público en la Universidad de Pisa.

El ponente propuso una comparación entre el modelo de justicia constitucional español y el italiano. Entre ellos existen ciertas similitudes en cuanto a la individualización de las vías de acceso al Juez constitucional. Así, partiendo de que un sistema se considera objetivo si se da más atención a la ley, y subjetivo, si se da más atención a la tutela de los derechos fundamentales, los sistemas español e italiano se podrían considerar mixtos, aunque en el sistema italiano hay una tutela indirecta de los derechos fundamentales, mientras que el sistema español goza de una tutela directa, a saber, el recurso de amparo. En la ponencia se señalaron diferencias también en cuanto al papel asignado al juez, ya que en el sistema italiano se asigna un rol más importante a éste. Además, ambos sistemas han seguido recorridos históricos diversos: El modelo italiano se inició como un modelo muy abstracto, con la idea de eliminar leyes del fascismo y dar primacía al interés del Tribunal Constitucional. Con el tiempo, aumentó el interés por el caso concreto. Sin embargo, en el caso español encontramos una evolución inversa, que ha convertido al Tribunal Constitucional en una especie de cuarta instancia.

Ante esta situación, propuso el ponente preguntarse si se ha favorecido la tutela de los derechos, recordando que la función de un Tribunal Constitucional es doble: el control de las leyes y la resolución de conflictos.

Así, la reforma actual ha buscado reforzar estas funciones y no tender más a la cuarta instancia, tratando de lograr esto mediante la «objetivación» del amparo: condicionar la admisibilidad del recurso a la especial constitucionalidad del asunto y atribuir un especial tono constitucional al amparo.

A continuación, en cuanto a la conformidad del nuevo modelo de amparo (LO 6/2007) con el modelo de justicia constitucional español, don Roberto ROMBOLI expuso que la «especial relevancia constitucional» es un concepto muy general, y esto da al Tribunal Constitucional plena discrecionalidad. Sin embargo, la STC 155/2009 es loable, ya que en ella el Tribunal Constitucional se autolimita indicando previamente un cuadro de casos en los que aceptará un recurso; esto favorece la certeza jurídica.

Seguidamente, cabe preguntarse si la reforma de 2007 va a afectar a la protección de los derechos fundamentales. Considerando el ejemplo italiano, en que la demanda directa no existe, esto no significa necesariamente que los derechos fundamentales no hayan estado tutelados; pueden estarlo sin necesidad de acudir a un tribunal constitucional.

Por último, está el asunto de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los jueces comunes en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales. En este punto se hizo una mención a las llamadas sentencias interpretativas. De un recurso de amparo puede surgir una sentencia de este tipo: instar al juez ordinario a hacer una lectura correcta de la ley para proteger el derecho. Con la reforma, el amparo queda como lo que es, un recurso de protección de los derechos fundamentales, pero actúa de manera diferente.

Así, el nuevo modo de operar del amparo es el de un instrumento excepcional, interviniendo cuando la tutela del derecho fundamental no pueda darse aplicando una doctrina existente por parte del juez ordinario.

Concluyó el ponente con una consideración optimista: «la reforma tiende a mejorar las relaciones entre Tribunal Constitucional y jueces comunes, solicitando a éstos una mayor colaboración en la protección de los derechos fundamentales».

Ana COLOMER SEGURA

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Juan MIQUEL, *Causa de la tradición y el título de la usucapición en el vigente Derecho español*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2009, 344 págs.

por

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

No es fácil recensionar esta obra de Juan MIQUEL. En primer lugar, por la propia categoría del autor, Catedrático de Derecho romano de la Universidad Pompeu Fabra, doctor en Derecho por las Universidades de Valencia, Bolonia y Munich, y uno de los mejores romanistas españoles contemporáneos. En segundo lugar, porque se trata de una obra póstuma, publicada pocos meses después de la inesperada muerte de su autor, si bien corregida por éste hasta su última versión. Y en tercer lugar porque, en cierto modo, se trata de la obra de su vida, que acompañó a Juan MIQUEL, como éste explica en sus palabras introductorias, a lo largo de todo su devenir académico, al menos desde los primeros años sesenta, y que acabó germinando en toda una serie de trabajos y obras menores.

La segunda de las razones aducidas bastaría para emitir un juicio positivo: *de mortuis nihil nisi bonus dicandum est*. Más aún si se la completa con las otras dos: ¿cómo valorar negativamente una obra de un romanista tan eximio como Juan MIQUEL y, en concreto, una obra que se califica en las palabras preliminares como «una parte esencial de la obra de una vida»? Parece que le bastarían al recensionista las razones aducidas para, prescindiendo de un examen ponderado de la obra en cuestión, emitir un rotundo juicio positivo de ella. No es fácil realizar la *recensio* de esta obra, porque más parece proceder la *laudatio*.

Pero me parece que, bien mirado, las tres razones apuntadas se invierten en este caso, exigiendo, más que exonerando, un juicio crítico y objetivo sobre la obra: por respeto a la memoria de ese gran romanista que ha sido Juan MIQUEL, y por respeto a una de las grandes obras de su vida. Creo, además, que ese juicio crítico sólo alcanzará objetividad plena si se enjuicia el libro «abstracción hecha» de las apuntadas razones que dificultaban la recensión: si se lee como se nos ofrece hoy en su versión original, firmado en mayo de 1962 por un joven opositor a cátedras a caballo entre Munich, Bolonia y Madrid. Una lectura así hecha, a modo de *flashback* cinematográfico, permite obtener razón cumplida de la *autoritas* de la que luego gozó Juan MIQUEL.

Dadas pues por válidas las razones de la recensión, conviene empezar con ésta. El libro, extenso, presenta varias partes. El núcleo central, como ya se ha

apuntado, lo constituye un trabajo de Juan MIQUEL, fechado en 1962, que había permanecido inédito hasta la fecha, y que da título a toda la obra: causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español. Dicho trabajo viene antecedido por un prólogo de Heinrich HONSELL, unas palabras introductorias de Juan MIQUEL y una breve nota preliminar de su hijo Jorge (profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Barcelona), en la que da cuenta del fallecimiento del autor cuando éste ya había corregido las definitivas pruebas. Como anexo al trabajo central del libro figuran una serie de «obras menores» ya publicadas en las que, a modo de constelación, Juan MIQUEL había desarrollado las intuiciones presentes en el texto inédito.

Inédito que no desconocido, y esto es algo que conviene resaltar. Vale la pena, a este respecto, leer los citados tres «prólogos». El trabajo en cuestión había sido expuesto en el Seminario de don Federico de Castro, en dos sesiones consecutivas, a finales de 1962, obteniendo éxito y resonancia, y había sido luego objeto de otros debates en universidades europeas. Desarrolladas sus intuiciones en los trabajos publicados que se contienen en el anexo, esas ideas habían servido de inspiración a otros trabajos de romanistas y civilistas españoles, ligados en lo académico y personal a Juan MIQUEL.

Centrados ya en el núcleo del libro, en el trabajo que da título al volumen y que, habiéndose renunciado a su actualización, sigue llevando en su última página la fecha de firma de 1962, puede decirse que el paso del tiempo apenas lo ha tocado: las aportaciones geniales de entonces siguen siéndolo en buena parte hoy. Síntoma de claridad que no silencia la falta de recepción de la doctrina expuesta entre los civilistas españoles: hay que confiar en que la publicación, por más que tardía, del trabajo originario, germen de todos los otros, contribuya a su difusión. El eje del trabajo, en palabras del propio autor (pág. 71), puede resumirse en la equiparación entre la *iusta causa traditionis* y la *iusta causa* (o *iusto título*) *usucapiendi*. Causa de la tradición y título de la usucapión son lo mismo, el negocio válido jurídicamente hábil para transmitir la propiedad cuando procede *a domino*, el cual, cuando procediere en una adquisición *a non domino*, sólo dará lugar a una usucapión ordinaria.

Esta idea central se articula en tres capítulos. En el primero se realiza un amplio recorrido histórico sobre el concepto de *iusta causa traditionis*, partiendo del Derecho romano hasta llegar a los actuales ordenamientos europeos. Conforme con los estudios más recientes de Derecho romano, que la romanística actual no ha hecho sino confirmar, se rechaza la tesis de la transmisión abstracta (SAVIGNY, VOCI), y se deja también de lado la tesis del llamado «acuerdo real causal» (SCHULZ), para abrazar la tesis causal de la tradición: la transmisión se produce en virtud de una justa causa válida, que no es otra que la compraventa, el pago, el crédito, la donación y la dote. Las posibles contradicciones que pueden surgir de la existencia de la *condictio indebiti*, que podría hacer pensar que pese a la falta de causa se ha transmitido la propiedad —pues no ha lugar a la *reivindicatio* del propietario, sino a una *condictio* readquisitiva—, se explican por la peculiaridad de la *causa solvendi* en Derecho romano, pues la virtualidad del pago no dependía, a su vez, de la existencia de la deuda que se pretendía pagar. En consecuencia, producido el pago de un *indebitum*, se operaba en Roma la transmisión de la propiedad, por más que el *solvens* tuviese una *condictio* readquisitiva. Especialidad que no existía en el resto de causas en las que, por ejemplo, la falta de validez de la compraventa provocaba la falta de virtualidad transmisiva de la entrega de la cosa.

Afirmada esa causalidad de la *traditio* romana, se realiza un detenido análisis histórico de la evolución en el Derecho posterior: desde los autores bizantinos, tan proclives a la transmisión abstracta, a los causalistas autores del *ius commune*, creadores de la teoría del título y el modo, que pervivió hasta la época de las codificaciones. Fueron esos autores los que profundizaron en los textos romanos hasta llegar a la esencial equivalencia entre *iusta causa traditionis* y *iusto titulo usucapionis*. Remito al lector a los claros textos de AZÓN o VOET recogidos en las páginas 71 y 104 (AZÓN: *ex quacumque causa adquiritur dominium, si fiat traditio a domino; nam si fiat a non domino, paratur iusta causa usucapiendi*; VOET: *ex cuibus causis tradente vero domino transiret dominium, ex iisdem tradente non domino procedat usucapio*).

El segundo capítulo aborda un análisis de la relación entre justo título y buena fe en la usucapión, de nuevo partiendo de las fuentes romanas y llegando a los actuales ordenamientos europeos. Destaca como toda una corriente doctrinal, nacida en el mismo Derecho romano, tendió a subsumir el justo título dentro de la buena fe, como un soporte o base objetiva de esa creencia, mientras que otra línea doctrinal, más arraigada y más profundamente causalista, mantuvo la distinción de elementos, exigiendo ambos autónomamente para que procediese la usucapión: a juicio del autor, con quien de nuevo me hallo de acuerdo, si la usucapión mobiliaria española ha prescindido del justo título y no de la buena fe (art. 1.955), ello puede deberse a que ha dado por suficiente un título putativo para esa modalidad adquisitiva (vid., pág. 176 y sigs.).

El tercer capítulo representa una detenida aplicación de las ideas hasta ahora obtenidas al Derecho español. Se afirma la necesaria causalidad de la transmisión, rechazando en nuestro sistema toda forma de abstracción, por no caber aquí ni el acuerdo abstracto de tipo alemán, ni la especialidad romana de la *causa solvendi*, reinterpretando en el sistema los posibles puntos de apoyo de esas doctrinas abstractas. Trayendo a colación el análisis histórico antes expuesto, y los textos antes citados (AZÓN, VOET), se explica y hace un acertado paralelo entre tradición y usucapión, explicando que la primera exige de tres requisitos, título, modo y titularidad del *tradens*, mientras que la usucapión ordinaria lo que hace es sustituir este último requisito por la buena fe y el transcurso de un cierto período de tiempo. Se precisa inmediatamente que se va a preferir hablar de «poder de disposición» en vez de «titularidad del *tradens*», para no excluir la posibilidad de que quien celebró el contrato se vea investido de una legitimación extraordinaria (representación legal, poder de representación). Se explican luego los requisitos del título de la usucapión en el Código Civil español (justo, verdadero, válido, probado), destacando la coherencia del requisito de validez del título (art. 1.952) si se aceptan los presupuestos dados. Y es que la usucapión ordinaria lo único que sana es la falta de titularidad del *tradens*. Por último, se hace un detenido recorrido por los concretos títulos de la usucapión en Derecho español.

Hasta aquí el mencionado trabajo principal, núcleo del libro. No puedo detenerme en un análisis del anexo de trabajos menores en diversos idiomas, ya publicados en revistas u obras colectivas. Tal vez los más cercanos al núcleo del libro, y los que, por tanto, más habrían contribuido a divulgar las ideas ahora completamente expuestas son los titulados «*iusta causa traditionis* y *iusta causa usucapiendi* en las Instituciones de Gayo» (publicado en los estudios en homenaje al Profesor Ursicino ÁLVAREZ SUÁREZ), y «compraventa y transmisión de la propiedad» (en el homenaje a MURGA GENER). Pero todos son de gran interés y merecerían por sí un análisis circunstanciado.

En resumen, nos encontramos con una obra acabada que aborda, con pluralidad de planteamientos y acierto en las soluciones, problemas clave del pensamiento jurídico europeo: la relación entre usucapión ordinaria y tradición y la configuración de cada una de ellas. Hay que destacar el correcto uso que hace del método comparatístico —sin mezclar los argumentos de Derecho extranjero con el vigente Derecho español— y del método histórico —convirtiendo a la historia del Derecho en imprescindible auxiliar del Derecho Civil—. Pese a haber sido escrita hace ya muchos años, sus puntos de vista y su doctrina siguen siendo de gran actualidad. Incluso su bibliografía, tal fue la novedad en su momento (a modo de complemento, tal vez resulte conveniente la lectura del trabajo de Félix WUBBE, «Die Interessenlage bei traditio und usucapio», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1964, pág. 558, para comprender por qué en ciertos casos los juristas romanos admitieron, con muchas limitaciones, un título putativo en los casos de *usucapio*, sin admitirlos nunca en la *traditio*).

¿Quién sabe si Juan MIGUEL tenía la premonición, al entregar este libro a la imprenta, de que cumplido el deber de publicarlo, se encontraba ya, en palabras de Antonio MACHADO, ligero de equipaje, dispuesto a tomar la nave que nunca ha de tornar? Sí que se puede afirmar que esta última publicación aumenta la deuda que romanistas y civilistas españoles teníamos contraída con él.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima, «Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz (Un análisis en el marco del Derecho Europeo de Daños)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, monografía, 2009.

por

M.^a DOLORES CASAS PLANES
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Jaén

Vaya, en primer lugar, mi profunda satisfacción por tener ocasión de realizar una reseña de la reciente monografía de la profesora YÁÑEZ VIVERO al tratar de un tema cuyo estudio e interés ambas compartimos. Es una materia apasionante que, a su vez, se enmarca en la protección jurídica y defensa de la dignidad de la persona incapaz; pero de la que la autora es consciente de su escaso tratamiento por la doctrina de nuestro país; reflejo, a mi parecer, del abandono y miedo que tiene la sociedad ante la realidad de la incapacidad, sobre todo la que lleva por nombre la enfermedad mental. De tal modo que siendo el conocimiento de una realidad lo que más ayuda a que los prejuicios desaparezcan, este libro contribuye a ello, y, por tanto, merece su lectura y seguimiento; además de por ser un trabajo bien hecho, pues la autora aporta datos y argumentos para un debate aún abierto.

El estudio de la responsabilidad civil del incapaz, tal y como justifica la autora en los agradecimientos, tiene dos escenarios jurídicos principales, el español y el italiano, cuyas referencias legales, doctrinales y jurisprudenciales son constantes, y son reflejo de su dominio de la materia. Asimismo analiza ésta desde la perspectiva del Derecho Europeo de Daños, en concreto, a la luz de la encomiable armonización normativa llevada a cabo por los *Principles of*

European Tort Law (PETL). Nos advierte YÁÑEZ VIVERO desde el inicio de su trabajo, que en orden a respetar la terminología del Código Civil y sin tener ningún tinte peyorativo, la utilización a lo largo de la monografía del término «incapaz» o «persona incapaz» se usará como sinónimo de persona cuya capacidad de discernimiento está cercenada por padecer un trastorno psíquico.

La autora estructura la composición del libro de manera ajustada a la finalidad de su trabajo, la cual recoge en el *capítulo introductorio o preliminar* (págs. 21-33) y concreta en la necesidad de poner de manifiesto la *reformulación de la responsabilidad civil de las personas incapaces*. Y del alcance de este importante reto se ocupa el libro en comentario. Aprovecha dicho capítulo introductorio para recoger las razones de la necesidad de dicha reformulación que condensa en dos: a) *el cambio social y legal paradigmático acerca del incapaz* (el incapaz aislado de épocas pasadas pasa a ser en la actualidad una persona que se integra en la sociedad en aras del marco legislativo contemporáneo de promoción de la autonomía y de fomento de la capacidad de autogobierno del incapaz; así lo pone de manifiesto, por ejemplo, la legislación especial italiana sobre asistencia psiquiátrica que apunta a una mayor responsabilidad del enfermo mental y con la Ley de 9 de febrero de 2004 que promueve la autonomía del incapaz); b) *y en la incertidumbre doctrinal, legislativa y jurisprudencial acerca de la regulación jurídica de la responsabilidad civil de aquél*, tal y como reflejará a lo largo del trabajo; dejando constancia desde su inicio que, mientras una parte de nuestra doctrina cree que el legislador español actual parte de que el incapaz no puede ser declarado responsable civil en un sistema de responsabilidad civil subjetivo como el nuestro (clásica cuaterna consciencia-imputabilidad-culpa-responsabilidad civil de los sistemas subjetivos de responsabilidad como el nuestro); hay quienes defienden la responsabilidad del incapaz, con independencia de la culpabilidad. En definitiva, el aplicador del Derecho y el jurista español se enfrenta a la insuficiente regulación de la responsabilidad civil por hecho propio del incapaz, y a la casi nula posibilidad de que responda civilmente su guardador legal *ex* artículo 1.903 del Código Civil, al no ser frecuente la incapacitación judicial del enfermo psíquico.

Tras un acertado planteamiento general, la autora aborda en profundidad en el *capítulo segundo* (págs. 35-74), «la culpa» como el elemento de la responsabilidad civil más trascendente para determinar si el acto dañoso del incapaz es susceptible de integrarse en el ámbito de las conductas culpables. Al respecto, es valiente, en mi opinión, la posición de la autora acerca de la defensa de la *crisis de la noción de imputabilidad* (pág. 41) cuando mantiene que para el Ordenamiento Jurídico español la imputabilidad no es un presupuesto legal de la responsabilidad civil, sino doctrinal o jurisprudencial (a diferencia del Ordenamiento italiano o portugués que expresamente lo recogen en sus arts. 2.046 y 488, respectivamente). En consecuencia, un incapaz puede ser culpable sin hacerlo depender del juicio previo de la imputabilidad, el cual complica innecesariamente las cosas; siendo lo trascendente para determinar la culpabilidad de un sujeto con trastorno psíquico analizar cómo repercute éste, en la capacidad del sujeto, sino en la conducta, o mejor, en el resultado de esa conducta. Si bien, la autora, más adelante, considera que para que exista culpa civil, la infracción del deber jurídico ha de provenir de un sujeto con capacidad de comprender o reconocer un acto con resultado dañoso del que no lo es, sin importar si es capaz de prever lo que sería normal para la inteligencia media de las personas que se encuentran en dicho colectivo de

«incapaces» (pág. 66); y ésta es, en realidad, a mi parecer, la definición que se asume por imputabilidad civil por parte de la doctrina. De tal modo que lo trascendente con este estudio, además de la dificultad terminológica del tema (estamos ante un «terreno de desacuerdo y confusión», cita de *Esmein* que recoge con mucho acierto YÁÑEZ VIVERO), es que la autora nos recuerda que lo relevante no es que la persona incapaz tenga o no autogobierno como requisito de incapacitación o falta en general de querer y entender, sino que posea o no la capacidad de saber lo que significa socialmente dañar a otro, «esa conciencia del daño», una vez realizado éste, aunque no haya podido controlar o inhibir sus impulsos, y aunque no comprenda todas las consecuencias del ilícito como exige la culpa penal.

Por tanto, si lo relevante no es la imputabilidad en el sentido clásico de autogobierno, sino la culpa, la pregunta que se hace la autora es: ¿qué caracteres ha de reunir determinada conducta para hacer responsable a su autor?, ¿es necesario acudir a una noción de culpa diferente para explicar la conducta dañosa del incapaz? Respecto al supuesto en concreto que nos ocupa del incapaz, defiende y asume la culpa civil como la infracción de deberes de cuidado, por quien tiene la capacidad de reconocer un resultado dañoso, de acuerdo con un estándar de diligencia que tenga en cuenta las características psíquicas *generalizables* del grupo de las personas que sufren trastornos psíquicos (según la definición pionera de PANTALEÓN PRIETO, con respaldo del reciente Anteproyecto suizo de responsabilidad civil en su art. 48.a); y con los PETL, pues la discapacidad/enfermedad psíquica no está contemplada como causa de exoneración de responsabilidad civil reguladas en el capítulo 7).

No es casual que, ya en el *capítulo III* (págs. 75-203), dedicado a la problemática de los sujetos responsables, la autora aborde en una primera parte la *responsabilidad civil por hecho propio del incapaz*, aunque sólo la derivada de ilícito civil, dejando el análisis de su responsabilidad *civil ex delicto* para el final del capítulo donde lo analiza de modo más sistemático junto con la responsabilidad civil de sus guardadores. En cualquier caso, su estudio previo al de su guardador legal tiene una intención clara de señalar la autonomía de la propia responsabilidad civil de incapaz, tan poco estudiada como tal por la doctrina y postergada a la de sus guardadores legales. YÁÑEZ VIVERO la precede de un interesante y complementario estudio acerca de la legitimación del incapaz para actuar en otros ámbitos jurídicos, como el contractual (recogiendo, entre otros datos, la validez de la calificada por la doctrina italiana «contractualidad de la vida cotidiana» o la tendencia a eliminar figuras de limitación de la capacidad de la persona como la incapacitación judicial), y el de los actos personalísimos (pág. 84). De tal modo que, tal y como expone la autora, si la tendencia de los diversos ordenamientos europeos es la de reconocer una cierta autonomía tanto en su ámbito contractual como personal, parece obvio que debe reconocérsele cierta idoneidad para comprender el daño causado, ya que la capacidad requerida para ello es notablemente menor que en los otros ámbitos citados. Al adentrarse en el estudio en concreto de la responsabilidad civil extracontractual del incapaz por hecho ilícito propio, acude, como elemento de interpretación y comparativo, tanto a sus antecedentes legislativos, como a su regulación por otros Ordenamientos Jurídicos (págs. 86-108): tanto de *ámbito europeo* [resalta que el *legislador francés* es de los más atrevidos a la hora de expresar su convencimiento de que los daños causados por personas que sufren trastornos mentales no pueden quedar sin reparar por los propios autores del daño; y desarrolla con amplitud la *regulación italiana*

ex arts. 2.046 y 2.047 del Codice Civile que instaura una responsabilidad del incapaz subsidiaria y en base a la equidad, al igual que los arts. 829 y 488 del Código Civil alemán y portugués; pero de escasa aplicación en la práctica]; como de ámbito iberoamericano [buena parte de sus Ordenamientos Jurídicos regulan la responsabilidad subsidiaria y por equidad, como el de Perú, Venezuela o Brasil], e, incluso del *Common Law* [que en base a criterios sociales de integración del enfermo mental defienden el criterio de la responsabilidad civil de las personas que sufren trastorno psíquico en base a la culpa objetiva —*Restatement (second) of Torts de 1965*—].

Finalmente, a pesar de las dificultades apuntadas y tras el estudio acometido de la regulación jurídica de la materia, YÁÑEZ VIVERO concluye con una coherente propuesta de formulación de un estatuto jurídico de responsabilidad civil extracontractual de la persona incapaz (págs. 110-122) con las siguientes ideas claves: 1.^a) Es indiscutible la responsabilidad civil de aquél en supuestos legales de responsabilidad civil objetiva como, entre otros, los supuestos regulados en los artículos 1.905, 1.907 ó 1.910 del Código Civil (este último aplicado en los supuestos más frecuentes de daños derivados de las filtraciones de agua de pisos inferiores por haber dejado el incapaz, u otra persona que esté en su casa, abierta la llave del grifo). 2.^a) No tiene porqué, ni es necesario en España considerar como objetiva en ningún caso (ya asuma como criterio de imputación el riesgo, la equidad, o la garantía) la responsabilidad del incapaz cuando el origen de la misma es una conducta descuidada de éste, pues no existe en nuestro país el principio legislativo de no responsabilidad civil del incapaz, como sí existe en Italia; y sería, en todo caso, penalizante. 3.^a) La responsabilidad civil del incapaz sólo se puede sustentar jurídicamente en la concurrencia de aquellos elementos necesarios para que se dé la responsabilidad civil subjetiva, ex artículo 1.902 del Código Civil, y entre dichos elementos se encuentra la culpa, según el concepto expuesto por la autora claramente en el capítulo II. Por otro lado, y aún desde razones jurídicas, añade que no justificar la responsabilidad civil del incapaz en la culpa sería discriminatorio por tener un tratamiento desigual que el resto de los ciudadanos, e implicaría desconocer que incapacidad y culpa son nociones compatibles, tal y como tímidamente parece reconocer nuestra jurisprudencia civil en los últimos años, cuyas citas y su comentario por YÁÑEZ VIVERO son de interés (págs. 118-119). Por último, la autora, desde un completo punto de vista metodológico, conoce y maneja las no menos importantes razones extrajurídicas que apoyan la responsabilidad del incapaz (que coloca si bien en un segundo plano respecto a las jurídicas) y que son defendidas desde la ciencia psiquiátrica de países de nuestro entorno y, sobre todo, del *Common Law*, como es evitar su asilamiento social, y favorecer su socialización. 4.^a) Por último, y en coherencia con lo dicho, resalta lo acertado de la regulación peruana de la responsabilidad civil del incapaz, en idénticos términos a la venezolana, al señalar que el incapaz responde civilmente siempre que haya actuado con discernimiento, pues en la mayoría de los Códigos europeos no se reconoce explícitamente la compatibilidad entre la incapacidad y la capacidad de discernimiento o mínima imputabilidad civil; lo cual sería un avance, también en mi opinión, si dicho criterio se introdujera en el ordenamiento español.

En la *segunda parte del capítulo III*, la autora aborda la *responsabilidad civil por hecho ajeno de otros sujetos por el acto ilícito del incapaz*, en concreto y en un primer momento por el daño derivado de un mero ilícito civil (hacien-

do referencia al marco normativo de los modelos europeos, resumiéndolos para el lector de modo muy útil y sistemático, en nota a pág. 257 y pág. 128). Parte de la idea acertada de que el clásico fundamento socioeconómico de dicha responsabilidad, cual es la superior solvencia del responsable por hecho ajeno y su mejor condición a contratar un seguro de responsabilidad civil, no es de recibo para el caso de los tutores y sí lo es para el de las Administraciones Públicas, por lo que el legislador habría que precisar y diferenciar supuestos. Asimismo, nos resalta, en mi opinión acertadamente, que a pesar de la tendencia objetivadora de nuestros Tribunales en lo que respecta a la responsabilidad civil por hecho ajeno en general, y dado que el criterio objetivo del riesgo está ligado a la obtención de beneficios implícita en actividades empresariales o peligrosas, en el ámbito de la protección de las personas incapaces, por el contrario, el principio *cuis est commoda eius est periculum* no encuentra su mejor acogida, pues sería como entender a los incapaces como «cosas, animales, o instalaciones peligrosas» (recogiendo y compartiendo la expresión de MARTÍN CASALS). Por lo que, a su juicio, la responsabilidad de tutores y guardadores en España es una responsabilidad basada en la culpa, que no debería, en su opinión, ser presunta, si se tiene en cuenta que hoy en día se ha abandonado el planteamiento de custodia y sobreprotección que antes tenía la tutela, al incrementarse desde las políticas sociales actuales el ámbito de autonomía e independencia del incapaz respecto a su guardador. En definitiva, la autora propone lo razonable de defender (*de lege ferenda*) una responsabilidad menos rígida de tutores y guardadores de personas incapaces, basándola en la culpa probada (opción que señala la autora es la que mantiene el sistema del *Common Law*, y países europeos como Austria y los Países Bajos).

Presentados los rasgos generales de la responsabilidad vicaria por ilícito civil del incapaz, YÁÑEZ VIVERO va a diferenciar de modo claro y sistemático los problemas que plantea dicha responsabilidad en dos grandes grupos: (i) el incapaz incapacitado, (ii) y el incapaz no incapacitado. (i) Respecto al primer grupo, la autora plantea el problema de que en España se puedan quedar sin indemnizar los numerosos supuestos en los que el tutor es una persona jurídica (pública o privada) que lógicamente no convive con el *incapacitado*, o incluso una persona física que no conviva con el incapacitado al residir éste en una residencia geriátrica, al unirse dos datos de interés (el que el art. 1.903 del Código Civil exija la «convivencia» como requisito para la responsabilidad civil del tutor por hecho ajeno; y el que no se regule como, por ejemplo, sí lo hace la normativa italiana, la responsabilidad de los que guardan de modo estable o vigilan al incapacitado). Por ello la autora aborda una crítica argumentada del requisito de la «cohabitación» en un doble sentido: 1) es conveniente sustituir o interpretar dicho término por el más amplio de «guarda» (parecido al criterio francés de «organizar y controlar de modo permanente la vida del incapaz»), teniendo en cuenta que entre las obligaciones del tutor *ex* artículo 269 del Código Civil no se encuentra tener en su compañía al tutelado, lo que sí acontece con los padres *ex* artículo 154 del Código Civil, y en coherencia con las funciones de aquél. 2) Por tanto, los guardadores que cohabitan con el incapaz en supuestos de tutelas por personas jurídicas, aún cumpliendo el requisito de la cohabitación, no son responsables civiles del daño causado por el incapaz *ex* artículo 1.903 del Código Civil; con la sola excepción de que una normativa expresa o un contrato sostengan un traspaso de responsabilidad al guardador. El planteamiento de la autora mantiene, a mi parecer, un equilibrio de los intereses en juego, pues el solo interés pro víctima

no puede justificar que un guardador que, ni por ley ni contrato, ha asumido dicha guarda y responsabilidad, responda del daño. Quizá, detrás de esta teoría de la autora se encuentra el inconsciente criterio de la gratuidad o no de la función del guardador, tal y como ha estudiado la doctrina francesa.

(ii) En relación al caso más frecuente en el que el *incapaz no está incapacitado*; la autora aborda igualmente el problema de la falta de regulación en España de la responsabilidad civil del *guardador de hecho* del incapaz. Sin profundizar en la polémica doctrinal sobre qué se entiende por guardador de hecho, lo asimila a quién ejercita *de facto* las funciones del tutor en caso de que el incapaz hubiere estado incapacitado (y en coherencia con su definición, lo considera responsable civil por hecho ajeno en base a una interpretación extensiva del art. 1.903 CC, dado que las funciones de ambos responsables son iguales). Pero matiza que, el simple hecho de la convivencia material con el incapaz o de un acogimiento temporal de éste no es suficiente para deducir de ello un deber de guarda o vigilancia, pues tal deber deberá derivar de la ley, o de un hecho apto para crearlo como los lazos de afectividad, de conformidad con el ordenamiento jurídico, y del que se desprenda la asunción voluntaria de tal. En definitiva, la autora rechaza la teoría que ha seguido nuestra jurisprudencia en algunas ocasiones (cuyas sentencias recoge) de hacer responsable civil al guardador de hecho *ex artículo 229 del Código Civil* por no haber incapacitado al incapaz, dado que en la actualidad no existe tal deber según los términos del actual artículo 757 LEC. Ahora bien, a mi parecer, decir que no se puede considerar guardador de hecho, ni a quién no es conocedor de la gravedad o de la patología de la enfermedad de sujeto, ni a quién siéndolo, las condiciones psíquicas del incapaz no son lo suficientemente graves como para exigir una guarda superior a la media a un sujeto no profesional en el tratamiento de patologías, son datos que están en relación con el criterio de la culpa y ayudan a juzgar si hubo o no culpa en el guardador, pero no para definir al guardador de hecho.

En la responsabilidad civil de los guardadores (legal o de hecho) de un incapaz, subsume el caso interesante de la responsabilidad del *médico psiquiatra y de los centros sanitarios que tratan al enfermo*. Es oportuna la alusión de la autora a la reforma psiquiátrica producida en los años ochenta en toda Europa que conlleva que el médico deje de ser un vigilante o custodio del enfermo, y pase a ser un médico con fines terapéuticos. Según YÁÑEZ VIVERO, a pesar de que el médico psiquiatra respondería por culpa probada *ex artículo 1.902*, considera que sería más acertado para el concreto caso del médico psiquiatra el criterio de la *culpa profesional grave* (dado lo imprevisible e incierto de un tratamiento de la enfermedad mental, frente a otros tratamientos médicos), que sigue la jurisprudencia americana [casos *Tarassoff versus Regents*, 1976, y *Chris Bragg versus Juden Valdez*, 2003, aunque las circunstancias de ambas son muy distintas, pues en ésta la culpa grave del médico era evidente al dar de alta al paciente con ideas suicidas por no tener un seguro médico privado y no advertir a él ni a su familia de las graves consecuencias que podía tener dejar de tomar la medicación que se le estaba suministrando; y en aquélla no lo era tanto, pues el que el médico avisara a la policía de que su paciente tenía ideas homicidas contra una persona, no fue suficiente para el Tribunal]; e, incluso, la italiana (caso *Tschager*, pág. 160). Paralelamente al menor rigor de la responsabilidad civil del médico psiquiatra, se deriva una mayor asunción *de responsabilidad de los centros sanitarios* como personas jurídicas (tanto públicas como privadas), que pueden responder: 1) *por hecho*

propio como guardadores de hecho, convencionales (convenio por el que asume la guarda) o legales (mandato judicial), como refleja la SAP de Guipúzcoa, de 3 de febrero de 2003, pues en el caso se declara la falta de control del paciente ingresado; 2) *como por hecho ajeno*, por la falta de diligencia de los empleados que conlleva que el paciente cause un daño *ex artículo 1.903* (en dicho caso se alude, también a la infracción de alguno de los facultativos del hospital, vulnerando la *lex artis*, que conllevaron que un paciente causara un daño). 3) Si bien, además de estos dos supuestos, *los centros médicos pueden responder subsidiaria y objetivamente, por hecho ajeno por el daño derivado del delito que causen sus propios empleados, ex artículo 120.4 CP* (los Tribunales asimilan la responsabilidad del empresario a la del centro hospitalario, habida cuenta de que en algunas ocasiones los hospitales se constituyen como organizaciones empresariales, de naturaleza privada). Tal y como fue el caso del que se hicieron eco los medios de comunicación de la *Fundación Jiménez Díaz*, que resuelve el caso en el que una médico de un hospital de dicha Fundación, en el transcurso de su jornada laboral, mata a tres personas (SAP de Madrid, de 5 de junio de 2006, comentada por la autora en pág. 165). Esta solución, a mi parecer, aunque es justa desde el punto de vista de la justicia material, no desde la técnica normativa, dado que, entre otras razones, dicho precepto parte de un sujeto que comete el daño responsable penal y en este caso era totalmente inimputable penal.

Como excepción a la responsabilidad civil por culpa de los guardadores del incapaz, señala la autora el supuesto de la responsabilidad civil de la Administración Pública que es objetiva, *ex artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (a pesar de la tendencia de nuestros Tribunales, tal y como resalta YÁÑEZ VIVERO, de buscar una actuación culposa en la Administración para fundamentar dicha responsabilidad). Esta responsabilidad se aplicaría a los supuestos en los que existiera una relación especial de sujeción como la que puede darse en el caso de una persona internada en un centro psiquiátrico público o un policía en activo que sufre un trastorno. Al margen de dichos supuestos, y como reflejo de que la autora se plantea desde una metodología práctica todo supuesto posible relacionado con el daño del incapaz, resalta una idea muy interesante al sostener que, aunque la Administración no tenga la guarda legal de los sujetos carentes de entender y querer afectados de graves trastornos psíquicos, forma parte de su deber garantizar su protección y una mínima calidad de actuación, y por tanto, sería responsable del daño que cause un sujeto que padeciendo un trastorno psíquico se halle desamparado y sin incapacitar, sobre todo tras la reforma del artículo 239 del Código Civil por Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad que regula la tutela por desamparo del mayor.

Termina el capítulo III desarrollando la *responsabilidad civil por hechos ilícitos del incapaz en el Código Penal, ex artículos 118.1.2 y 120.1.3 CP de 1995* (págs. 183-199), que es más frecuente que la derivada de mero ilícito civil. Analiza, en primer lugar, la del *propio incapaz inimputable penal, ex artículo 118 CP*, como una responsabilidad principal y directa (que contrasta con la responsabilidad subsidiaria de antaño), pero por culpa civil, según interpretación razonable de la autora del último inciso del artículo 118 CP sobre la base de que la capacidad para incurrir en culpa penal y civil son, respectivamente, diferentes, y además, porque la misma encajaría mejor que la objetiva en el molde de la responsabilidad susceptible de ser moderada con fundamento en

la equidad según el último inciso del artículo citado (aunque la jurisprudencia, tal y como recoge Fátima YAÑEZ no se preocupa de justificar el criterio). La autora aborda la responsabilidad civil de quien, según parte de la doctrina, sería el semimputable penal o imputable penal *ex* artículo 120.1 CP, planteándose lo discordante (y la escasa aplicación práctica) del precepto con el sistema penal en el que se ubica pues, ¿cómo referirse a un responsable penal, cuando dicho sujeto está incapacitado por enfermedad o alteración psíquica, y según el artículo 20 CP dicha/s circunstancia/s conlleva/n la inimputabilidad penal? Y en relación a la responsabilidad vicaria o por hecho ajeno de los guardadores del incapaz que comete un delito, es de agradecer que la autora cite y resuma las concordancias y discordancias existentes entre la normativa del Código Civil y la del Código Penal, para terminar considerando loable la exigencia de la culpa probada del tutor o guardador del incapaz y la eliminación del requisito de la convivencia *ex* artículo 118 CP. En consecuencia, propone *de lege ferenda* extender la aplicación de las normas del Código Penal (sobre responsabilidad civil de incapaces y de sus guardadores) a la responsabilidad civil por hechos dañosos que no sean constitutivos de delitos (al ser las normas penales más coherentes, como incide YAÑEZ VIVERO a lo largo de toda la obra, y de ahí la importancia de dicha idea rectora, con la evolución actual de las políticas legislativas en la promoción e integración de las personas incapaces). Incluso, acude a los criterios hermeneúticos de interpretación de las normas jurídicas, como el de la totalidad, para poder *de lege data* aplicar a los supuestos de responsabilidad civil por ilícito civil los principios de las normas penales (pág. 199). De igual modo, es interesante cómo la autora expone la injusticia de que, según el supuesto en concreto en el que nos encontremos, es conveniente para la víctima la reserva de la acción civil para un proceso posterior (sujeto criminalmente inimputable penal e insolvente), o no lo es (sujeto tanto imputable como inimputable penal pero solvente). Y en orden a evitar dicha injusticia, termina proponiendo, *de lege ferenda*, la independencia y autonomía de la acción civil dirigida contra el incapaz agente del daño, sea éste derivado o no de delito, evitando tener que acudir y esperar a que termine un proceso penal previo en el que, muy probablemente se declarará la absolución del incapaz, *ex* artículo 20 CP.

De tal modo que en el *penúltimo capítulo IV*, de modo muy útil la autora nos resume y articula todas las responsabilidades estudiadas a lo largo del trabajo a través de dos ideas (págs. 203-225): 1) Cuando se pueda apreciar *culpa* en la actuación dañosa del incapaz, éste debe ser principal y directamente responsable de sus actos, y la de sus guardadores subsidiaria y por culpa probada. Si bien, admite la moderación del *quantum respondeatur* o indemnizatorio en base a la aplicación del artículo 1.103 del Código Civil, o inciso final del artículo 118 CP (a la luz también del art. 10:401 PEL, que recoge criterios de reducción para todo demandado y no sólo para el que sufra discapacidad psíquica). 2) Cuando el incapaz *no es culpable civil*, su responsabilidad no es ni subsidiaria, es inexistente (y argumenta la inexistencia según el Derecho español de la indemnización del incapaz basada en una responsabilidad civil por equidad, pues lo prohíbe el art. 3 CC); y tendrán que responder sus guardadores (a excepción de los sujetos empresarios o de la Administración Pública) por hecho ajeno por presunta culpa *in vigilando*, criterio justo dado el elevado grado de discapacidad psíquica del sujeto (pero que permita la prueba en contra razonable y posible). No deja de apuntar como elementos de reflexión, siendo reflejo de que agota todo problema relacionado con el daño

causado por el incapaz en el amplio escenario del Derecho de daños, tanto a los inconvenientes que tendría imponer un seguro obligatorio de responsabilidad civil a los guardadores del incapaz, como a que los mecanismos colectivos de indemnización de daños cubrieran los mismos, pues pudiera afectar a la debida y necesaria función preventiva que la autora defiende para el instituto jurídico de la responsabilidad civil del incapaz, aunque no sea la función primordial (en coherencia con las nuevas tendencias en psiquiatría que aconsejan responsabilizar al sujeto que padece un trastorno psíquico para no hacerle sentir diferente y cada vez más enfermo).

En definitiva, de la lectura atenta de este libro me parece obligado poner de manifiesto que es coherente en su argumentación (con independencia de que se compartan todas sus conclusiones), y plantea y estudia las cuestiones sin incurrir, a mi parecer, en un exceso de dogmatismo. Así se refleja en sus reflexiones finales, *capítulo V*, págs. 227-231, de las que resalto las tres siguientes: 1) La necesidad del tratamiento diverso de la responsabilidad civil del menor y sus guardadores, a la del incapaz y sus guardadores, en atención al diferente control de los guardadores. 2) La precisa reactivación de la acción civil, al margen del proceso penal, pues *si lo trascendente para quien ha sufrido un daño es obtener la correspondiente indemnización, la vía genuina y auténtica para conseguirlo es la vía civil*». 3) Dada la inversión de la presunción absoluta de antaño de la peligrosidad del incapaz por la actual de capacidad, incapacidad ya no es sinónimo de irresponsabilidad, porque, a su vez, incapacidad y culpabilidad no son conceptos absolutamente incompatibles.

Esperemos que el tiempo no lejano le dé la razón en este campo de la responsabilidad civil, el cual está al servicio, en mi opinión, de la mejor integración y autodeterminación del incapaz en nuestra sociedad, que es el objetivo o preocupación que ha guiado a la autora, según el tenor de su estudio. De modo que el lector tiene delante una aportación relevante al debate en torno a la responsabilidad civil del incapaz.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 252 (Septiembre 2009)

«La regla de la no adquisición por silencio de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística», por Ángel CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. BREVE RECORRIDO HISTÓRICO NORMATIVO DEL ADAGIO EN VIRTUD DEL CUAL «EN NINGÚN CASO PODRÁN ENTENDERSE ADQUIRIDAS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO FACULTADES O DERECHOS QUE CONTRAVENGAN LA ORDENACIÓN TERRITORIAL O URBANÍSTICA».—3. REGULACIÓN AUTONÓMICA DE ESTA REGLA PRECAUTORIA EN LAS LICENCIAS.—4. EVOLUCIÓN DEL POSICIONAMIENTO ATINENTE A ESTE PARADIGMA.—5. LA ARDUA COMPILACIÓN DE PROPICIAR UNA ÚNICA E UNIFORME SOLUCIÓN EXEGÉTICA.—6. EL DESENLACE.

«*Post Scriptum* al trabajo sobre el silencio administrativo en las licencias urbanísticas: reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2009», por Guillermo AGUILLAUME, pág. 57.

SUMARIO: 1. TRES DATOS COMO PUNTO DE PARTIDA.—2. LA *RATIO DECIDENDI* DE LA STS DE 28-1-2009.—3. CRÍTICA DE LA SENTENCIA.

«Régimen de las transferencias y reservas de aprovechamiento urbanístico. En especial, el régimen de la Comunidad Valenciana», por Yásser-Harbi MUSTAFÁ TOMÁS, pág. 65.

SUMARIO: 1. TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO: 1.1. ORIGEN HISTÓRICO Y CONCEPTO. 1.2. EL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO: 1.2.1. *Concepto*. 1.2.2. *Distinción entre aprovechamiento urbanístico y edificabilidad*. 1.2.3. *Clases de aprovechamiento urbanístico*: 1.2.3.1. Aprovechamiento objetivo. 1.2.3.2. Aprovechamiento tipo. 1.2.3.3. Aprovechamiento subjetivo. 1.2.3.4. Excedente de aprovechamiento. 1.3. REQUISITOS LEGITIMANTES DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO: 1.3.1. *Requisitos sustantivos: características de las parcelas afectadas y del aprovechamiento transferido*: 1.3.1.1. Parcela que origina el aprovechamiento a trasvasar. 1.3.1.2. Parcela de destino del aprovechamiento urbanístico transferido. 1.3.1.3. Cesión de la parcela de origen y paridad de valor entre el aprovechamiento.

«El control de acceso a la Vivienda con Protección Pública (VPP) para venta o uso propio: el visado en la Comunidad de Madrid», por Gonzalo FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, pág. 99.

SUMARIO: I. REGULACIÓN DE LA VIVIENDA CON PROTECCIÓN PÚBLICA (VPP).—II. LOS CONTROLES DE ACCESO SOBRE LA VIVIENDA CON PROTECCIÓN PÚBLICA PARA VENTA O USO PROPIO.—III. CONCEPTO LEGAL DE VISADO.—IV. ELEMENTOS DEL VISADO: 1. ELEMENTO PERSONAL. 2. ELEMENTO MATERIAL. 3. ELEMENTO TEMPORAL: *Momento en que se debe suscribir el título de acceso. Momento en que se deben presentar los títulos de acceso para su visado. Plazo para que la Administración resuelva sobre el visado. Momento en que se deben cumplir los requisitos de acceso a las VPP. Momento a tener en cuenta para determinar el Decreto aplicable al visado.*—V. EL CONTROL DE ACCESO A TRAVÉS DEL VISADO: SU CONTENIDO: 1. LAS CLÁUSULAS OBLIGATORIAS: *Cláusula del artículo 15.A).a) del Decreto 11/2005. Cláusula del artículo 15.A).b) del Decreto 11/2005. Cláusula del artículo 15.A).c) del Decreto 11/2005. Cláusula del artículo 15.B).a) del Decreto 11/2005. Cláusula del artículo 15.B).b) del Decreto 11/2005. Cláusula del artículo 15.B).c) del Decreto 11/2005.*

«Las entidades locales en la lucha contra el ruido (estudio de las competencias locales en el nuevo marco de la legislación básica estatal de protección de la contaminación acústica: Ley 37/2003 y reglamentos que la desarrollan)», por Julia ORTEGA BERNARDO, pág. 155.

SUMARIO: I. MARCO JURÍDICO DE LA LUCHA CONTRA EL RUIDO: 1. JUSTIFICACIÓN DE UNA LEY ESTATAL SOBRE RUIDO. 2. PRINCIPALES INSTRUMENTOS QUE INCORPORA LA LEY DEL RUIDO.—II. COMPETENCIAS NORMATIVAS Y DE PLANIFICACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA LUCHA CONTRA EL RUIDO: 1. INTERVENCIÓN EN LA PLANIFICACIÓN SECTORIAL SOBRE RUIDO: ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE LOS MAPAS DE RUIDO. 2. LA PROTECCIÓN DEL RUIDO A TRAVÉS DE LAS ORDENANZAS LOCALES: A) *Fundamento de la competencia normativa de los municipios.* B) *La adaptación de las Ordenanzas a la Ley estatal del ruido:* a) La adaptación a los límites de emisión e inmisión regulados en la legislación estatal y autonómica; b) Objeto material de las Ordenanzas; c) La regulación de infracciones y sanciones en materia de ruido como garantía del cumplimiento de las Ordenanzas. 3. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: APROBACIÓN DE NUEVOS PLANES Y ADAPTACIÓN DE LOS EXISTENTES.—III. LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS DE LAS ENTIDADES LOCALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL FRENTE A LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA: 1. UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE CONTROL: A) *Informe de evaluación de la repercusión acústica que se incluye en la autorización ambiental integrada.* B) *Licencia de actividad.* C) *Licencia de obras.* D) *Imposición de sistemas de autocontrol.* 2. EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE INSPECCIÓN Y VIGILANCIA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 273 (Julio-Septiembre 2009)

«Asistencia financiera: análisis y crítica del Derecho vigente. Ley 3/2009 (II)», por Ángel LÓPEZ MATEO, pág. 835.

SUMARIO: 1. NOTAS PRELIMINARES A LA SEGUNDA PARTE DEL ESTUDIO.—2. FUSIONES REALIZADAS EN UN INTERVALO SUPERIOR A LOS TRES AÑOS DESDE LA DEUDA: 2.1. Dos preguntas sobre el significado y las consecuencias del límite del tercer aniversario. 2.2. Cálculo del plazo: inicio y fin del mismo.—3. FUSIONES REALIZADAS EN INTERVALO IGUAL O INFERIOR A LOS TRES AÑOS DESDE LA DEUDA: 3.1. Las deudas contraídas (cuantía, ontología y estado). 3.2. El objeto adquirido: a) *¿Por qué el control y no una participación cualquiera?*; b) *¿Por qué se aplica el mismo régimen a la adquisición de otros activos?*; c) *¿Cuáles son esos activos que podrían exigir el procedimiento del artículo 35 LMESM?* 3.3. OTROS ELEMENTOS DELIMITADORES, SEGÚN SU IMPORTANCIA Y SINGULARIDAD: a) *El nexo fijado por el término «para»*; b) *El ámbito subjetivo de aplicación del artículo. Análisis de tres posibles interpretaciones.* 3.4. LAS REGLAS Y REQUISITOS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO QUE FIJA EL ARTÍCULO 35 LMESM: a) *El cumplimiento de las reglas que exigen una actuación de los administradores sociales*; b) *El cumplimiento de las reglas que exigen la actuación de un experto independiente*; c) *El incumplimiento de dichas reglas, y el fantasma de la prohibición de AFI.*—4. EL CARÁCTER ESPECIAL E IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 35 LMESM.—5. CONCLUSIONES Y CIERRE.

«Los acuerdos de no competencia en los supuestos de transmisión de empresa», por Sonia RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, pág. 893.

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN.—II. LOS PACTOS DE NO COMPETENCIA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE PRÁCTICAS PROHIBIDAS: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. LA TIPIFICACIÓN ABIERTA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EL FIN DE LA ORDENACIÓN: 2.1. *Referencia a los supuestos normativos.* 2.2. *El recurso a la utilización de cláusulas generales.* 3. LA RULE OF REASON Y LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES ACCESORIAS. 4. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO COMUNITARIO DE LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES ACCESORIAS. 5. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES. 6. CRÍTICA A LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES.—III. LOS PACTOS DE NO COMPETENCIA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS: 1. LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA EN LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN. 2. LA CALIFICACIÓN COMO ACCESORIAS DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA EN LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN. 3. DURACIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA EN LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.—IV. CONSIDERACIÓN FINAL.

«Régimen jurídico del contrato de máster franquicia», por Jaume MARTÍ MIRAVALLS, pág. 943.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNCIÓN ECONÓMICA.—III. ESTRUCTURA CONTRACTUAL DE LA OPERACIÓN.—IV. ELEMENTOS ESENCIA-

LES.—V. CARACTERIZACIÓN Y NATURALEZA.—VI. DIFERENCIAS RESPECTO A CONTRATOS AFINES.—VII. TRATOS PRELIMINARES: 1. LA RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES Y LA RESPONSABILIDAD POR CULPA *IN CONTRAHENDO*. 2. EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.—VIII. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADOR: 1. SIGNOS DISTINTIVOS. 2. *KNOW-HOW*. 3. FORMACIÓN Y ASISTENCIA. 4. COMPORTAMIENTO LEAL Y DE BUENA FE. 5. CONTROL DE LA RED.—IX. OBLIGACIONES DEL MÁSTER: 1. OBLIGACIÓN DE PAGO. 2. OBLIGACIONES DERIVADAS DE SU CONDICIÓN DE MASTER. 3. OBLIGACIONES DERIVADAS DE SU CONDICIÓN DE FRANQUICIADOR. 4. OTRAS OBLIGACIONES.—X. EXTINCIÓN DEL CONTRATO: 1. DESISTIMIENTO UNILATERAL AD NUTUM Y PREAVISO. 2. INDEMNIZACIÓN POR INVERSIONES O GASTOS DE CONFIANZA. 3. RECOMPRA DE STOCK SOBRANTE. 4. COMPENSACIÓN POR CLIENTELA. 5. OTROS EFECTOS DERIVADOS DE LA EXTINCIÓN.

«El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso», por Manuel DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 1013.

SUMARIO: I. EL ADMINISTRADOR DE HECHO: 1. REGULACIÓN LEGAL. 2. DELIMITACIÓN DE LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO. 3. NOTAS ESENCIALES. 4. FUNDAMENTO DE SU RESPONSABILIDAD.—II. SUPUESTOS DE ADMINISTRACIÓN DE HECHO: 1. EJERCICIO DE FUNCIONES DE ADMINISTRACIÓN SIN NOMBRAMIENTO. 2. EJERCICIO DE FUNCIONES DE ADMINISTRACIÓN EN PRESENCIA DE UN NOMBRAMIENTO IRREGULAR O CADUCADO.—III. LA CONDUCTA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO EN LA CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO: 1. LA CLASIFICACIÓN DUAL DEL CONCURSO. 2. LA NOCIÓN GENERAL DE CONCURSO CULPABLE. 3. EL ADMINISTRADOR DE HECHO COMO EVENTUAL SUJETO RESPONSABLE.—IV. EFECTOS DERIVADOS DE LA CONSIDERACIÓN DEL ADMINISTRADOR DE HECHO COMO PERSONA AFECTADA POR LA CALIFICACIÓN CULPABLE: 1. LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN. 2. EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO: 2.1. *Efectos personales*: 2.1.1. La inhabilitación. 2.1.2. Sustitución de los administradores. 2.2. *Efectos patrimoniales*: 2.2.1. La pérdida de derechos como acreedores concursales o contra la masa. 2.2.2. La devolución de bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa. 2.2.3. Indemnización de daños y perjuicios.—V. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL O RESPONSABILIDAD POR DÉFICIT DEL ADMINISTRADOR DE HECHO: 1. PRESUPUESTOS. 2. CARACTERÍSTICAS. 3. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL COMO RESPONSABILIDAD SANCIÓN.

«Contrato de viaje combinado: resolución y responsabilidades», por José Manuel MARTÍN OSANTE, pág. 1041.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NORMATIVA REGULADORA DEL VIAJE COMBINADO.—III. RESOLUCIÓN, CANCELACIÓN Y NO CONFIRMACIÓN DE LA RESERVA.—IV. DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR.—V. INCUMPLIMIENTO.—VI. RESPONSABILIDAD: 1. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. 2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE ORGANIZADORES Y DETALLISTAS. 3. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. 4. CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD. 5. DAÑOS INDEMNIZABLES. 6. PROHIBICIÓN DE CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN O LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD. 7. LIMITACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN POR CONVENIO INTERNACIONAL.—VII. GARANTÍAS.—VIII. PRESCRIPCIÓN.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 46 (Julio 2009)

«La sanidad pública y sus distintas formas de gestión. ¿Persiste el riesgo de un intento de privatización?», por José ESCOBAR JIMÉNEZ, pág. 9 (sin sumario).

«El régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de Costas de 1988 y su aplicación práctica en el litoral español», por Augusto GONZÁLEZ ALONSO, pág. 65.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y POSICIONAMIENTO ANTE EL RETO MEDIOAMBIENTAL.—2. LA LEY DE COSTAS DE 28 DE JULIO DE 1988: UNA LEY AVANZADA PARA SU TIEMPO.—3. DETERMINACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE: 3.1. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DESLINDES DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE.—4. PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE: 4.1. DERECHO DE PROPIEDAD *VERSUS* DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE. 5. UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE.—6. POTESTAD DE POLICÍA SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE.—7. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS TERRENOS DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE SOBRE LOS QUE EXISTÍAN DERECHOS REALES ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE COSTAS DE 1988.

«Administración y sus teorías. Una perspectiva necesaria para un sistema burocrático», por Juan B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 103.

SUMARIO: I. TEORÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN.—II. PERIODOS DE PENSAMIENTO EN LA TGA.—III. ESCUELAS DE LA TGA: CLASIFICACIÓN DE RODRÍGUEZ Y GUILLEN. CLASIFICACIÓN DE CLAVER, GASCÓ Y LLOPIS. CLASIFICACIÓN DE CHIAVENATO.—IV. PENSAMIENTO SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y SUS ORIENTACIONES: 1. ORIENTACIÓN CLÁSICA. 2. ORIENTACIÓN NEOCLÁSICA DE LA ADMINISTRACIÓN. 3. ORIENTACIÓN ESTRUCTURALISTA DE LA ADMINISTRACIÓN. 4. ORIENTACIÓN SISTÉMICA DE LA ADMINISTRACIÓN. 5. ORIENTACIÓN SITUACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN. 6. ORIENTACIONES ACTUALES.—V. SITUACIÓN ACTUAL.

«Algunas consideraciones sobre el cómputo del plazo de prescripción para actuar por infracción urbanística», por Isaac MARTÍN DELGADO, pág. 123 (sin sumario).

«Algunos aspectos registrales y civiles de las licencias urbanísticas. Especial referencia a la legislación castellano-manchega», por Ángel RUIZ CHECA, pág. 139.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. COORDINACIÓN URBANISMO Y REGISTRO: ANTECEDENTES.—III. EL REAL DECRETO 1093/1997: 1. ORIENTACIÓN GENERAL. 2. NATURALEZA DE LA NORMA.—IV. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA: 1. REFERENCIAS NORMATIVAS: 1.1. *Evolución histórica*. 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA. 3. LA INSCRIPCIÓN DE NUEVAS EDIFICACIONES. 4. LA NECESIDAD DE LICENCIA: 4.1. *Concepto de licencia*. 4.2. *Conte-*

nido. 4.3. *Excepciones a la necesidad de licencia*. 4.4. *Anulación de licencia*. 5. LA LICENCIA Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. 6. INSCRIPCIÓN DE OBRA NUEVA SIN LICENCIA: 6.1. *Evolución*: 6.1.1. Régimen anterior a la Ley 8/1990. 6.1.2. Ley 8/1990 y TRLS 92. 6.1.3. Ley 6/1998. 6.1.4. Ley 8/2007 y Real Decreto-ley 2/2008. 6.2. *Requisitos del artículo 52 del Real Decreto 1093*. 7. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA Y LOE: 7.1. *Ámbito material de aplicación*. 7.2. *El artículo 20 LOE y el Registro*. 7.3. *Licencia urbanística y seguro*. 7.4. *Autopromoción individual y garantías LOE*: 7.4.1. Requisitos subjetivos. 7.4.2. Requisitos objetivos. 7.4.3. Transmisión intervivos de la vivienda de autopromoción. 8. PROPIEDAD HORIZONTAL Y DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA: 8.1. *Interpretaciones del apartado a) del artículo 53*. 8.2. *Necesidad de licencia*. 8.3. *Cambio de uso*. 8.4. *El fenómeno de los «Lofts»*.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 3 (2009)

«Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table», por Michael Joachim BONELL y Roberta PELEGGI, pág. 437.

«Foreign Law and Uniformity in English Arbitration», por Fiona TRUST V. PRIVALOV y John TOWNSEND, pág. 555.

«La préparation par Unidroit d'une Loi type sur la location et la location-financement: de nouveaux horizons pour le droit uniforme», por Martin STANFORD, pág. 578.

«Les rapports des parties dans la Loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement», por EL-MOKHTAR BEY, pág. 601.

«The Conceptual Approach followed by the UNIDROIT Model Law on Leasing», por Ronald DEKOVEN, pág. 625.

«The Scope of the UNIDROIT Model Law on Leasing», por Brian HAUCK, pág. 631.

«The UNIDROIT Model Law on Leasing: an Effective New Legal Framework to Support Leasing Markets in the Developing Countries», por Murat SULTANOV, pág. 637.

REVISTA JURÍDICA JALISCIENSE

Número 1 (Enero-Junio 2008)

«La migración y la violencia contra la mujer: Un estudio comparativo entre la legislación de Sonora y Arizona», por Martha FRÍAS ARMENTA, Graciela JASA SILVEIRA y Laura RAMOS MATUS, pág. 11.

- «El Convenio 169 en la legislación mexicana: Impacto y perspectivas», por José Manuel LASTRA LASTRA, pág. 51.
- «La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de Federación», por Jorge CHAIRES ZARAGOZA, pág. 71.
- «La política laboral de México a la luz de los convenios fundamentales y prioritarios de la OIT», por Jorge CHARIS GÓMEZ, pág. 103.
- «La condición jurídica de la mujer en México», por María Delgadina VALENZUELA REYES, pág. 153.
- «La supremacía constitucional de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos», por Dante Jaime HARO REYES, pág. 191.
- «Las Cortes Generales y la publicidad parlamentaria en la función de control extraordinario. Un estudio referido al caso español», por Sergio Amoldo MORÁN NAVARRO, pág. 227.
- «Algunas reflexiones respecto a la federalización de los delitos cometidos contra los periodistas en México», por Arturo VILLARREAL PALOS, pág. 239.

Número 2 (Julio-Diciembre 2008)

- «La recepción del Derecho español en México después de consumada su independencia», por José BARRAGÁN BARRAGÁN, pág. 11.
- «Régimen jurídico de responsabilidades del servidor público en México. Aspectos administrativos y políticos», por Ricardo VILLANUEVA LOMELI, pág. 63.
- «Los mecanismos de sanción en el diseño institucional de los órganos de fiscalización mexicanos», por Nancy GARCÍA VÁZQUEZ, pág. 95.
- «Avances jurisprudenciales en derechos colectivos indígenas, caso Awas Tingni», por Adolfo ESPINOZA DE LOS MONTEROS RODRÍGUEZ, pág. 121.
- «La norma estatal NAE-SEMADES-007/2008 y los lineamientos posibles para la definición de un modelo municipal de gestión de residuos sólidos», por Jorge Alfredo JIMÉNEZ TORRES y Rocío CALDERÓN GARCÍA, pág. 159.
- «La protección jurídica de la tortuga marina en Jalisco», por Carlos Félix BARRERA SÁNCHEZ y Alicia LOEZA CORICHI, pág. 177.
- «Indígenas migrantes en el empleo doméstico. Mujeres nahuas en Guadalupe», por Erika Julieta VÁZQUEZ FLORES y Horacio HERNÁNDEZ CASILLAS, pág. 229.

**ANUARIO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE PANAMÁ**
Número 34-35 (2005-2006)

- «El impuesto de inmuebles y el financiamiento a los municipios», por Natividad QUIRÓS, pág. 31.
- «El concepto “Propiedad territorial-función social” en la doctrina y el ordenamiento jurídico panameño», por Virgilio LUQUE, pág. 47.
- «El ruido como factor contaminante del ambiente y los mecanismos legales para su control en Panamá», por Vanessa CAMPOS ALVARADO, pág. 73.
- «La falta de validez del contrato para maternidad subrogada o sustituta, de acuerdo a las normas vigentes en Panamá sobre contratos civiles, filiación y derecho de menores», por Vanessa L. CARRILLO B., pág. 105.
- «El preámbulo de la Constitución: su significado político y su valor jurídico», por Rigoberto GONZÁLEZ M., pág. 145.
- «El origen de la familia y las relaciones de parentesco», por Belquis C. SÁEZ N., pág. 159.
- «Definición y ámbito del Derecho Procesal Civil-Internacional», por Gilberto BOUTÍN I., pág. 181.
- «La Organización Internacional del Trabajo», por Óscar VARGAS VELARDE, pág. 189.
- «Eficacia de las Normas Internacionales del Trabajo en Panamá», por Cecilio CEDALISE RIQUELME, pág. 237.
- «El periodo probatorio como forma de terminación de la relación laboral», por Eyra Elizabeth JIMÉNEZ GONZÁLEZ, pág. 291.
- «Concepto, finalidad y desarrollo de las averías», por Juan Carlos MOLTÓ, pág. 321.
- «Reflexiones en torno a la protección de las marcas famosas y marcas notorias», por Luis A. CAMARGO, pág. 355.
- «Los delitos contra los medios de transporte y de comunicación: Especial consideración a los delitos aeronáuticos», por Virginia ARANGO DURLING, pág. 381.
- «La Constitución Republicana en el Derecho Público Romano», por Graciano Eduardo PEREIRA S., pág. 399.
- «Las herramientas mentales del investigador crítico», por Abdiel A. ÁBREGO, pág. 415.

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.*