

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXV • Septiembre-Octubre 2009 • Núm. 715

REVISTA BIMESTRAL

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
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.

Leganitos, 24

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 Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
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

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

Consejeros

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Juan Luis Iglesias Prada
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad
y Mercantil

Don Juan José Pretel Serrano
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

«Redefinición de la responsabilidad por vicios ocultos en el Código Civil con anterioridad al Real Decreto-ley 1/2007, de 16 de noviembre», por RAFAEL BERNAD MAINAR	2305
«Responsabilidad civil de padres o tutores y de centros docentes: algunos supuestos fronterizos y polémicos», por ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ	2355
«Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	2441

DICTÁMENES Y NOTAS

«Los supuestos especiales de tramitación y adjudicación de fincas en la reparcelación y la problemática relativa a las fincas y aprovechamientos de origen», por CAROLINA DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ	2465
«La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)», por CARMEN JEREZ DELGADO	2531

DERECHO COMPARADO

«La acefalía de las asociaciones», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA	2563
«La financiación inmobiliaria en Brasil», por MELHIM NAMEM CHALHUB	2581
«Estatuto jurídico del menor en el Derecho Civil italiano», por JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ	2595

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 2627

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- Inexistencia de intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la intimidad de un conocido torero por la información defundida sobre su vida sentimental y la muerte de su madre, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2635

1.2. Derecho de familia:

- Legitimación de la madre para reclamar, en el marco del proceso de divorcio, alimentos en favor de la hija mayor de edad declarada incapaz y cuyo tutor es su hermano, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2640

1.3. Derechos reales:

- Dos cuestiones sobre la anotación preventiva de embargo: su naturaleza declarativa y su relación con el principio de prioridad registral, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 2642

1.4. Sucesiones:

- Interpretación del testamento: intención y voluntad del testador, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 2651

1.5. Obligaciones y contratos:

- Atribución patrimonial a título de liberalidad, por ISABEL MORATILLA GALÁN 2654
- La terminación de la relación arrendaticia rústica y sus efectos a la luz de la ley de arrendamientos rústicos, por ROSANA PÉREZ GURREA 2657
- Venta de un bien inmueble por un precio justo realizada por el deudor enajenante para pagar a unos acreedores con preferencia a otros y acción revocatoria o pauliana, por JUAN IGNACIO PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA 2665

1.6. Responsabilidad civil:

- La responsabilidad de los tutores por los daños cometidos por sus tutelados, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ 2671

2. MERCANTIL

- Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 2678

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

- Publicidad registral del urbanismo: publicidad del planeamiento o de sus determinaciones, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ 2691

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa 2701

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «El papel del Derecho agrario. La modernización de la agricultura», de A. BALLARÍN MARCIAL, por CARLOS VATTIER FUENZALIDA 2715
- «Derecho de Sucesiones. Común y Foral», de JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ, por ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO 2716
- «La usucapión inmobiliaria», de CAMINO SANCÍÑENA ASURMENDI, por BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO 2719

- REVISTA DE REVISTAS** 2725

ESTUDIOS

Redefinición de la responsabilidad por vicios ocultos en el Código Civil con anterioridad al Real Decreto-ley 1/2007, de 16 de noviembre

por

RAFAEL BERNAD MAINAR
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

- I. CRISIS DE LA FIGURA DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS REGULADA EN EL CÓDIGO CIVIL.
 - II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA.
 - III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR:
 - 1. LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE 19 DE JULIO DE 1984 Y SU REFORMA DE 29 DE DICIEMBRE DE 2006.
 - 2. LA DIRECTIVA 1999/44/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 25 DE MAYO DE 1999, SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA VENTA Y LAS GARANTÍAS DE LOS BIENES DE CONSUMO.
 - 3. LA LEY 23/2003, DE 10 DE JULIO, DE GARANTÍAS EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO.
 - IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.
 - V. BIBLIOGRAFÍA.
-
- I. CRISIS DE LA FIGURA DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS REGULADA EN EL CÓDIGO CIVIL

A pesar de que los Códigos Civiles han regulado con esmero y profusión el saneamiento por vicios ocultos en sede de compraventa y lo trasladan a

otra suerte de contratos bilaterales, la experiencia ha puesto de manifiesto sus puntos débiles al no resolver algunos de los problemas que pretendía subsanar, lo que sin duda alguna ha de justificar la necesidad de propugnar cambios significativos en la regulación a fin de obtener mayor eficacia jurídica y protección de la parte más débil en la contratación, que suele ser el comprador, más aún si cabe en el caso de la denominada contratación en masa, donde las condiciones del contrato suelen ser redactadas unilateralmente por el oferente y los destinatarios de la propuesta no pueden sino responder con la mera aceptación de aquéllas (1).

Así es, a la hora de proteger la posición jurídica del comprador en la venta de la cosa con vicios nos encontramos con algunas que otras dificultades (2): la brevedad de los plazos para el ejercicio de las acciones edilicias (3); los habituales problemas probatorios; la inadecuación de las garantías legales con las verdaderas pretensiones del comprador, que no busca ni la rebaja del precio ni la resolución del contrato, sino más bien que la cosa comprada esté libre de defectos, sea conforme (4); la necesidad de acudir a los tribunales civiles para hacer valer sus derechos; el posible desplazamiento del sistema de protección jurídica frente a la presencia omnímoda del principio de la autonomía de la voluntad, dado el carácter dispositivo del elemento natural de la garantía legal del saneamiento por vicios ocultos (5); la insuficiencia del sistema legal para responder a las exigencias de la práctica, pues muchos de los esquemas contractuales previstos en el Código no responden a las necesidades de aquélla; la dificultad en la coordinación de las reglas especiales de protección al comprador para el caso de vicios ocultos con las reglas generales del Derecho de Obligaciones —dolo, error, incumplimiento—; la posible compatibilidad de las acciones edilicias con otros remedios judiciales, como la sustitución de las cosas viciadas por cosas sanas, o bien la exigencia al vendedor de la reparación

(1) Al respecto, *Tratado de Derecho Civil. Teoría y práctica*. Tomo IV. Derecho de Obligaciones. Los contratos en particular. SANTOS BRIZ, J. (Dir.); SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), Bosch, Barcelona, 2003, págs. 49-51.

(2) MORALES MORENO, A. M., «El alcance protector de las acciones edilicias», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 33, Madrid, págs. 587-590.

(3) BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*. Tomo I, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 733.

(4) Ya la doctrina italiana criticó el hecho de que el Código de 1942 mantuviera una aparente distinción entre vicio y cualidad diversa a la pactada, cuando en realidad no estableció una diferencia sustancial entre ambas categorías ya que, siguiendo el parecer de la jurisprudencia, ha comprendido dentro del requisito de la calidad no sólo lo que la ley considera como calidad prometida, sino también los requisitos objetivamente esenciales para el uso a que la cosa estaba destinada normalmente (RUBINO, MARTORANO). Al respecto, BADENES GASSET, R., *op. cit.*, págs. 700-701.

(5) Sobre el contrato y la libertad contractual, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 23-28.

de la cosa, o que el comprador realice la reparación por cuenta del vendedor; la extensión de la noción de vicio oculto hasta abarcar el más amplio de ausencia de las cualidades pactadas (6); o, por fin, la diferencia de tratamiento jurídico en las ventas de cosas genéricas o específicas.

Por otro lado, la heterogeneidad de productos que imperan en el mercado en la sociedad actual exige una adecuación de la protección otorgada al comprador en función de la utilidad concreta que las partes han pretendido alcanzar por medio del contrato. Así pues, la noción de vicio redhibitorio ha de redefinirse, pues habrá de asimilarse a los casos en que la cosa resulta inútil o defectuosa, o de menor utilidad en relación con las del mismo género al tiempo de su adquisición.

A tal efecto, vamos a abordar una serie de problemas que suscita y acarrea la figura del saneamiento por vicios ocultos en nuestros días a los fines de resaltar algunas de sus debilidades y flaquezas.

1. En primer lugar, debemos hacer hincapié en la propia esencia de la responsabilidad del vendedor en caso de vicios ocultos de la cosa vendida a tenor de la legislación decimonónica de la mayoría de los Códigos Civiles. Así es, estamos en presencia de un elemento natural de la compraventa, presumido por la ley pero que, como tal, puede ser aumentado, rebajado e, incluso, derogado por la voluntad de las partes, toda vez que para el momento de la codificación, y merced a una presencia exacerbada del principio de la libertad contractual, no constituía una materia de orden público. En consecuencia, entramos y nos hallamos en el terreno de la regulación convencional de la responsabilidad civil contractual.

Las normas contenidas en nuestro Código Civil en materia de responsabilidad civil contractual no son de orden público, por lo cual los contratantes pueden regular su contenido (7) y, en consecuencia, pueden, entre otras posibilidades, reducir el monto de los daños y perjuicios, exonerar al vendedor del cumplimiento de algunas cláusulas accesorias, incrementar su responsabilidad, fijar el *quantum* de los daños y perjuicios, establecer una cláusula penal para el caso de incumplimiento, señalar plazos de caducidad, o bien recortar los plazos de prescripción. Estas cláusulas suelen tener acogida en los contratos redactados unilateralmente por uno de los contratantes y constituyen lo que se conoce en sede contractual como condiciones generales de contrata-

(6) La diversidad de productos que existe en el modelo económico actual exige que la protección del comprador sufra una adaptación en función de la utilidad concreta de la cosa establecida por las partes. Es así como la noción de vicio redhibitorio ha de experimentar ciertas transformaciones e incluir los casos de menor valor de la cosa vendida al presupuesto en el contrato, o carencia de las cualidades singulares previstas en el mismo, pues la hacen menos útil y valiosa para el comprador. MORALES MORENO, A. M., *El alcance protector de las acciones edilicias...*, págs. 648-649.

(7) Al respecto, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *op. cit.*, págs. 23 y sigs.

ción (8), aunque también encuentran espacio en el ámbito de los contratos bilaterales. En todo caso, tales cláusulas deberán haber sido aceptadas por la parte que no las impuso ni las redactó pues, de no ser así, carecerían de efecto alguno al no contar con el consentimiento necesario de ambos contratantes para la formación y perfección del contrato.

2. Nos debemos plantear un problema capital en torno a la naturaleza jurídica de los vicios ocultos, pues dependiendo de cuál sea la solución que adoptemos, las consecuencias jurídicas serán unas u otras, fundamentalmente, por lo que se refiere al ejercicio de las acciones pertinentes y los plazos en que puedan invocarse:

a) Así es, la regulación de los Códigos contempla el saneamiento por vicios ocultos como una *obligación específica* que pesa sobre el vendedor cuyo contenido radica en suministrar al comprador una posesión útil de la cosa vendida, de modo que si el bien comprado no sirve para el uso al que estaba destinado, o el comprador, de haberlo conocido, no lo habría comprado o hubiera dado menor precio, podría elegir entre llevar a cabo la resolución del contrato —acción redhibitoria—, o bien la rebaja proporcional del precio manteniendo la venta —acción estimatoria (9)—. En ambos casos, cualquiera que fuera la opción, el plazo de ejercicio de las acciones es de caducidad por un tiempo breve, seis meses, a menos que se trate de venta de animales o ganado, donde el plazo, si las leyes o los usos locales no dicen otra cosa, se reduce a cuarenta días —arts. 1.490 y 1.496—.

b) También podemos entender que en la venta de la cosa con vicios se está produciendo una desvirtuación del consentimiento, esto es, estamos ante una *venta que adolece de un vicio del consentimiento*, ya por error o por dolo. Con carácter general, se reputan como vicios del consentimiento los que afectan al querer interno del contratante en su proceso psicológico de formación de la voluntad en la toma de decisiones; entre ellos, se incluye el error, el dolo, la violencia y la intimidación, de manera que la concurrencia en un contrato de vicios en el consentimiento ocasiona la anulabilidad o nulidad relativa y no la absoluta, sanción que se fundamenta en la estabilidad de las relaciones jurídicas derivadas del contrato, los intereses que de él nacen, así como las dificultades probatorias de tales vicios. Y es que permitir indiscriminadamente la nulidad de los contratos ante cualquier vicio que pudiera

(8) Si tales cláusulas han sido examinadas y aprobadas por la autoridad administrativa competente, solamente serán declaradas nulas por la autoridad judicial si contravienen la ley o el orden público. La Reforma del Código Civil alemán, en materia de obligaciones, contempla con detalle este tipo de cláusulas —parágrafos 305-310—.

(9) Régimen jurídico de los artículos 1.484-1.499 de nuestro Código Civil. A pesar de la relación entre los vicios redhibitorios con la caída de la base del negocio en el ámbito del Derecho alemán, no es procedente en nuestro Derecho por poder acudir a la figura del error vicio. En este sentido, DE CASTRO, F., *Negocio jurídico*, 1971, pág. 325.

haber influido en la voluntad, además de instaurar una inseguridad jurídica alarmante, podría conducir a soluciones injustas contrarias a la buena fe; razones por las que el legislador ha debido regular meticulosamente las condiciones de anulación de los contratos ante la presencia de vicios en el consentimiento.

El saneamiento trata de responder a la insatisfacción del interés del comprador ante la concurrencia de vicios, insatisfacción no imputable al vendedor que, sin embargo, pretende ser corregida mediante la atribución del riesgo al vendedor como consecuencia de la falta de utilidad en el objeto (10).

Podríamos entender la venta de la cosa con vicios ocultos como una expresión del *error* propio. Así es, el error propio o vicio recae sobre la formación o gestación de la voluntad en el contrato de manera que representa una perturbación del consentimiento y versaría sobre una circunstancia, ya jurídica, ya de hecho, que las partes estimaron como esenciales a la hora de contratar. Se reseñan como supuestos de error propio el error de derecho y el error de hecho, y su consecuencia jurídica sería la anulabilidad del contrato, es decir, el contrato seguiría siendo válido y surtiendo efectos hasta tanto en cuanto no se declarara judicialmente su nulidad a instancia de la parte que hubiera incurrido en el error. En nuestro caso, la venta con vicios ocultos constituiría un error de hecho.

El error de hecho, por razón de los diversos elementos del contrato a que puede afectar, así como sus posibles efectos jurídicos, cuenta con algunas variedades principales que nos interesa destacar y analizar en el caso que nos ocupa: el error sobre la sustancia o cualidad de la cosa que, de existir, genera la venta de una cosa por otra para el comprador pues, de haberlo sabido, o no la habría comprado, o hubiera dado menor precio (*aliud pro alio*).

En cuanto al error sobre la sustancia o cualidades de la cosa, que producirá la nulidad del contrato, «...deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo...», a tenor del artículo 1.266 de nuestro Código Civil. Dentro de tales condiciones cabría incluir de modo muy destacable las que afectan a su utilidad, los defectos que contiene, lo que nos llevaría a afirmar que, a pesar de que no podemos confundir el defecto oculto y el error vicio, dado su distinto origen y regulación separada, el funcionamiento de ambas figuras es tan coincidente que dificulta distinguirlas en la práctica (11). Y es que a pesar de los intentos doctrinales por efectuar el distinguo, no podemos olvidar la semejanza que media entre la existencia de un vicio oculto o redhibitorio y el error en el contrato (12).

(10) MORALES MORENO, A. M., *Comentario del Código Civil...*, pág. 955.

(11) DE CASTRO, F., *Negocio jurídico*, 1967, págs. 118-119.

(12) DE BUEN, *Enciclopedia jurídica española*, Tomo XXX, pág. 798.

Qué haya de entenderse por sustancia de la cosa a los fines de la interpretación del precepto nos plantea dos visiones diferentes: si se refiere a la materia de la cosa y las cualidades de la misma, entendidas según las concibe la opinión pública en general y no la intención particular de las partes del contrato —visión objetiva defendida por AUBRY, RAU y DEMOLOMBE—; o bien, en un sentido más amplio, si habría que referirse a las cualidades o circunstancias que las partes contratantes estimaron como esenciales, según sus propias motivaciones, variables en cada individuo, lo que convertiría al error en esencial —visión subjetiva sustentada por PLANIOL, COLIN y CAPITANT, JOSSE-RAND, BAUDRY-LACANTINERIE.

No obstante, del artículo 1.266 ya mencionado podemos extraer las siguientes conclusiones sobre la base de una perspectiva más próxima a la visión subjetiva apuntada (13): ha de prevalecer la situación concreta en la que se encontraban las partes al tiempo de celebrar el contrato; se ha de tomar en cuenta las cualidades de la cosa o circunstancias que las partes consideraran como esenciales, según la voluntad común de los contratantes, ya sea expresa o tácita; y además, deberá contarse con la buena fe de las partes, que impone la obligación a ambas de informarse sobre las cualidades de la cosa que ellos estiman esenciales a los efectos de celebrar el contrato.

El error, considerado como vicio u obstáculo es una causa de nulidad del contrato, tal como resulta del tenor literal, respectivamente, de los artículos 1.265 y 1.300 de nuestro Código Civil. El plazo de ejercicio de la acción es de cuatro años desde la consumación del contrato —art. 1.301—. Al tratarse de una modalidad de nulidad relativa, el contrato, además de ser subsanable u objeto de convalidación —arts. 1.309-1.313—, seguirá produciendo efectos hasta que no se declare judicialmente la nulidad.

No obstante, como ya hemos señalado, las acciones de saneamiento no están concebidas en nuestro Código Civil como un remedio frente a un vicio del consentimiento, sino más bien como una solución al problema de insatisfacción del interés del comprador. De ahí la hipotética preferencia por la aplicación de la ley especial, que no sólo derivaría de un principio general del derecho (*lex specialis derogat generalis*), sino también y de manera preponderante porque la consideración de la venta con vicios como un supuesto de error constituye una clara preferencia por la protección del vendedor, cuando el verdadero espíritu originario de las acciones edilicias trataron, por el contrario, de proteger al comprador.

Aun así, en el fondo planea la sombra del error, lo que plantea la compatibilidad o incompatibilidad entre las acciones edilicias y las reglas gene-

(13) Lo característico de dicho precepto es equiparar cualquier cualidad o circunstancia que el acuerdo expreso o tácito de las partes haya elevado a fin común del contrato, lo cual significa que esta visión del error se basa en la noción de causa del contrato, el fin económico-social perseguido por las partes al contratar.

rales sobre el error, con lo que entramos en una más que interesante polémica doctrinal (14) que ha contado con la participación también de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se llega a pronunciar por la compatibilidad entre las acciones edilicias y la de nulidad por error (15).

Incluso, podríamos entender que, si hay mala fe del vendedor, nos hallamos ante un supuesto de *venta dolosa*, como una manifestación propia de un vicio del consentimiento que impide formarlo libre y conscientemente. Así es, entendemos por dolo toda acción u omisión que, con voluntad y conciencia de producir un resultado antijurídico, impide la prestación de un consentimiento libre, consciente y voluntario al inducir a una persona a prestar su consentimiento en un contrato.

El dolo, pues, presupone un elemento intelectual, la conciencia, y otro volitivo, la voluntad de engañar para celebrar un contrato, sin ser precisa la intención de perjudicar (16). Es decir, preside la figura del dolo la intención de engañar o defraudar (*animus decipiendi*), mas no la de perjudicar ni dañar (*animus nocendi*). Y es que «*lo que convierte en doloso un acto no es la mayor o menor conciencia de sus resultados, sino el conocimiento previo de su ilegalidad, el saber que puede ser dañoso para los demás, aunque no se hayan previsto ni podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos*» (17).

Debemos diferenciar el dolo del error, puesto que en el dolo se provoca un error, mientras que la esencia del error es su espontaneidad; por lo que a la indemnización se refiere, quien ocasiona el dolo debe indemnizar a la víctima, en tanto que en el error, quien incurre en él —víctima— es quien ha de indemnizar los daños y perjuicios propiciados a la otra parte; la concurrencia del dolo es una cuestión más sencilla de probar que la del error, puesto que aunque el dolo comprende tanto el elemento objetivo —maquinaciones—

(14) Hay autores que niegan la compatibilidad con base en la regla según la cual la ley especial prevalece sobre la general (BERCOVITZ, BADENES), otros la admiten (DE BUEN, MORALES). El Tribunal Supremo se pronuncia más proclive a la compatibilidad. MORALES MORENO, A. M., *Comentario del Código Civil...*, pág. 955. El mismo autor incide sobre el particular en *El alcance protector de las acciones edilicias...*, págs. 671-677.

(15) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1973.

Se planteará más adelante en el análisis de la LGVBC de 2003 si el régimen previsto en esta ley excluye o no la aplicación del régimen del error. Para FENOY PICÓN, el consumidor habría de acudir a la falta de conformidad, si bien reconoce que lo más probable es que se admita y triunfe la compatibilidad entre la falta de conformidad de la LGVBC y el artículo 1.266 del Código Civil. Al respecto, «El sistema de protección del comprador», en *Cuadernos Registrales*, Madrid, 2006, págs. 187 y sigs.

(16) Así nos dice BARASSI que «*existe dolo cuando la falta de prudencia o celo —a diferencia de la culpa— sea consciente, es decir, cuando el deudor conozca las consecuencias que de su conducta resultaran respecto al cumplimiento de la obligación. No se requiere para el dolo (civil) —que no tiene ya la naturaleza infamante que le atribuía el Derecho romano— la intención de perjudicar*» (*Instituciones*, traducción de GARCÍA DE HARO, vol. II, año 1955, pág. 197).

(17) Cossío, *Instituciones*, vol. I, Madrid, 1975, pág. 304.

como el subjetivo —intención de engañar—, la detección de la conducta dolosa por parte de su agente es más fácil que la del error, por ser esta última una actuación de naturaleza plenamente subjetiva con raíces eminentemente psicológicas; incluso, hay supuestos de error simple, como hemos visto, que no generan la nulidad del contrato, en tanto que el legislador toma especial interés en reprimir contundentemente el dolo —error provocado— porque no sólo constituye un vicio del consentimiento, sino también un ilícito civil.

Sin la intención de engañar no podríamos hablar de dolo, sino de error; la conducta intencional —maquinación— puede consistir tanto en actuaciones positivas como negativas, y ha de ser anterior a la conclusión del contrato pues, de no ser así, no habría sido determinante; sólo el dolo principal ocasiona la nulidad del contrato, por ser determinante a la hora de prestar el consentimiento, de tal manera que las maquinaciones han de recaer sobre una cualidad esencial del objeto del contrato; el dolo ha de emanar de uno de los contratantes (18).

Por un lado, como vicio del consentimiento determinante de la celebración del contrato, estos «...*pueden ser anulados*...», a tenor del mismo artículo 1.300 reseñado, esto es, el contrato viciado sigue produciendo sus efectos normales hasta que se declare su nulidad, acción que sólo se puede ejercer en un plazo de cuatro años desde la consumación del contrato, conforme estipula el artículo 1.301 de nuestro Código Civil.

En todo caso, las medidas de saneamiento no podrían justificarse sobre la existencia de responsabilidad precontractual del vendedor, puesto que el ejercicio de las acciones edilicias no exige dolo en él (19).

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha reconocido la compatibilidad de las acciones edilicias con la de nulidad por dolo (20).

c) Otra de las posibles consideraciones es entender que la garantía de saneamiento que pesa sobre el vendedor es una derivación de la obligación

(18) El Código Civil francés (art. 1.116), el español (art. 1.269), el chileno (art. 1.458), el argentino (arts. 931-935), el colombiano (art. 1.515) siguiendo en ello al Derecho Romano en la consideración del dolo y la violencia como delitos, concede la acción de nulidad del contrato sólo cuando el dolo emana del otro contratante, si bien ya la jurisprudencia francesa extiende el ejercicio de la acción cuando el dolo proviene de un tercero; tanto el Código suizo de Obligaciones (art. 28.2) como el Código Civil alemán (§ 123), italiano (art. 1.439), portugués (art. 254.2), brasileño (art. 148) llegan a admitir la acción de nulidad por dolo cuando es causado por un tercero y la otra parte lo conocía o lo pudo conocer, con lo que basta al demandante probar que la otra parte hubiera podido conocer la maquinación del tercero para que la acción triunfe, a diferencia del Código Civil venezolano donde el demandante debe probar que la otra parte conocía el acto doloso efectuado por el tercero (art. 1.154). El Código Civil mexicano exige, para que el contrato sea anulable, que el dolo proveniente de un tercero sea conocido por uno de los contratantes si fue determinante en la realización del contrato (art. 1.816).

(19) MORALES MORENO, A. M., *Comentario del Código Civil*..., pág. 955.

(20) Sentencia ya citada de 28 de marzo de 1973.

genérica que también recae sobre él de la *entrega* o *traditio* de la cosa en un contrato bilateral o recíproco (21), de manera que podría entenderse que en el caso de venta de la cosa con vicios ocultos, el vendedor estaría incumpliendo una de sus obligaciones capitales, cual es la entrega y, por ende, el comprador, al amparo de la facultad implícita que media en las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, podría escoger entre el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos, conforme establece el artículo 1.124 de nuestro Código Civil, acción de naturaleza personal que, a falta de plazo especial, prescribirá a los quince años, plazo que, por ser de prescripción, es susceptible de suspensión e interrupción.

Sin embargo, el saneamiento no está basado en el incumplimiento de un deber de prestación o un deber accesorio de conducta, puesto que en la venta de una cosa específica la obligación del vendedor se limita a entregar una cosa determinada en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato. De ahí que, en puridad, la existencia de vicios anteriores a la celebración del contrato no implicaría un verdadero incumplimiento (22).

3. Relacionada con la tesis expuesta de que la obligación del vendedor de mantener al comprador en la posesión útil de la cosa vendida es una manifestación de la obligación genérica de cumplir con la entrega de la cosa vendida sobre la base de un contrato bilateral recíproco que faculta a las partes a su resolución ante el incumplimiento de la contraparte, observamos que el artículo 1.124 de nuestro Código Civil concede al contratante cumplidor la opción de elegir entre la resolución del contrato o la exigibilidad de su cumplimiento, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos, pudiendo, incluso, solicitar la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento del contrato, en caso de que el cumplimiento resultara imposible (23). Pues bien, observamos que, de seguir esta tesis, el comprador de la cosa con vicios ocultos, no sólo contaría con la acción resolutoria en el plazo de quince años, sino que, además, contaría con la vía más natural a la que se orienta un contrato, su cumplimiento, que es el deber originario y fundamental del que se obliga por él, y ello a través de algunas soluciones intermedias distintas de la acción redhibitoria y de la acción estimatoria que, además de ser más drásticas, cuentan con un plazo breve de caducidad. Nos estamos

(21) Obligación señalada en el artículo 1.461 y desarrollada en los artículos 1.462-1.473 de nuestro Código Civil. Se señala a POTHIER como verdadero promotor de esta tesis al abordar las garantías de los vicios redhibitorios en su Tratado del contrato de venta. Sin embargo, es dudoso que se le pueda atribuir dicha autoría. Al respecto, MORALES MORENO, A. M., *El alcance protector de las acciones edilicias...*, págs. 662 y 663.

(22) MORALES MORENO, A. M., *Comentario del Código Civil...*, págs. 954 y 955.

(23) Ver en este sentido, DELL'AQUILA, E., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de una de las partes*. Serie Resúmenes de Tesis Doctorales. Facultad de Derecho. Ediciones Universidad de Salamanca, 1979, pág. 7 y sigs.

refiriendo a la solicitud por parte de vendedor del cumplimiento de la obligación, consistente en la sustitución de la cosa entregada con vicios por otra cosa que no esté afectada por ellos, es decir, la demanda de sustitución de las cosas viciadas por cosas sanas (24).

Sin embargo, se ha objetado esta tesis arguyendo que la entrega con defectos de una cosa no implica el incumplimiento de un deber de prestación porque no determina la indemnización como consecuencia normal del incumplimiento, sino sólo el ejercicio de las acciones edilicias; a mayor abundamiento, en la medida que la ley nos habla de la obligación que tiene el vendedor de entregar una cosa determinada en el estado en que se halle al tiempo de perfeccionarse el contrato, el hablar de una obligación de entrega sin defectos de una cosa que ya es defectuosa al contratar, supone construir una obligación originariamente imposible que, por ende, no podría ser exigible absolutamente. Habrá que buscar, por tanto, otra razón de ser para las acciones edilicias, distinta al incumplimiento de un deber de prestación, sea el comportamiento del vendedor, o la propia ley que objetiviza la responsabilidad.

Vemos pues que, según esta visión, la existencia de vicios ocultos determina que no se realice el equilibrio de prestaciones establecido por las partes, lo cual acarrea una lesión que ha servido a la doctrina para justificar el saneamiento. La ruptura del sinalagma como consecuencia de los vicios no propiciaría las medidas de saneamiento de no estar previstas especialmente en la ley (25). Esta idea conecta con el principio de equivalencia propio de los contratos sinalagmáticos y serviría para explicar la responsabilidad del vendedor propia del saneamiento (26).

Otra variante de la sustitución de las cosas con vicios por cosas sanas, frente a la resolución y la reducción del precio, como una verdadera expresión del cumplimiento del contrato bilateral incumplido por el vendedor al entregar una cosa viciada es la solicitud de la reparación de la cosa con vicios que, de no ser atendida, facultaría incluso al comprador a llevar a cabo la reparación por cuenta del vendedor (27). Sin embargo, en la medida que esta noción confunde el plano estructural del sinalagma con el sancionador del incumplimiento, el principio de equivalencia pierde su carácter independiente, pues nos sitúa más bien en el terreno de la culpa *in contrahendo* o de la causa de la voluntad negocial donde operan otras figuras, como la base del negocio o el error (28).

(24) Ya el artículo 336.4 del Código de Comercio apuntaba esta solución.

BARASSI, siguiendo una propuesta de LUZZATO, sostenía esta tesis en el Derecho italiano (*La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, pág. 1092).

(25) MORALES MORENO, A. M., *Comentario del Código Civil...*, pág. 955.

(26) En este sentido, RUBINO, *La compraventa*, 1971, págs. 630-631.

(27) BADENES GASSET, R., *op. cit.*, pág. 720.

(28) MORALES MORENO, A. M., *El alcance protector de las acciones edilicias...*, págs. 668-670.

Al margen de cuál de las tesis planteadas nos resulten más convincentes, sí que podemos afirmar la naturaleza especial e independiente de las acciones edilicias que generan responsabilidades especiales, tanto por su origen y evolución histórica independiente, como por el supuesto de hecho previsto para ellas —vicios ocultos y no incumplimiento—, las peculiaridades en torno a su régimen jurídico —plazos de ejercicio—, y los efectos o consecuencias jurídicas diferentes de los de las acciones generales de responsabilidad contractual. A partir de aquí podemos afirmar que tales acciones significan una atribución de riesgo al vendedor de alcance limitado, una forma de responsabilidad objetiva prevista especialmente al margen de los criterios generales de responsabilidad contractual regulados en el Código Civil, sin que pueda ser considerada injusta para el vendedor ante la noción de provecho que ha existido en la venta, al objeto de lograr una protección mínima para el comprador en caso de defectos ocultos en la cosa vendida. La utilización de las acciones generales de responsabilidad impone al comprador la carga de la prueba, lo que puede resultar un tanto dificultoso, en tanto que las acciones edilicias de saneamiento la aligeran, pues bastaría con demostrar a tal efecto la existencia de los vicios, en cuya tarea cuenta, incluso, con algunas presunciones a su favor como resulta, por ejemplo, la prevista en el artículo 1.497 (29).

Al amparo, pues, del análisis de los puntos expuestos con antelación, que ponen en tela de juicio la eficaz protección del comprador con relación a la garantía del vendedor del saneamiento de la cosa vendida con vicios ocultos, la pregunta que emerge y planea en el ambiente es la que sigue: ¿podemos hablar de una crisis del mecanismo del saneamiento de los vicios ocultos como medio de protección de la posición jurídica del comprador? Pareciera que la respuesta ha de ser afirmativa, para cuya ratificación no sólo nos podemos auxiliar de las deficiencias y flaquezas que hemos puesto de relieve hasta aquí, sino también del recorrido por las nuevas soluciones legislativas que han tratado de colmar los vacíos de una legislación hija de una época y una mentalidad, que hoy se halla desbordada por los nuevos acontecimientos y las nuevas realidades socioeconómicas.

Con esa finalidad, a partir de aquí nos vamos a dedicar al análisis de la nueva fábrica legislativa europea y nacional que ha nacido con posterioridad, al objeto de constatar si los cambios planteados han servido para subsanar los resquicios que el devenir de los tiempos ha puesto de manifiesto en la legislación tradicional de los Códigos civiles decimonónicos, de cuya relación el español no es sino un ejemplo más.

(29) MORALES MORENO, A. M., *El alcance protector de las acciones edilicias...*, págs. 679-682.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

El artículo 30 de la Convención de Viena (en adelante, CV) que inicia el Capítulo II dedicado a las obligaciones del vendedor, incluye dentro de éstas la de entregar las mercaderías. La Sección I del citado Capítulo II contempla la entrega de las mercancías y de los documentos, mientras que la Sección II se ocupa de la conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros. Así pues, aunque el artículo 30 señalado no mencione de manera expresa la exigencia de conformidad de las mercaderías, resulta obvio e indudable que dicha exigencia compone el elenco de las obligaciones que recaen sobre el vendedor, como una obligación independiente de la de la entrega. Si el vendedor entrega mercaderías no conformes, incumple el contrato y el comprador puede exigirle que haga efectiva su responsabilidad, no sólo la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino también con los remedios que la CV pone a su alcance en el artículo 45, según veremos.

Entendemos por conformidad la adecuación material de las mercaderías por lo que se refiere a la cantidad (30), calidad y tipo (31), envase y embalaje con la que el vendedor pretende ajustarse a las exigencias de lo pactado. Se trata de un deber impuesto al vendedor cuyo incumplimiento genera responsabilidad. Todo este régimen jurídico se regula en el seno de la CV en los artículos 35-40, 44, 45-51, 74-77 y 81-84, tratamiento al cual nos aprestamos (32).

El sistema de responsabilidad contractual de la CV es novedoso, supera la construcción desmembrada del sistema de remedios orientados a satisfacer las pretensiones del comprador y de la concurrencia de acciones propia de los ordenamientos continentales (*civil law*) (33) e instala una construcción uni-

(30) Se contempla el defecto de cantidad como un problema de falta de conformidad y no como falta de entrega. No puede hablarse de insatisfacción del comprador cuando la cantidad es mayor a la pactada, siempre que existan mercaderías suficientes para que haya satisfacción, aun cuando en cuanto al exceso se pueda optar entre aceptar o rehusar la prestación. Al respecto, *La compraventa internacional de mercaderías...*, págs. 297 y 298.

(31) La calidad o tipo exigible se determina en la CV según lo pactado y, en su defecto, por los criterios que la propia CV establece: la aptitud para los usos a los que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo; la aptitud para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor al tiempo del contrato; que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador; que estén envasadas o embaladas en la forma habitual o, si no existe tal forma, de forma adecuada para su conservación y protección. Al respecto, MORALES MORENO A. M., *La compraventa internacional de mercaderías...*, págs. 299-306.

(32) Para el estudio de la Convención, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998.

(33) En este sentido, AVILÉS GARCÍA, J., «Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 32, 4 al 10 de septiembre de 2000, pág. 1179 y sigs. También del mismo autor, «Las garantías en la

taria y articulada de dicha responsabilidad tomando como eje la noción de ruptura del contrato y agrupando la mayor parte de los problemas relacionados con la falta de cumplimiento, al desplazar la idea de deber o de obligación por la de garantía de un resultado a cargo del deudor. Así, cualquiera de las manifestaciones de la falta de conformidad constituye el supuesto de hecho del sistema de los remedios previstos en la CV, al margen de las reglas particulares de aplicación de cada uno de ellos.

La falta de conformidad de las mercaderías puede deberse a un error en la formación del contrato, lo cual plantea la duda de si la falta de conformidad absorbe al error o, en otro caso, el error como vicio del consentimiento se sustrae a la CV y se rige por Derecho interno. Pues bien, aunque la CV no lo indique, la mayoría de la doctrina entiende que los problemas del error son absorbidos por la falta de conformidad y, por ende, ha de prevalecer el régimen jurídico de la CV sobre el del Derecho interno (34); en consecuencia, aunque para el Código Civil es una causa de nulidad relativa, para la CV supone una falta de conformidad.

Como ya sabemos, en los ordenamientos jurídicos continentales el comprador se halla protegido a través de una serie de medidas sanatorias compendiadas en la figura del saneamiento por vicios ocultos. Sin embargo, la CV desconoce el saneamiento, influida en este punto por el sistema anglosajón, toda vez que la noción de falta de conformidad ya lo incorpora. Consecuencia de ello es que la aplicación de la CV excluye la de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en el Derecho interno continental (35).

El concepto de falta de conformidad es tan amplio que comprende no sólo los casos de un *aliud pro alio* (el objeto con el que pretende cumplir el vendedor no es el pactado, sino uno diferente), sino también el caso de incumplimiento del vendedor de la obligación de entregar. Para resolver esta cuestión lo más razonable es asimilar el supuesto de *aliud pro alio* con la falta de conformidad para el caso de desconocimiento por parte del vendedor de tal circunstancia.

Hay algún supuesto, no obstante, en que la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad de las mercaderías resulta excluida, como sucede cuando el comprador conociera o no pudiera ignorar al tiempo de contratar la falta de conformidad. Su ámbito de aplicación tiene sentido en la venta de cosa específica examinada por el comprador al tiempo de la adquisición, pero

venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», en *RCDI*, 2000, núm. 661, pág. 2727 y sigs.

(34) Ver MORALES MORENO, A. M., *La compraventa internacional de mercaderías...*, pág. 293.

(35) En este sentido, VIDAL OLIVARES, A. R., «Efectos particulares de la falta de conformidad de las mercaderías en la compraventa internacional», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI-2005. Semestre II. Valparaíso, Chile, pág. 565.

no se puede descartar tampoco en la venta de cosa genérica cuando la falta de conformidad es una característica del género. En todo caso, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se podría excluir o limitar la responsabilidad del vendedor cuando falta la conformidad, siempre con los límites del dolo o culpa grave en la actuación del vendedor o, incluso, cuando dicha limitación ponga en riesgo y atente contra la finalidad esencial perseguida en el contrato.

La CV, en su afán por delimitar el requisito de la falta de conformidad de las mercaderías al contrato fija el momento en el que la conformidad debe existir, a partir del cual se distribuye temporalmente entre los contratantes el riesgo: la que exista en el momento señalado en el contrato es de cuenta del vendedor (36); la que se produzca con posterioridad es, en principio, de cuenta del comprador, salvo excepciones.

La CV impone al comprador el deber de examen de la mercadería como presupuesto al de denuncia, por lo que tal deber habrá de relacionarse con todas las posibles reclamaciones del comprador fundadas en la falta de conformidad. En todo caso, el deber de examen no constituye en puridad una obligación sino una carga cuyo incumplimiento produce la pérdida del derecho a reclamar, carga que sólo cobrará relevancia en la medida en que la falta de conformidad pueda descubrirse por medio del examen pues, de lo contrario, la omisión del examen carecería de trascendencia jurídica. Tal examen lo puede practicar el mismo comprador, sus auxiliares o un tercero por encargo del primero, y se llevará a efecto en el momento señalado en el contrato o, en su defecto, en el más breve posible atendidas las circunstancias, lo que exigirá concreción en un análisis detallado caso por caso; en la práctica del examen se estará a lo establecido por las partes y a los usos del comercio internacional aplicables (37).

Así pues, el examen de la mercadería constituye una premisa de la denuncia de la falta de conformidad (38), aun cuando el deber de comunicar la falta de conformidad no impone al comprador la necesidad de decidir en dicho momento el remedio que va a utilizar. La carga impuesta al comprador de comunicar al vendedor la falta de conformidad permite a éste conocer dicha falta y proveer al efecto, pero además evidencia por parte del comprador su

(36) No se trata de un momento fijo, pues dependerá de lo pactado y de la modalidad de transporte y entrega de la mercadería. Esta regla general cuenta con excepciones cuando la falta de conformidad deriva del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por el vendedor, o bien cuando el vendedor incumple la garantía por un tiempo del uso general o especial, o la conservación de cualidades o características de la cosa vendida —art. 36 de la CV—. Al respecto, *La compraventa internacional de mercaderías...*, págs. 312-318.

(37) Todo ello, según el artículo 38 de la CV, respecto de cuya exégesis nos remitimos a *La compraventa internacional de mercaderías...*, págs. 325-335.

(38) VIDAL OLIVARES, A. R., *op. cit.*, pág. 565.

intención de no dar por cumplido el contrato. El contenido de la comunicación variará en función de la información de la que dispone el comprador y de la que pueda necesitar el vendedor para proceder. Su forma no está pre-determinada pero es recomendable la que permita al comprador probar su existencia. El plazo para practicar la denuncia será el razonable desde que el comprador haya descubierto la falta de conformidad, con un límite máximo de dos años, so pena con carácter general, al margen de algunas excepciones, de pérdida del derecho a invocarla, contados desde la puesta efectiva de las mercaderías en poder del comprador, a menos que dicho plazo choque con un periodo de garantía contractual (39).

Las disposiciones de los artículos 38 y 39 de la CV no podrá invocarlas el vendedor doloso por conocer o no poder ignorar la falta de conformidad y no haberlo revelado al comprador. Aunque el sistema de la CV en materia de responsabilidad opera al margen de la culpa del vendedor, ello no excluye que se tenga en cuenta el caso del vendedor doloso, hasta el punto de que el comprador no perderá el derecho a reclamar por falta de conformidad y a ejercitar los remedios correspondientes, aun cuando no la hubiera denunciado al vendedor, lo cual derivativamente implica que no son aplicables los límites temporales que se contemplan en el artículo 39 a favor del vendedor. Lo mismo que ya expusimos en cuanto al error, prevalecerá la regulación de la CV sobre la del Derecho interno, por lo que la regulación del dolo en Derecho interno sólo se aplicará cuando estén involucrados aspectos diferentes de los contemplados en la CV (40).

A partir de aquí la CV se encarga de abordar los derechos y acciones con las que cuenta el comprador frente al vendedor en caso de falta de conformidad (arts. 44-51).

Concretamente, cuando el comprador pueda aducir una excusa razonable para haber omitido la comunicación que ha de hacer al vendedor, podrá exigir una rebaja del precio o una indemnización de daños y perjuicios. Este artículo 44 de la CV constituye una excepción a la carga de denuncia que pesa sobre el comprador para mantener algunos de sus derechos (rebaja del precio o indemnización limitada por excluirse el lucro cesante) suavizando los efectos de la falta de denuncia, si bien pasados los dos años sin haber denunciado, el comprador perderá también estas facultades. Al supuesto de falta de denuncia se asimilarían los casos de denuncia genérica, con retraso o equivocada. Por excusa razonable, más que ausencia de culpa, debe entenderse una decisión conforme a la equidad, tomando como referencia los intereses contrapuestos de las partes junto con las circunstancias por las que el comprador no

(39) Ver, al respecto, el análisis del artículo 39 de la CV, págs. 335-347, de la obra citada.

(40) En este sentido, revisar la exégesis del artículo 40 de la CV que nos hace MORALES MORENO (*op. cit.*, págs. 347-355).

ha cumplido con la carga que sobre él pesa de denunciar la falta de conformidad. Mientras que el importe de la rebaja del precio no depende de la conducta del comprador y deberá fijarse al tiempo en que debiera haberse efectuado la denuncia, la extensión de los daños sí depende de la conducta del comprador. Y es que cuando el comprador no denuncia no está incumpliendo ninguna obligación, por lo que no responde de daños y perjuicios, sino que incumple una carga que determina la pérdida del resto de sus derechos (sustitución, reparación, lucro cesante) (41).

Ante el incumplimiento por parte del vendedor de algunas de sus obligaciones, el genérico artículo 45 de la CV faculta a ejercer los derechos prescritos en los artículos 46-52, que analizaremos, así como a exigir la indemnización de los daños y perjuicios (42), derecho este que no perderá aun cuando ejercite cualquier otra acción (43). Siguiendo con un criterio impuesto en el ámbito del comercio internacional, no se permite al juez o árbitro conceder al vendedor ningún plazo de gracia cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato.

Dentro de los derechos a los que queda facultado ejercer el comprador, remitidos en el artículo 45 de la CV señalamos los siguientes:

- Exigencia de cumplimiento ante el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones por parte del vendedor, a tenor del artículo 46 de la CV, siempre que no se haya ejercitado una acción o derecho incompatible con dicha exigencia (resolución del contrato, reducción del precio).

Dentro de la exigibilidad del cumplimiento se pueden incluir dos manifestaciones típicas: el derecho a exigir mercaderías en sustitución, derecho que está ligado no sólo al incumplimiento por concurrir defecto en las cualidades físicas, sino también a que la falta de conformidad implique un incumplimiento esencial y que la petición de sustitución se

(41) Ver, al respecto, MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., en el análisis de la obra citada sobre la CV, págs. 398-405.

(42) El espíritu de la CV se pronuncia por una objetivización de la responsabilidad frente a la culpabilidad de la misma, por ser una solución más adecuada a las necesidades del tráfico moderno y de un cuidadoso cálculo económico.

Sobre el panorama de la cuestión en el Derecho interno español, LÓPEZ LÓPEZ, A., *La compraventa internacional de mercaderías...*, págs. 411-413.

Los artículos 74-78 de la CV regulan por separado la indemnización por daños y perjuicios, así como los intereses. Al respecto, PANTALEÓN PRIETO, F. y SOLER PRESAS, A., *La compraventa internacional de mercaderías...*, págs. 579-634.

(43) Vemos aquí la prevalencia de la teoría de la compatibilidad de las acciones resolutoria e indemnizatoria, frente a la opinión tradicional contraria en el Derecho alemán, ya superada en el BGB tras la última Reforma del Derecho de Obligaciones de 2001 producida en su seno y que afecta al parágrafo 325. Tesis ya mantenida en nuestro Derecho interno al amparo de los artículos 1096.1 y 1124.2 del Código Civil.

realice al tiempo de la denuncia o en un plazo razonable (44); o la reparación de las mercaderías defectuosas, cualquiera que sea el tipo de defecto y siempre que dicha petición responda a un juicio de razonabilidad según las circunstancias. En todo caso, el comprador podrá fijar un plazo suplementario razonable para que el vendedor cumpla sus obligaciones, supuesto en el que como regla general, durante dicho plazo, aquél no podrá ejercer acción alguna por el incumplimiento de éste, aunque sí podrá exigirle la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la demora en el cumplimiento (45).

- Derecho a la subsanación, entendido como la facultad por parte del vendedor de realizar todas las actuaciones necesarias para que la prestación prometida y no ejecutada se ajuste y pueda satisfacer el interés del comprador. El espíritu de la CV parece pronunciarse por el hecho de que la subsanación sea prioritaria a la resolución, toda vez que resulta más adecuada al equilibrio de los intereses en juego al fomentar el correcto cumplimiento sin otorgar ventajas impropias al causante del incumplimiento (46). El vendedor se obliga a una actividad que va más allá del objeto de su prestación original, se amplía el contenido inicial de la prestación, circunstancia con la que ha de contar desde el momento de celebración del contrato, por lo que ha de trasladar su costo eventual al precio de la mercancía.

Este derecho de subsanación previsto en el artículo 48 de la CV ha de hacerse según el contenido de la obligación que se trate, a costa del vendedor, si puede hacerse sin demora excesiva y sin ocasionar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre. A tal efecto, puesto que la compraventa internacional se asienta en un clima de cooperación, el comprador deberá cooperar ante las peticiones del vendedor que ofrezca cualquier tipo de subsanación (47).

(44) Tanto el espíritu de la CV, como los intereses del comercio internacional aconsejan que el plazo de dos años del artículo 39.2 de la CV constituya un plazo máximo, pasado el cual decae la pretensión de sustitución. En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, A., *La compraventa internacional de mercaderías...*, pág. 420.

(45) Con la fijación del plazo suplementario de cumplimiento previsto en el artículo 47 de la CV se pretende evitar emprender un litigio, así como impedir la configuración de la resolución como remedio automático y obligatorio frente a cualquier tipo de incumplimiento, remedio que atenta contra la economía del comercio internacional y contra el principio de conservación y estabilidad del contrato, eje angular sobre el que se asienta la CV. Prueba de la presencia de este principio de conservación del negocio es que cuando tanto la entrega como la conformidad de las mercaderías es parcial, sólo serán de aplicación los remedios de los artículos 46-50 respecto de la parte que falte o que no sea conforme —art. 51.1 de la CV—.

(46) VIDAL OLIVARES, A. R., *op. cit.*, págs. 573-578.

(47) Sobre el comentario del precepto, LÓPEZ LÓPEZ, A., *La compraventa internacional de mercaderías...*, págs. 427-434.

Ahora bien, el remedio de cumplimiento específico a falta de conformidad adopta dos modalidades: una como regla general, la reparación de las mercaderías; y, otra, como excepción, su sustitución por otras conforme al contrato. En ambos casos, el comprador cuenta a su cargo con la petición de reparación o sustitución de las mercaderías pues, si no lo hace, perderá el derecho al cumplimiento específico y sólo contará con la reclamación de la rebaja del precio, además de la correspondiente indemnización. Así pues, la CV no limita al comprador, como lo hace el Código Civil en caso de insatisfacción contractual, a la rebaja del precio, a la resolución del contrato, o a la indemnización de daños pues, adicionalmente, le autoriza a reclamar, si ello fuera razonable, el cumplimiento en forma específica bajo sus dos modalidades de reparación o sustitución (48).

Para que proceda la reparación no se requiere que la falta de conformidad constituya un incumplimiento esencial, pero sí que tal petición sea razonable y no lo será cuando represente costos excesivos para el vendedor, a menos que el vendedor sea un especialista y la reparación que él practique es la que ofrezca mayor seguridad al comprador —equipo de precisión altamente tecnificado—. La prueba sobre la falta de razonabilidad o no compete al vendedor puesto que si las mercancías no son conformes al contrato será el vendedor quien estará obligado a su reparación, salvo que no resulte razonable según todas las circunstancias que concurran en el caso (49).

El comprador puede pedir el cumplimiento específico en dos momentos: cuando denuncia la falta de conformidad (que se deberá realizar en el límite de dos años desde la entrega), o dentro de un plazo razonable desde la denuncia practicada, con lo que se le concede un plazo adicional tras la denuncia a fin de propiciar la reflexión del comprador (50). Para reclamar la sustitución no basta la sola falta de conformidad de las mercaderías: ha de constituir un incumplimiento esencial del contrato (51); y, además, el comprador ha de restituir las mercaderías no conformes recibidas pues, de no ser posible restituirlas en un estado

(48) VIDAL OLIVARES A. R., *op. cit.*, pág. 573.

(49) HUBER. Art. 46, SCHLECHTRIEM, P. (Ed.), *Commentary on the UN Convention the International Sale of Goods*, Oxford, 1998, pág. 378.

(50) BURGHARD PILTZ, *Compraventa internacional, Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980*, Buenos Aires, 1998, págs. 90-91.

(51) En este aspecto esta pretensión está sujeta a la misma exigencia que la resolución del contrato del artículo 49 de la CV, según establece el artículo 25 de la misma. El comprador podrá optar aquí entre la sustitución de las mercaderías y la resolución del contrato, amén de la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios, según estipula el artículo 45.1b y 2, y al margen de poder exigir también, bien la reparación o la reducción del precio conjuntamente con los daños y perjuicios.

sustancialmente idéntico al que las recibió, pierde el derecho a resolver el contrato o a requerir la sustitución (52).

- Derecho a la resolución del contrato. La CV ha simplificado el sistema de la resolución del contrato, toda vez que la resolución inmediata es la regla general, si bien haya limitado los supuestos, puesto que el efecto resolutorio va inescindiblemente unido al incumplimiento esencial (53). El nuevo sistema adoptado en materia de resolución trata de proteger los intereses del vendedor para evitar que cualquier incumplimiento produzca la resolución del contrato y permita a los compradores especular a partir de la posible fluctuación de los precios del mercado. En cuanto a la forma de declaración de la resolución del contrato, ha de comunicarse a la otra parte del contrato, ya por escrito o por cualquier medio de comunicación, por lo que se ha de entender que el efecto de la resolución se produce desde el momento mismo de la emisión de dicha declaración.

El párrafo segundo de este artículo 49 de la CV, que regula la resolución, establece una serie de supuestos en los que el comprador pierde el derecho a resolver el contrato, si no ejercita dicha facultad en un determinado plazo tras la entrega de las mercaderías, ya en caso de entrega tardía, o por incumplimiento distinto de la entrega tardía, puesto que una vez que las mercancías se hallan bajo la esfera de control del comprador, éste debe valerse de la resolución en un plazo para evitar que un retraso excesivo pueda perjudicar gravemente al vendedor (54).

- Reducción del precio. El artículo 50 de la CV (55) incluye como una posible opción del comprador ante la falta de conformidad de las mercaderías la aceptación de éstas pero con una rebaja en el precio. Se presenta como un remedio ante la falta de conformidad de las mercaderías desde una perspectiva amplia (vicios, falta de calidad, ausencia de cualidades, *aliud pro alio*), pero siempre que el comprador reciba y

(52) Esta regla general cuenta con tres marcadas excepciones: imposibilidad no imputable al comprador; perecimiento o deterioro de las mercancías tras el examen del artículo 38 de la CV; o venta de las mercancías por el comprador antes de haber descubierto o que debiera haber descubierto la falta de conformidad —art. 82.2 de la CV—. Sobre la exégesis y aplicación de este precepto, MONTES, V., en Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Ed.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, 1998, págs. 674-679.

(53) Tanto es así que el comprador podrá declarar resuelto el contrato totalmente si la parte entregada o no conforme al contrato supone un incumplimiento esencial de éste —art. 51.2 de la CV—.

(54) En torno a la exégesis de este artículo 49 de la CV, así como sus relaciones con el Derecho interno español, LÓPEZ LÓPEZ, A., *La compraventa internacional de mercaderías...*, págs. 435-444.

(55) Su explicación y análisis lo podemos encontrar en la misma obra comentada, págs. 445-451.

accepte la entrega de las mercaderías no conformes al contrato. Su origen descansa en la *actio quanti minoris* del Derecho Romano, recogida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del área romanista, si bien sea ajena a la cultura del *common law*. En la CV aunque el ámbito de la reducción del precio es más amplio que el de la acción estimatoria, sin embargo, ambas se basan en la noción de conservación del negocio jurídico y la compensación al comprador por el menor valor de la cosa, ya como efecto de la falta de conformidad, ya de los vicios ocultos, que así ve satisfechos sus intereses mediante la conservación de las mercaderías y la reducción del precio (56).

Ahora bien, el comprador pierde esta opción cuando el vendedor haya subsanado su incumplimiento, o cuando el comprador se niegue injustificadamente a aceptar la propuesta de subsanación efectuada por el vendedor (57).

A diferencia de los otros remedios de la CV analizados, el de la reducción del precio no queda sujeto a un límite temporal en su ejercicio, pues se podrá hacer valer mientras no se extinga su derecho por prescripción extintiva, bastando para ello haber practicado la denuncia de la falta de conformidad en un plazo razonable que no haya excedido de dos años contados desde el momento de puesta a disposición de las mercancías en poder del comprador (58).

La CV toma como punto de referencia para fijar el cálculo de la disminución de valor la diferencia entre el valor de las mercaderías al tiempo de la entrega y el que hubieran tenido también en dicho momento mercaderías conformes al contrato. No sólo se ha de tomar en cuenta el valor de las mercaderías no conformes sino también el hipotético que hubieran tenido otras conformes al contrato. Se trata de valores objetivos al margen del precio acordado con tres datos relevantes que han de considerarse: el precio pactado, el valor de las mercaderías no conformes y su valor hipotético de haber sido conformes al contrato; el cotejo de estos dos últimos arrojará el porcentaje de la disminución del valor de las mercaderías entregadas (59). El momento clave para cal-

(56) Aun cuando la reducción del precio de la CV conecta con la acción estimatoria del Derecho Romano, sin embargo sus caracteres en la CV le confieren una fisonomía propia en tanto que expresión del incumplimiento contractual, y es que la falta de conformidad comprende los vicios redhibitorios pero no se agota con ellos, dado que incluye no sólo los defectos cualitativos de las mercaderías, sino también los cuantitativos. Al respecto, VIDAL OLIVARES, A. R., *op. cit.*, pág. 579.

(57) El artículo 50.2 de la CV no exige que la negativa sea injustificada, si bien así parece resultar de la interpretación conjunta de los artículos 37 y 48 de la propia CV. En este sentido, PILTZ, B., *op. cit.*, pág. 96, y SCHLECHTRIEM, P., *op. cit.*, pág. 79.

(58) Así lo sostiene PILTZ, B., *op. cit.*, pág. 95.

(59) En este sentido, VIDAL OLIVARES, A. R., *op. cit.*, págs. 588-590.

cular la disminución del valor sufrido es el momento de la entrega y no el de la conclusión del contrato, puesto que sólo en tal momento se contempla el valor actual y no histórico de las mercaderías, criterio ajustado a la realidad que justifica más si cabe la opción por la rebaja del precio para lograr el equilibrio razonable entre el precio pactado y el valor de las mercaderías recibidas, toda vez que el precio de las mercaderías no coincide necesariamente con su valor (60).

- Aceptación o rechazo de la recepción de las mercaderías. El artículo 52 de la CV consagra un derecho de elección del comprador consistente en aceptar el pago de algún modo irregular, o bien rechazarlo en los casos de entrega anticipada de las mercaderías (61) o en mayor cantidad de la pactada, para con ello tratar de paliar las desventajas que pueda ocasionarle al comprador la entrega anticipada de mercaderías, aun cuando la elección siempre estará limitada por el principio de la buena fe que preside todo el Convenio, según señala su artículo 7. Esta facultad de rehusar las mercaderías consignadas con anticipación, sin embargo, no exime al comprador de su obligación genérica de mitigar las pérdidas del vendedor —art. 86.2 de la CV—, lo que implicaría su deber de recoger las mercancías y comunicarle a éste que ello no supone una modificación tácita del contrato en cuanto a la fecha de recepción. Por lo que se refiere a la entrega en exceso, si el comprador la acepta sin objetar nada, se ha de entender que el contrato se ha modificado tácitamente y que el comprador debe pagar el exceso del precio. Se trata, pues, de una solución que concilia los intereses en juego: la aceptación del exceso mitiga las posibles desventajas que

(60) LÓPEZ LÓPEZ, A., en la obra *La compraventa internacional de mercaderías...*, nos relaciona la facultad de rebaja del precio en manos del comprador previsto en la CV con la *actio quanti minoris* del Derecho interno español, págs. 451-455. Sin embargo, frente a la naturaleza indemnizatoria de la acción estimatoria, la acción de reducción del precio de la CV persigue la adaptación del contrato a la nueva situación generada por la falta de conformidad al tratar de corregir el desequilibrio patrimonial originado, lo cual se ratifica cuando en la fórmula para calcular el precio reducido no prevé la consideración del daño o pérdida sufrida por el comprador ante la falta de conformidad, sino que acude a un dato externo, cual es la disminución del valor de las mercaderías por falta de la conformidad al momento de la entrega para corregir así las condiciones del precio y restablecer el equilibrio perdido entre las partes. Al respecto, VIDAL OLIVARES, A. R., *op. cit.*, págs. 583-586.

(61) Ya el artículo 37 de la CV contempla el caso de entrega anticipada, en el que el vendedor contará con varias opciones hasta la fecha estipulada para la entrega: bien entregar la parte o cantidad restante que falte; bien entregar otras mercaderías en sustitución de las que se entregaron y no fueran conformes; o bien subsanar cualquier falta de conformidad de las mercancías entregadas, siempre que el ejercicio de tal derecho no sea inconveniente ni ocasione gastos excesivos para el comprador. En todo caso, éste conservará el derecho a exigir los daños y perjuicios. Al respecto, MORALES MORENO A. M., *La compraventa internacional de mercaderías...*, págs. 318-325.

podiera acarrear para el vendedor, como son el retiro del mismo y la búsqueda de otro comprador; y, a su vez, los intereses del comprador quedan protegidos con la elección que la CV le confiere (62).

En conclusión, y para finalizar con el análisis de la CV, el saneamiento como obligación legal derivada del Derecho Romano no tiene encaje en la Convención de Viena, porque los defectos ocultos o manifiestos se incluyen, entre otros supuestos, dentro del concepto de falta de conformidad material, y, además, los remedios tradicionales del saneamiento, acción redhibitoria y acción estimatoria, se comprenden también dentro de los remedios que se otorgan en la Convención en relación al incumplimiento que conlleva toda entrega inexacta respecto a lo contractualmente estipulado. Y ello porque en dicha Convención todas las manifestaciones de falta de conformidad se consideran una ruptura contractual por parte del vendedor, lo que origina un incumplimiento del contrato, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico interno se distingue entre desequilibrio inicial de las prestaciones, que permitirá al comprador acudir a las acciones de saneamiento, y la infracción contractual del vendedor sobrevenida, que origina un incumplimiento que el comprador puede solventar a través de las correspondientes acciones derivadas del incumplimiento.

III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR

Como sabemos, nuestro ordenamiento jurídico eleva a la categoría de constitucional la defensa de los consumidores y usuarios, al establecer el deber de los poderes públicos de proteger la salud, la seguridad e intereses económicos de los mismos, promoviendo para ello la información y la educación de aquéllos, así como fomentando sus organizaciones —art. 51.1 y 2 de la Carta Magna de 1978.

Esta consagración legislativa en el texto constitucional propició todo un movimiento sociológico de toma de conciencia de la condición de consumidor y usuario como débil jurídico de las relaciones jurídicas, que ha tenido una plasmación legislativa profusa y continuada en toda una legislación específica que ha configurado ya, en la práctica, una nueva rama del Derecho, cual es el Derecho de los Consumidores. Así es, tras la Constitución de 1978 aparece la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), en fecha de 19 de julio de 1984, hoy reformada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consu-

(62) LÓPEZ LÓPEZ, A., en la obra *La compraventa internacional de mercaderías...*, págs. 455-461.

midores y usuarios, completada por la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), así como por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante, LGVBC), que adapta nuestra legislación a la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Trataremos, a continuación, de analizar todo este entramado jurídico especial en coordinación, claro está, con el régimen general de las acciones edilicias reguladas en el Código Civil y que han sido previamente estudiadas.

1. LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE 19 DE JULIO DE 1984 Y SU REFORMA DE 29 DE DICIEMBRE DE 2006

El artículo 11 de la LGDCU regula el régimen de garantía de los productos y servicios de los bienes de naturaleza duradera cuando han sido defraudadas las expectativas esperadas con relación al uso del producto (63). No obstante, como tendremos ocasión de analizar, algunos apartados del referido precepto entraron en una vigencia más que dudosa tras la LGVBC, si bien no hubiera una derogación expresa del mismo, situación que se ha tratado de superar con la Reforma de la LGDCU de 2006, ya anunciada en la LGVBC, a fin de refundir en un solo texto la LGDCU y las normas de adaptación de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores y usuarios que incidan sobre ella.

El verdadero impulso aportado por la LGDCU estriba en proporcionar una respuesta jurídica ante la concurrencia de un vicio en la cosa transmitida, a fin de lograr la satisfacción de los intereses en juego, tanto del transmitente como del adquirente. Así es, se trata de suministrar al adquirente el disfrute de la cosa y la obtención de la utilidad y satisfacción esperada mediante la garantía de reparación a la que tiene derecho. Se trata, pues, de una obligación legal para garantizar la posición del acreedor tras descubrirse un vicio o defecto en el producto adquirido, cuyo contenido consistiría en imponer al suministrador o productor el cumplimiento de la prestación de reparar y, en su caso, sustituir la cosa vendida.

Estamos en presencia de un régimen general de garantía en cuanto afecta a todos productos y servicios, cualquiera que sea su naturaleza, y además no sólo comprende la comprobación, reclamación y garantía, sino también la

(63) El artículo 11 de la LGDCU se inserta sistemáticamente dentro del Capítulo III de la Ley dedicado a la Protección de los intereses económicos. Es un precepto civil en el que se establece un régimen general con predominio del carácter dispositivo de garantía de todos los productos —párrafo primero—, así como en el resto de los párrafos predomina el carácter imperativo para bienes de naturaleza duradera.

posible renuncia o reclamación puesta a disposición del consumidor. Este sistema de garantía general conlleva el contenido mínimo del pacto y las finalidades que ha de cumplir: comprobación, reclamación, garantía, renuncia o devolución del producto.

Sin embargo, el precepto reseñado no delimita el tipo de vicio o defecto que es objeto de garantía y para mayor confusión utiliza indistintamente los términos defecto, vicio o deterioro. A ello debemos añadir que la garantía se presta para no defraudar las expectativas esperadas en el uso de la cosa, lo que nos lleva a entender por vicio también los casos en que la cosa adquirida no pueda aplicarse al uso al que se destina, no aporta la utilidad que legítimamente cabía esperar de ella, o los defectos que impiden el buen funcionamiento del producto. Se trata de una noción muy amplia del concepto de vicio a los efectos de la Ley pues comprendería los defectos de calidad del bien que impidan su normal funcionamiento, aun cuando no ocasionen riesgos para la salud de las personas; también es objetiva pues responde ante cualquier infracción de las expectativas legítimas del consumidor sobre la naturaleza, condiciones, calidad, utilidad o finalidad de los bienes. No es preciso que el bien sea totalmente inútil para el uso al que se destina, sino que éste se vea alterado de forma relevante y que incida en aspectos esenciales de su uso o disfrute —inhabilidad funcional para el consumidor.

El defecto ha de ser originario, anterior al contrato, lo cual no implica que haya de ser de fabricación y, a diferencia de lo que sucede en el régimen de los vicios ocultos del Código Civil, puede ser aparente, pues bastaría que el comprador lo ignorara al tiempo de producirse el contrato.

De tener que probar el consumidor el vicio del que adolece el bien, se le haría muy difícil ejercitar los derechos de garantía, lo cual atentaría contra el espíritu de la garantía concedida, cual es proporcionar un cauce seguro para obtener una pronta satisfacción ante los problemas de utilidad de los bienes de naturaleza duradera. Basta, por ello, que el titular de la garantía alegue el mal funcionamiento del bien de acuerdo a la utilidad que de él cabía legítimamente esperar, sin necesidad de probar el concreto defecto del que la cosa adolece.

En términos generales, el productor o suministrador de bienes de naturaleza duradera (64) ha de entregar una garantía por escrito (65) con ex-

(64) El Anexo II del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, aprueba el catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la LGDCU, que nos presenta un elenco bastante heterogéneo.

(65) Dado su carácter meramente probatorio, la omisión de entrega por escrito no perjudica al comprador, puesto que la garantía comercial despliega sus efectos al margen de tal instrumento. Al respecto, TORRES LANA, J. A., «La garantía en las ventas al consumidor», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, vol. I, 1992, pág. 800.

presión del objeto sobre el que recae la garantía (66), el garante (67), el titular de la garantía (68), así como sus derechos (69) y el plazo de duración (70) de la misma (art. 11.2).

Durante dicho plazo, la Ley en su artículo 11.3 describe los derechos mínimos de contenido inderogable de que dispone el titular de la garantía, no obstante que la LGVBC atribuya por ministerio de la Ley unos derechos más favorables al consumidor que los previstos en este artículo 11.3, pues

(66) La producción en masa impone que la identificación del bien se hace describiendo el modelo y en su caso el número. Su ausencia podría subsanarse mediante cualquier tipo de prueba, ya sea el recibo de compra o presentando el objeto. Ver en este sentido *LGDCU, Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 416.

(67) Otro de los elementos esenciales de la garantía se refiere a sus elementos personales. La Ley habla del garante, pero no señala a quién incumbe prestar dicha garantía, lo cual se debe a que la práctica comercial ha impuesto que en algunas ocasiones sea el propio vendedor el garante, y en otras sea un tercero distinto del vendedor, dada su disponibilidad técnica en la elaboración del producto.

Cuando el garante sea una pluralidad de personas de la cadena de producción, la práctica judicial ha determinado siempre la responsabilidad solidaria de los demandados. Tesis ya sostenida por DE LA HAZA, *Garantías de los productos*. Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor. Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, págs. 181 y 182.

(68) Entendemos por titular de la garantía el adquirente del bien o del derecho de uso que recae sobre el objeto. La mayoría de la doctrina entiende que no se trata de un derecho personalísimo del consumidor, por lo que la protección se extendería a los sucesivos adquirentes, siempre que se ejercite durante el periodo de garantía. Así, GARCÍA CANTERO, G., *Comentario al artículo 11 de la LGDCU*. Comentarios a la LGDCU, Madrid, 1992, pág. 379; TORRES LANA, *op. cit.*, pág. 801; GARCÍA CRUCES, «Las garantías contractuales como protección frente a los defectos de producto», en *Derecho de los Negocios*, núm. 132, septiembre de 2001, pág. 9.

(69) Estos derechos se corresponden con su contenido: hay un contenido mínimo, inderogable, según el artículo 11.3 de la LGDCU, pero también hay un contenido dispositivo, fruto de la autonomía de la voluntad que, tratándose de condiciones generales, deberán ajustarse a los artículos 10 y 10 bis de la Ley.

(70) La norma no impone ningún plazo mínimo de duración de la garantía, lo cual llevó a que ciertas voces abogaran por la aplicación del plazo establecido en el artículo 1.490 del Código Civil para las acciones edilicias, a pesar de que la autonomía de la voluntad podría aumentarlo y nunca reducirlo (DE LA HAZA, *op. cit.*, pág. 182; PANIAGUA AZURERA, M., «La protección del adquirente no profesional de bienes muebles defectuosos en la compraventa mercantil tras la LGDCU», en *CDC*, núm. 9, 1991, pág. 142). En todo caso, el artículo 11.3.e) de la LGVBC, que estaría llamado a resolver la omisión, se limita a declarar que la garantía deberá expresar el plazo de duración y su alcance territorial sin especificar nada más.

Aun cuando algunos autores se pronunciaban a favor de que el cómputo de plazo corriera desde que el comprador tuviera la ocasión de constatar el funcionamiento del bien (PARRA LUCÁN, M. A., *Comentario al artículo 12 LOCM*. Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista. Madrid, 1997, págs. 217-218), el artículo 12.2 de la LOCM concluía que el plazo empezaría a computarse desde la fecha de recepción del bien, pues se considera que el comportamiento normal en el consumidor es constatar el correcto funcionamiento del bien adquirido tras la adquisición.

en la LGVBC el derecho de reparación y de sustitución del bien adquirido se hallan en plano de igualdad y sólo cuando el consumidor no pueda exigirlo o si no se han llevado a cabo en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, procederá solicitar la rebaja del precio o la resolución del contrato. Aún así, los derechos concedidos por el artículo 11.3 de la LGDCU son mucho más favorables para el adquirente que los proporcionados por el artículo 1.486 del Código Civil (acción redhibitoria o estimatoria), en donde la necesidad del comprador no queda totalmente satisfecha puesto que se queda sin el producto o con el producto defectuoso pero más barato, si bien su necesidad siga persistiendo. La posibilidad de reparar o sustituir el bien defectuoso proporcionará, sin duda, más satisfacción al comprador que la protección suministrada por las acciones edilicias. Además, tanto la reparación como la sustitución pueden ser de más utilidad al vendedor, ya que el contrato se mantiene al contar el productor con los recursos técnicos suficientes para ello. Sin embargo, la LGDCU excluye la acción estimatoria por entender que con la reparación, sustitución o resolución se cuenta con los mecanismos suficientes para satisfacer plenamente las necesidades del consumidor, lo cual no es óbice para que, en virtud de la autonomía de la voluntad, se pueda incorporar ese remedio en la garantía.

El precepto comentado instaaura una jerarquía en la utilización de los remedios previstos, por lo que el titular de la garantía no es libre de optar entre ellos. En efecto, se prefiere la reparación en detrimento de los derechos subsidiarios de sustitución y resolución, para el caso de que la reparación no sea posible. La única opción permitida es entre la sustitución o la resolución pero sólo cuando la reparación resulte infructuosa (71).

Así es, por una parte el consumidor contará con el derecho a la reparación gratuita de los vicios y defectos originarios (72) y de los daños y perjuicios

(71) La doctrina y la jurisprudencia han sido más flexibles considerando que si el defecto es grave de manera que pueda preverse que con la reparación difícilmente se obtengan las condiciones óptimas del objeto o que la reparación supondrá un sacrificio superior a lo razonable para la buena fe, se podrá optar entre la resolución del contrato o la sustitución, en tanto que si el defecto es de poca entidad y fácilmente reparable, lo normal es que sea el mismo comprador quien acuda a la reparación. En este sentido, RUBIO GARRIDO, «La garantía del artículo 11 LCU», en *ADC*, 1990, III, págs. 525 y sigs.

(72) Esta facultad de reparar un bien no está prevista en el régimen de saneamiento por vicios ocultos y responde mucho mejor a las necesidades del consumidor, puesto que el adquirente de un bien que funciona mal es disponer de él en perfectas condiciones, cuando además al vendedor por disponer de un servicio técnico puede resultarle lo más eficaz.

Son notas de la reparación constituir una obligación de hacer que compele al garante a obtener un resultado y, por otro lado, tener un carácter totalmente gratuito. Para que la reparación no dé lugar a la sustitución o resolución del contrato, el garante deberá con-

por ellos ocasionados (73) y, de no ser satisfactoria la reparación efectuada y no revestir el objeto las cualidades óptimas para el uso al que estuviera destinado, a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características (74) o la devolución del precio pagado (75). Para ello no se requiere que el producto fuera totalmente inútil, sino que bastaría que el uso se viera alterado de manera relevante y las prestaciones esperadas y frustradas incidieran en aspectos esenciales a su uso o disfrute. Basta que el titular de la garantía alegue la falta de funcionamiento adecuado para que se invierta la carga la prueba y deba ser el vendedor, productor o fabricante quien haya de probar el perfecto estado del bien adquirido. La especialidad de este artículo 11 deriva de su regulación de la garantía comercial, contractual o convencional con carácter imperativo, de manera que cualquier tipo de renuncia a ella o a cualquier otro derecho regulado en la Ley sería nula y toda cláusula al efecto se tendría por no puesta por entenderse abusiva. Por su

seguir un resultado satisfactorio de forma que el bien reparado alcance las condiciones óptimas para cumplir el uso al que estuviera destinado.

La reparación constituiría una *integración del contrato de compraventa con efectos que proceden del contrato de obra* (BERCOVITZ, R., «La defensa del consumidor en la LCU», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág. 219).

Ante la ausencia de un plazo para efectuar la reparación del bien, habrá de ser un plazo razonable, admitiéndose la posible determinación judicial del plazo al amparo del artículo 1.128 del Código Civil.

(73) Este derecho a indemnización procede sólo cuando el bien haya sido reparado y no cuando haya sido sustituido o se haya resuelto el contrato. Sin embargo, este criterio es modificado por la LGVBC cuando en su Disposición Adicional concede, en todo caso, al comprador el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad. Ya la doctrina era partidaria de esta tesis (BERCOVITZ, R., *op. cit.*, pág. 221; GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, págs. 384, 387-388).

Estamos en presencia de una responsabilidad objetiva, al ser resarcibles los daños y perjuicios al margen de su conocimiento o no por parte del garante.

(74) Pareciera que la sustitución del objeto defectuoso por otro de idénticas características es el remedio más satisfactorio para el consumidor, puesto que con ello adquiere el bien que en un principio deseaba adquirir, totalmente nuevo y sin reparaciones, sin que se pueda exigir al consumidor un precio adicional por ello. El uso que hubiera hecho el consumidor del bien defectuoso no puede entenderse como un enriquecimiento para él, pues el uso del bien se compensa con el precio y, además, hay un perjuicio ocasionado al consumidor que debiera indemnizarse.

(75) Estamos ante una facultad resolutoria del contrato, remedio que debería ser el último en operar aunque se presente alternativamente con la sustitución del bien. Será el efecto menos deseado para el vendedor por ser la anulación de un ingreso ya recibido, aunque puede salpicar a un tercero, como puede ser el fabricante, dado que las relaciones personales en las circunstancias del mercado actual tienen un efecto acordeón. Al respecto, *Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*. Eugenio LLAMAS POMBO (Coord.). La Ley, Madrid, 2005, págs. 427 y 428.

La resolución del contrato obligará a restituir el objeto defectuoso y sus accesorios por parte del consumidor y el precio por el garante. En relación al precio, por equidad habrá de moderarse la cuantía que hay que devolver en función de la utilidad recibida por el consumidor por un periodo de tiempo.

parte, la LGVBC regula la falta de conformidad con el contrato y los mecanismos con los que cuenta el consumidor para afrontarla, instrumentos que constituyen la garantía legal, de carácter irrenunciable e incompatible con el ejercicio de las acciones edilicias, a tenor de la Disposición adicional de la nueva Ley de 2003.

Cuestión polémica ha sido la de determinar el plazo para el ejercicio de las acciones derivadas de la garantía, y la naturaleza del mismo —prescripción o caducidad—. La doctrina ha distinguido entre el plazo de garantía durante el cual debe aparecer el vicio, plazo de caducidad, y el plazo en el cual podrían ejercitarse las acciones encaminadas a obtener la satisfacción correspondiente, plazo de prescripción que, por no tener señalado plazo especial sería el general de quince años previsto en el artículo 1.964 del Código Civil. La excesiva y desmesurada extensión del mismo podría aconsejar su reducción por la vía de la autonomía de la voluntad (76), si bien se discute con recelo su inserción en el marco de las condiciones generales de contratación no negociadas individualmente por poder entenderse una merma en la posición jurídica del consumidor.

Vemos, pues, que la LGDCU aporta un régimen jurídico diferente al establecido en el Código Civil sobre la base del tipo de objeto del que se trata —bien de naturaleza duradera— y el carácter de los adquirentes —consumidores—. De ahí que sea preciso determinar si los mecanismos del artículo 11 de la LGDCU son compatibles o no con los otorgados por los del Código Civil, pues toda regulación especial plantea siempre el problema de su armonización con el régimen preexistente (77). A veces, la Ley

(76) FENYO PICÓN admite la validez del plazo inferior a quince años siempre que dicho plazo fuera razonable para que el consumidor pudiera efectivamente ejercer sus derechos y además fuera un plazo inderogable («Cláusulas restrictivas de los derechos del consumidor en caso de incumplimiento: la Disposición Adicional primera y novena de la LGDCU», en *RCDI*, núm. 668, pág. 2480).

(77) Las posibles soluciones son o modificar las disposiciones del Código Civil creando un régimen único para todo tipo de ventas civiles, o bien, como se ha hecho, aprobar una Ley especial referida a las ventas de consumo, que tratará de evitar la fragmentación inquietante del Derecho privado en esta materia: Código de Comercio para las ventas mercantiles; Código Civil para las ventas entre particulares; y la Ley de Consumidores.

Sobre la vigencia o derogación del artículo 11.2 y 3 de la LGDCU, FENYO PICÓN, N., «El sistema de protección del comprador», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2006, pág. 115 y sigs.

La propia autora FENYO PICÓN entiende que el régimen de la falta de conformidad de la LGVBC sustituye al de la garantía legal —comercial— del artículo 11.2 y 3 de la LGDCU en relación al vendedor, pues estos artículos de la LGDCU incluían al productor en la medida en que fuera él quien asumiera la garantía impuesta, de manera que si el consumidor no celebra el contrato de adquisición con el productor, estos artículos quedarían derogados a través del artículo 10 de la LGVBC, que regula la acción del consumidor contra el productor (*El sistema de protección del comprador*, pág. 130 y sigs.).

especial es la que se pronuncia sobre el particular, ya derogando el régimen general para los casos previstos en la normativa especial, ya admitiendo su compatibilidad, pero en otras ocasiones la ley concreta no se pronuncia al respecto (78).

La mayoría de la doctrina se ha pronunciado en pro de la compatibilidad del régimen legal del Código Civil y la LGDCU (79), pero tal parecer, por mayoritario, no resolvía todos los problemas ya que había que establecer el modo como se debía llevar a cabo tal engranaje y coordinación. Ello justifica que las soluciones doctrinales en torno a dicho planteamiento han sido de lo más variadas: algunos delimitan en función de la mayor (régimen del Código Civil) o menor gravedad (art. 11.3 de la LGDCU) de vicios que sufre el bien (80); otros abogan por una facultad de elección entre un sistema u otro, aun cuando el de la LGDCU responde mejor a la satisfacción de los intereses de los consumidores (81); DE LA HAZA considera que la regulación del Código Civil es supletoria respecto del artículo 11 de la LGDCU (82); otros autores presentan criterios más complejos (83). FENOY PICÓN conside-

(78) La LGDCU no se refiere abiertamente al respecto, pero el artículo 7 de la misma afirma que se aplicará además lo previsto en las normas civiles y mercantiles con relación a los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios. A juicio de FENOY PICÓN (*Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa [Evolución del ordenamiento español]*, Madrid, 1916, pág. 363 y sigs.), el artículo 7 pretende destacar el carácter de norma especial de la LGDCU y advertir al intérprete que hay otras leyes aplicables, siempre que sea posible por no oponerse a ella. No obstante, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en el comentario al artículo 7 de la LGDCU, *Comentarios a la LGDCU* (BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO Y SALAS HERNÁNDEZ, Madrid, 1992, págs. 127-132), entiende que la concurrencia de las normas de la ley especial y otras leyes civiles o mercantiles ha de resolverse prudentemente caso por caso, a partir del principio del mayor beneficio para el consumidor.

(79) En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*La defensa...*, págs. 220-221), PARRA LUCÁN (*Los derechos mínimos...*, págs. 550-552), MARTÍNEZ DE AGUIRRE («Las condiciones de protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía», en *EC*, núm. 16, 1989, págs. 99, 108-109), GARCÍA CANTERO (*op. cit.*, pág. 373).

(80) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La protección...*, pág. 157.

(81) MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Las condiciones de la protección...*, págs. 108-109.

(82) *Op. cit.*, pág. 175.

(83) TORRES LANA (*La garantía...*, pág. 805) habla de solapamiento de regímenes cuando el vicio es oculto y esencial; PARRA LUCÁN (*Los derechos mínimos...*, pág. 550) prefiere partir de la distinción entre el caso de defecto grave o de insatisfacción total para el comprador —donde se aplicará el art. 1.124 del Código Civil—, del resto de los supuestos en que el objeto sea defectuoso, donde concede al comprador la opción entre las acciones del Código Civil y el artículo 11.3 de la LGDCU, por ser ello la interpretación más favorable al consumidor; GONZÁLEZ PACANOWSKA («Comentarios al art. 12 de la LOCM», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997, págs. 211-212) resuelve la cuestión dependiendo de si la garantía la presta el vendedor o el fabricante del bien.

ra que el régimen del saneamiento por vicios ocultos es reemplazable si se ofrece al consumidor la opción entre la reparación del bien, su sustitución o resolución del contrato, más la posibilidad de reclamar los daños sufridos y el ejercicio de las acciones edilicias si la reparación o sustitución fracasa (84).

Aún así, la doctrina no es unánime y algunos autores se pronuncian en contra de la compatibilidad entre el régimen del saneamiento del Código Civil y los derechos regulados en el artículo 11.3 de la LGDCU sobre la base de que la LGDCU pretendería adecuar el régimen tradicional a las nuevas necesidades del tráfico moderno, de manera que el nuevo régimen sustituiría al anterior (85).

En todo caso, todas las posturas expuestas tratan de responder al hecho incuestionable de la duplicidad de regímenes: mientras que el espíritu de la Ley especial —art. 7— pudiera pronunciarse por la compatibilidad de regímenes jurídicos, podría alegarse la incompatibilidad al abrigo de la lógica por tender ambos regímenes a fusionarse al resolver el mismo supuesto de hecho. Ya algunos autores lo advertían al admitir la aplicación del sistema jurídico más beneficioso, pues defender una regulación adicional resulta tanto superfluo como inútil (86).

En una posición intermedia y ecléctica, parecería que lo más idóneo es conceder al consumidor suficientemente informado del doble régimen del que dispone la facultad de optar por el mecanismo legal que le resulte más provechoso a fin de cubrir sus necesidades y satisfacer sus intereses.

No obstante, la Disposición Adicional de la Ley 23/2003, que más tarde analizaremos, trata de zanjar la cuestión al declarar la incompatibilidad del ejercicio de las acciones contempladas en dicha Ley con las derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa.

Concluye el artículo 11 de la LGDCU con un párrafo quinto que aborda el denominado servicio postventa, relacionado con la prohibición del párrafo cuarto de incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados por sectores. El servicio técnico pretende hacer perdurar la utilidad del bien o servicio, incluso después de que haya transcu-

(84) *Cláusulas restrictivas...*, págs. 2492 y 2499.

(85) DUQUE («La protección de los derechos económicos y sociales en la LGDCU», en *EC*, núm. 3, 1978, págs. 74 y 76), RUBIO GARRIDO («La garantía del art. 11 de la LGDCU», en *ADC*, 1990, III, págs. 867 y 917), GARCÍA-CRUCES (*op. cit.*, pág. 23).

(86) CARRASCO/CORDERO MARTÍNEZ, «Transposición de la Directiva Comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Propuesta de regulación, textos articulados y bibliografía» (Segunda Parte), en *EC*, núm. 52, 2000, págs. 45 y 46. Estos autores consideran que la garantía del artículo 11.3 de la LGDCU es más ventajosa para el consumidor, aunque pueda resultar más incompleta, y exponen sus razones para sustentar tal afirmación.

ruido el periodo de garantía, de manera que el consumidor tendrá la oportunidad de contar con la información del vendedor, fabricante o importador relativa a talleres o establecimientos, servicios de reparaciones, cambios, actualizaciones, aun cuando ya no sea de forma gratuita, dado que tales deficiencias son consecuencia del uso u otra causa no imputable al vendedor ni al fabricante, sin que sea la tenencia del documento de garantía la que otorgue derecho a este servicio de asistencia, sino el simple hecho de haber adquirido el producto.

2. LA DIRECTIVA 1999/44/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 25 DE MAYO DE 1999, SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA VENTA Y LAS GARANTÍAS DE LOS BIENES DE CONSUMO

Fruto del movimiento tendente a la construcción de un Derecho Civil europeo y tras la debida tramitación en el seno de la Comunidad Económica Europea llega a ver la luz la Directiva de 25 de mayo de 1999 (87), a fin de establecer una serie de criterios mínimos en atención a la consecución de un marco adecuado para la protección de los consumidores, toda vez que el Derecho Privado europeo se erige en un Derecho de consumo que en ocasiones rompe y en otras enlaza con las instituciones jurídicas tradicionales (88). Prueba de ello lo representa la mencionada Directiva que trata de buscar los consensos necesarios sobre la base de una práctica habitual en nuestros días, cual es la producción de bienes en masa, así como que trata de potenciar la realización del mercado interior europeo, elementos ambos constitutivos vertebrales del nuevo Derecho de Obligaciones europeo.

El ámbito de aplicación de la Directiva en ciernes queda delimitado tanto subjetiva como objetivamente. Así es, subjetivamente se limita a las ventas celebradas entre consumidores (89) y vendedores profesionales, lo cual excluye *sensu contrario* tanto las ventas celebradas exclusivamente entre comerciantes, como las efectuadas entre no comerciantes. En el plano objetivo, se reduce su cobertura al bien de consumo entendido como cualquier bien mue-

(87) DO L 171 de 7 de julio de 1999, pág. 12.

(88) Al respecto, SANZ VALENTÍN, L. A., «La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 27 de septiembre al 3 de octubre de 1999, págs. 1073-1094.

(89) La noción que de consumidor emplea la Directiva en su artículo 1 parte de una visión restrictiva, como toda persona física que en la contratación no actúa en el marco de su actividad profesional. La duda surge para las ventas de consumo entre comerciantes cuando el bien fuera adquirido para una doble finalidad, personal y empresarial.

ble corpóreo (90), con excepción de los vendidos por el juez tras un embargo u otro procedimiento, el agua y el gas no envasados en volumen o cantidades determinadas, y la electricidad.

El eje esencial de la Directiva radica en la obligación que pesa sobre el vendedor de entregar al consumidor bienes que sean conformes con el contrato de venta, con lo cual se introduce una noción, la conformidad con el contrato, ajena a la terminología del Código Civil que se asienta sobre la noción de vicio o gravamen oculto. Vemos, pues, que la Directiva se adhiere al sistema implantado por la Convención de Viena al introducir el concepto de conformidad frente al tradicional de vicio o defecto (91), mucho más amplio y abstracto que éste (92), pues el vicio o defecto oculto sería una de las posibles manifestaciones de la falta de conformidad, entendiendo por ella la necesaria correspondencia entre lo estipulado por las partes en el contrato y las prestaciones efectuadas por cada una de ellas, para cuya apreciación habrá que estar al momento de la entrega del bien de consumo —art. 3.1 de la Directiva—.

La implantación del régimen de conformidad implica establecer un régimen jurídico unitario entre la obligación de entrega y la de saneamiento, cuando en el marco de los Códigos latinos funcionan con carácter independiente. La Directiva establece en su artículo 2.2 una serie de presunciones no taxativas sobre bienes de consumo conformes al contrato, de manera que bastaría la ausencia de uno cualquiera de ellos para que no hubiera conformidad: ajuste a la descripción y posesión de cualidades presentadas por el vendedor; aptitud para el uso especial manifestado requerido por el consumidor; aptitud para el uso ordinario del bien; calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y de las declaraciones públicas sobre las características concretas del bien hechas por el vendedor (93).

(90) La amplitud de esta expresión permite incluir también los bienes usados y los consumibles, esto es, los que no son de naturaleza duradera como, por ejemplo, los denominados bienes consumibles informáticos.

Quedaría fuera de la Directiva el régimen de responsabilidad por daños y perjuicios —art. 8.1— y se establecen disposiciones especiales en torno a los bienes de segunda mano vendidos en subasta pública y los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse —arts. 1.3 y 4—.

(91) Ya algunos ordenamientos jurídicos incorporan la noción de conformidad, como el Código Civil alemán en su parágrafo 549, o el Código Civil holandés en su artículo 17 del Libro VII.

(92) La falta de conformidad se refiere tanto a los vicios de calidad de la mercancía, como a los defectos relativos a la cantidad o el tipo —art. 35 de la CV y 2.2 de la presente Directiva—, con lo cual quedarían cubiertos casos no comprendidos bajo la noción de vicio o defecto oculto del artículo 1.484 del Código Civil.

(93) Este supuesto excede el ámbito contractual al conectar la conformidad del contrato con las declaraciones públicas hechas por el vendedor, productor o sus representantes, con relación a las propiedades concretas del bien de consumo, con lo cual cualquier desviación sobre las mismas produciría una falta de conformidad.

No existirá falta de conformidad si al tiempo de la conclusión del contrato el consumidor conocía el defecto o no podía ignorarlo fundadamente (94), o bien si aquélla derivaba de materiales suministrados por el consumidor —art. 2.3 de la Directiva—.

De manera que para la Directiva en estudio el vendedor, a salvo de los casos señalados en el artículo 2.4 en que queda eximido, aparece como único responsable frente al comprador por falta de conformidad, sin perjuicio del reconocimiento de una acción de regreso de aquél contra el o los responsables dentro de la cadena contractual: el productor, vendedor anterior o cualquier otro intermediario.

Los medios de defensa que concede la Directiva al consumidor, aun cuando representan una novedad con relación a las previsiones de nuestro Código Civil, no son tan novedosos por lo que se refiere a los ya recogidos en el artículo 11.3 de la LGDCU, por lo que el régimen de garantías introducido por esta Directiva, en alguna manera ya estaba presente en nuestro ordenamiento jurídico. El consumidor contará frente al vendedor con cuatro medios de defensa que podrá esgrimir de manera graduada, a tenor del artículo 3.2 del texto reseñado: en un primer momento y sin cargo alguno, podrá optar entre la reparación gratuita del bien o su sustitución por otro, mientras no resulte imposible o desproporcionado (95); en un segundo momento, ante la imposibilidad de reparación o sustitución, o bien cuando ello no se produce en un plazo razonable, el consumidor podrá optar entre exigir la rebaja adecuada del precio —acción estimatoria—, o bien la resolución del contrato —acción resolutoria— (96).

Vemos pues en este caso no sólo la relevancia de la publicidad en el mundo de la venta de bienes de consumo donde el vendedor es un mero suministrador de bienes, sino también la conexión más que evidente y estrecha entre el productor, vendedor y el consumidor, más aún cuando en la mayoría de los casos las características de los bienes se hallan predeterminadas por el productor, lo que justifica la responsabilidad del productor frente al consumidor prevista en el artículo 4 de la Directiva.

(94) A pesar de que a los bienes de segunda mano se les aplica el mismo régimen jurídico que a los nuevos, de modo que no cabría excluir las garantías legales (art. 7.1 de la Directiva), el artículo 2.3 podría servir de argumento al vendedor para exonerarse de prestar tales garantías.

(95) El hecho de que estos dos remedios sean preferentes sobre los tradicionales se debe a que la mayoría de las cosas que se venden son cosas genéricas, así como a la necesidad de conservar el negocio jurídico (*favor negotii*), si bien tal elección aparentemente libre se excluye cuando resulte desproporcionada, con lo cual en la práctica revierte la elección al vendedor que, dependiendo de la clase del bien que se trate, optará por la reparación cuando sea un bien costoso, en tanto que acudirá a la sustitución cuando sea de menor valor. Además, el hecho de optar por la reparación no ha de excluir la sustitución.

(96) La resolución parece presentarse como un recurso limitado al caso de la falta de conformidad de cierta consideración, y no para los supuestos de falta de conformidad de escasa importancia.

Lo más novedoso de la Directiva con relación a la regulación del Código Civil es lo referente a los plazos para ejercitar las acciones: el vendedor responde de toda falta de conformidad que se manifieste en un plazo de dos años a partir de la entrega del bien de consumo (97). Se faculta a los Estados miembros para exigir como requisito de hacer valer sus derechos por parte del consumidor su deber de informar al vendedor su falta de conformidad en un plazo de dos meses desde que la advirtiera, lo cual, sin duda, plantea la dificultad para el vendedor de probar el momento en el que el consumidor detectó la falta de conformidad.

El artículo 6 de la mencionada Directiva se refiere a la garantía comercial entendida como la que puede ofrecer el productor, vendedor o importador de un bien con el compromiso de un saneamiento adecuado siempre que no haya correspondencia entre las características del bien y las contenidas en la declaración de garantía o en su publicidad. Aun cuando la Directiva no precisa el contenido mínimo que ha de comprender toda garantía, sí que establece que la garantía ha de declarar que los consumidores cuentan con los derechos reconocidos legalmente por las legislaciones nacionales y que estos derechos no pueden ser afectados por la garantía, de tal manera que nunca el principio de la autonomía de la voluntad podrá por sí solo desplazar las garantías legales reconocidas a los consumidores por sus respectivos ordenamientos jurídicos. A su vez, la garantía debe ser clara e indicar los elementos básicos para presentar reclamaciones —duración, alcance territorial (98)—, nombre y dirección del garante.

Frente a la regla general en materia de consumo que tiende al formalismo como medio para suministrar una mayor protección al consumidor, la Directiva faculta al consumidor para solicitar la garantía por escrito o en cualquier otro soporte duradero disponible que le sea accesible —art. 6.3—.

Se insta a los Estados miembros para que exijan en su territorio que la garantía figure en una o más lenguas, dentro de las lenguas oficiales de la Comunidad, a los fines de alentar el mercado interior y proteger más si cabe a los consumidores.

En contra de lo que sucede en la mayoría de las legislaciones modernas, que no regulan sobre las garantías comerciales, el Derecho español las contempla en sede de consumidores —art. 11.2 de la LGDCU—, con diferencias notorias entre nuestra legislación y las previsiones de la Directiva, puesto que dicha garantía en nuestro Derecho resulta obligatoria para el productor o suministrador en cuanto a los bienes de naturaleza duradera, de forma clara,

(97) Incluso si el ordenamiento jurídico de un Estado miembro prevé un plazo de prescripción para el ejercicio de tales pretensiones, no podrá ser inferior a dos años a partir de la entrega del bien.

(98) Tal previsión ofrece un interés especial, pues la Directiva pretende fomentar las relaciones transfronterizas con independencia del lugar donde se verifique la venta.

y con un contenido muy preciso en cuanto a los derechos con los que cuenta el titular de la garantía, y su infracción cuenta con un régimen muy concreto de infracciones y sanciones (99).

3. LA LEY 23/2003, DE 10 DE JULIO, DE GARANTÍAS EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO

Al efecto de adaptar el régimen jurídico interno de los Estados miembros a la legislación comunitaria, concretamente a la Directiva 44/99/CE, surge en nuestro país la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante LGVBC) con fecha de 10 de julio de 2003 que entra en vigor el 11 de septiembre del mismo año, lo cual no sólo produjo la necesidad de modificar normas anteriores —arts. 11 de la LGDCU y 12 de la LOCM—, sino también generó una serie de problemas, tanto por lo que a la aplicación de la Ley se refiere, como a su encaje en un ordenamiento que desconoce algunas de las soluciones propuestas, así como por la exigencia de armonizar interna y comunitariamente los textos jurídicos en materia de consumo (100).

Ya la Convención de Viena unifica los regímenes de saneamiento y de incumplimiento con la noción de falta de conformidad de las mercaderías, principio este que será el adoptado por la Directiva 44/1999 y, consecuentemente, el recogido en la Ley de 2003. Y es que la mencionada Ley trata de lograr que el bien entregado por el vendedor al consumidor sea conforme con el contrato de compraventa, con su consiguiente responsabilidad en caso de incumplimiento o falta de conformidad. A tal fin, se arbitran una serie de mecanismos —garantías, según la terminología norteamericana *warranty*— con los que cuenta el consumidor para poder reaccionar frente a la falta de conformidad. Además, el legislador pretende una mayor protección del consumidor atribuyendo a las disposiciones de la Ley carácter de orden público, de tal suerte que la renuncia previa de sus derechos es nula, al igual que los actos realizados en fraude de ella, a tenor del artículo 4.2. Así pues, serán nulos los pactos que excluyan o limiten los derechos que esta Ley confiera

(99) La Directiva, por el contrario, contempla la garantía como un fenómeno habitual, para todo tipo de bienes corpóreos, abierta para otros posibles sujetos, con un contenido mínimo muy preciso, sin enumerar los derechos con que cuenta el titular de la garantía, garantía que no conlleva ningún coste suplementario, y no presentará un régimen sancionador.

(100) Según indica la Exposición de Motivos de la Ley de 2003, la Directiva de 1999 pretendía establecer un conjunto de medidas tendentes a garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el marco del mercado interior en todos y cada uno de los Estados miembros, con lo cual observamos que una de las pretensiones de la Ley es unificar la protección de los consumidores en el mercado interior europeo.

al consumidor, puesto que el orden público constituye un freno inquebrantable para el principio de la autonomía de la voluntad.

En el plano subjetivo, la Ley sólo se aplica al vendedor empresario o profesional (101), quien responderá directamente (102) y al comprador reputado como consumidor, tal como viene entendido en la LGDCU (103).

En el plano objetivo, se reduce a los bienes muebles corporales, entendidos como los tangibles (104), destinados al consumo privado (105), con la

(101) El vendedor ha de ser un empresario o profesional que se dedique de modo habitual a la venta de bienes de consumo, sean personas físicas o jurídicas —art. 1.2 de la Ley analizada—.

Vemos, pues, una diferencia de *tradens* de esta ley con el vendedor del Código Civil, que puede ser un particular. De ahí que algunos autores como CARRASCO PEREA, CORDERO LOBATO y MARTÍNEZ ESPÍN propugnan la ampliación del concepto de vendedor, al eliminar la necesidad de que concurra en él la cualidad de profesional, a fin de que las previsiones de la Directiva comunitaria pudieran extenderse también a las compraventas entre particulares («Transposición de la Directiva Comunitaria sobre venta y garantías de bienes de consumo. Propuestas de regulación, textos articulados y bibliografía», en *Estudios sobre Consumo*, 2000, núm. 52, pág. 127). Sin embargo, esta propuesta no es la acogida en la LGVBC.

(102) El artículo 10 de la Ley faculta al comprador a reclamar subsidiariamente al productor o fabricante, sólo para el caso de que resulte imposible o excesivamente oneroso dirigirse contra el vendedor. Aún así, el vendedor reclamado cuenta con el plazo de un año para repercutir sobre el fabricante el coste de lo satisfecho al consumidor por falta de conformidad.

(103) La Ley no ofrece un concepto de comprador o consumidor, sino que por remisión expresa entran en juego los párrafos 2 y 3 del artículo 1 de la LGDCU, esto es, serán consumidores las personas físicas o jurídicas que adquieran bienes de consumo como destinatarios finales de los mismos sin intención de incorporarlos a procesos de producción, transformación o reventa. Este concepto de consumidor de la LGDCU se aparta un tanto del aportado por la Directiva 99/44 que reputa consumidor a toda persona física que actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional.

Surge la cuestión doctrinal en torno a si el empresario o profesional será o no un sujeto protegido por la Ley cuando adquiera un bien de consumo para utilizarlo personal y cotidianamente en su actividad, sin integrarlo en ningún proceso productivo o comercial. Al respecto, CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 39-42.

Aun cuando no lo dice la Ley, las garantías ofrecidas al comprador se entienden también aplicables al sujeto que, sin ser comprador, llega a ser destinatario final de los bienes adquiridos.

(104) Quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Ley la compraventa de derechos por entenderse como bienes incorpóreos, así como también las ventas de bienes inmuebles.

(105) Expresión más que redundante, puesto que si se exige que el comprador sea un consumidor destinatario final de los bienes, es evidente que los bienes han de destinarse al consumo privado pues, de no ser así, el comprador no merecería la cualidad de consumidor.

También se incluyen en el ámbito de aplicación objetivo de la Ley, los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de producirse o fabricarse, concluye el mencionado artículo 2 de la Ley, norma incompleta e incorrecta, a juicio de CASTILLA BAREA (*op. cit.*, págs. 45-47).

exclusión de los bienes adquiridos por venta judicial (106), del agua o gas cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o en cantidades determinadas, de la electricidad, y de los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores pueden asistir personalmente —art. 2.1 de la Ley— (107).

En el plano territorial basta la vinculación del objeto, de uno de los sujetos o del contrato con un Estado miembro de la Unión Europea para que se aplique esta Ley, según reza el artículo 13 de la misma.

La Ley parte del principio de la conformidad que, salvo prueba en contrario, se presume al no haber rechazado el comprador el bien al momento de la entrega, según la terminología empleada por la Directiva y el Convenio de Viena, pero que, al margen de la novedad de la expresión, se refiere a supuestos ya contemplados tradicionalmente de incumplimiento contractual: no haber realizado la entrega prometida, o con las características prometidas, o bien haber efectuado una entrega con vicios o defectos ocultos. No obstante, a pesar de la presunción referida al haber aceptado el bien el comprador, si el bien no cumple con una serie de requisitos se entenderá que no es conforme al contrato y, por ende, el comprador podrá utilizar los mecanismos jurídicos previstos al efecto por la ley. Vemos, pues, que el hecho redhibitorio en el sentido que lo contempla la nueva Ley es una suerte de incumplimiento que genera responsabilidad para el vendedor, dada la fuerza obligatoria del contrato, en tanto que el saneamiento visto desde la perspectiva del comprador es una reacción del ordenamiento jurídico ante el cumplimiento defectuoso de aquél con claras implicaciones para el vendedor al que se le pueden imponer una serie de actuaciones por faltar a la conformidad del contrato.

El mérito de la Ley estriba en relacionar la obligación del vendedor con lo estipulado en el contrato y no con un estado cuestionable del bien al momento de celebrarse, lo cual constituiría una interpretación correctora del artículo 1486.1 del Código Civil (108). Ya no sólo es preciso para que un vicio sea reputado como redhibitorio que la cosa vendida presente exteriormente una anomalía o tara inicialmente imperceptibles para el comprador,

(106) La exclusión de este tipo de bienes de la Ley no se basa en características concretas del bien, sino más bien por razón del procedimiento por el cual se han adquirido, que no responde a los contratos de adquisición sobre los que la Ley incide. CASTILLA BAREA no ve justificada tal exclusión (*op. cit.*, págs. 43 y 44).

(107) Con relación a la aplicación de la Ley a los bienes perecederos, consumibles, de segunda mano y no fungibles, ESTRUCH ESTRUCH, J. y VERDERA SERVER, R., «La Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo», en *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 459-461.

Sobre los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores puedan asistir personalmente, CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, págs. 44 y 45.

(108) CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, págs. 55-57.

sino que se requiere además que tal defecto repercuta sobre las posibilidades del uso del bien, y las disminuya.

Son estos requisitos los establecidos en el artículo 3 de la Ley, que regula la conformidad de los bienes con el contrato, con exclusión de los casos de vicios aparentes pues en tal supuesto no puede haber falta de conformidad al no existir contradicción entre lo entregado y lo comprometido por el vendedor (109); la descripción realizada por el vendedor y las cualidades de la muestra o modelo (110); la aptitud del bien para los usos a los que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo (111); la adecuación del bien al uso requerido por el consumidor y aceptado por el vendedor (112); la adecuación del bien a la calidad y prestaciones habituales que fundadamente pudieran esperarse y a las características declaradas públicamente (113); la correcta instalación del bien (114).

(109) Los citados criterios tendrían un carácter supletorio con relación a las previsiones específicas de las partes, pero ello no es del todo claro y categórico. Al respecto, CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, págs. 78-86.

(110) Criterios que deben concurrir juntos y no por separado, en el sentido de que las descripciones hechas por el vendedor deben relacionarse necesariamente con una venta celebrada sobre muestra o modelo.

El problema que se plantea para el comprador será probar tanto las afirmaciones realizadas por el vendedor, pues difícilmente serán hechas por escrito, como que el bien no posea las cualidades que el vendedor haya presentado al comprador en forma de muestra o modelo.

(111) No es necesario que tales usos hayan sido declarados por el vendedor, ya que son conocidos por el comprador y para tal uso adquirió el bien.

La estrecha relación de este requisito con el anterior se demuestra en el hecho de que los compradores pretenden obtener de las cosas adquiridas las cualidades y los usos habituales y acordes con la naturaleza del bien adquirido.

(112) Se refiere a un uso especial al que no se destinan ordinariamente los bienes de la clase adquiridos por el consumidor; sin embargo, éste pretende utilizarlo para dicho uso y el vendedor ha manifestado que resulta apto también para ese uso específico. Surge aquí una nueva dificultad probatoria para el consumidor, cual es acreditar que al tiempo de la venta manifestó tal circunstancia al vendedor y que éste aceptó que el bien servía para esa finalidad.

(113) Podría entenderse que se incumple el contrato si el bien concreto entregado no presenta la calidad y prestaciones que cabría esperar si se tiene en cuenta el bien del que se trate.

Por otro lado, el comprador tiene derecho a exigir lo ofertado públicamente, puesto que lo ofertado en la publicidad se integra en el contrato como contenido obligatorio del mismo, según reza el artículo 8 de la LGDCU.

En torno al carácter vinculante de las declaraciones públicas, CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, pág. 112 y sigs.

(114) La Ley contempla dos supuestos: que la instalación incorrecta sea realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad por ser una de sus obligaciones accesorias, en cuyo caso cualquier perjuicio producido al bien, fruto de la incorrecta instalación, será soportado por el vendedor sin poder repercutir nada al comprador; o que la incorrecta instalación del bien llevada a cabo por el comprador sea consecuencia de un error en las instrucciones, en cuyo caso la falta de conformidad deriva de una falta de información o de una información errónea (CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, págs. 139-142).

Al amparo de los artículos 3.3 y 4.1 de la Ley, la falta de conformidad habrá de reunir una serie de características para que genere la obligación de saneamiento, algunas de ellas comunes a las requeridas por las acciones edilicias: su incognoscibilidad por parte del consumidor; que no derive de los materiales suministrados por el consumidor; su preexistencia al momento de la entrega del bien. Aun cuando la entidad e importancia de la falta de conformidad no determina la responsabilidad del vendedor, a diferencia del régimen previsto en el Código Civil en sede de vicios ocultos, sin embargo, si el defecto de conformidad es leve el consumidor no podrá exigir la resolución del contrato, sino sólo las medidas que tratan de asegurar la conservación del contrato (*favor negotii*).

Varios son los tipos de plazos de garantía contemplados en el artículo 9 de la Ley de 2003 aquí comentada: Dos años con carácter imperativo desde la entrega del bien para que se manifiesten las faltas de conformidad, plazo de garantía que no será susceptible de interrupción o suspensión. Si el bien es de segunda mano, el plazo puede ser menor si así se establece en el contrato, pero nunca será inferior a un año, de manera que si las partes no hacen uso de su libertad de contratación para restringir el periodo respecto de los bienes usados, el plazo que regirá será supletoriamente el genérico de los dos años. Si los plazos pactados de garantía son inferiores a estos plazos indicados, la Ley emerge imperativamente y los plazos contractuales se alargarán hasta hacerlos coincidir con los plazos legales —art. 4 y Exposición de Motivos de la Ley—. Sea cual fuere el plazo, incluso cuando sea el mínimo de un año, observamos que la duración del periodo de manifestación de las faltas de conformidad amplía con creces el de los seis meses del artículo 1.490 del Código Civil.

Dentro del periodo de garantía, se presume que las faltas de conformidad manifiestas en los seis meses posteriores a la entrega del bien ya existían cuando se entregó, salvo incompatibilidad con la naturaleza del bien o la índole de la falta de conformidad; si la falta de conformidad se manifiesta transcurridos los seis primeros meses desde la entrega, el comprador deberá demostrar no sólo la falta de conformidad del bien y que se halla dentro del plazo de garantía de los dos años, sino también que la falta de conformidad preexistía a la entrega.

Las acciones que la Ley reconoce al consumidor, una vez manifestada la falta de conformidad en el plazo de dos años desde la entrega, prescriben a los tres años a partir, no desde cuando se manifestaron los vicios, sino desde el momento de la entrega del bien (115). Para poder ejercitar tales acciones

(115) Al efecto de eliminar las dudas sobre cuándo ha de entenderse el momento de la entrega, el artículo 9.1 de la Ley establece que, salvo prueba en contrario, la entrega se entiende hecha en el día que figure en la factura o tique de compra o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior, en una clara idea del legislador de

el consumidor, siguiendo aquí el criterio de la Directiva 44/99 por ser una figura totalmente ajena a nuestro Derecho, deberá realizar una denuncia previa al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que la detectó (116), denuncia que, salvo prueba en contrario, se presume efectuada dentro del plazo preceptuado. Muy importante al respecto es determinar si la omisión de la referida carga produce o no la pérdida para el consumidor del ejercicio de sus derechos, lo cual podría atentar contra el verdadero espíritu del legislador, cual es proteger al débil jurídico.

Según el artículo 4 de la Ley, los mecanismos de protección con los que cuenta el consumidor son la reparación del bien, su sustitución, la rebaja del precio y la resolución del contrato, amén en todos ellos de la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la falta de conformidad, puesto que los derechos reconocidos al consumidor pueden no colmar todas sus pretensiones (117). Ahora bien, todos ellos no se encuentran en plano de igualdad, puesto que el artículo 7 condiciona la rebaja del precio o la resolución del contrato al hecho de que el consumidor no pueda exigir la reparación o sustitución, o a que éstas no hubieran sido satisfactorias, por lo que resultan ser unos recursos subsidiarios respecto de la facultad de elegir entre la reparación o la sustitución del bien.

De manera que, ante la falta de conformidad, el consumidor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del bien, a menos que una de estas opciones o ambas resulten imposibles (118) o desproporciona-

adaptar los periodos legales de manifestación de los defectos a la posibilidad real de percibirlos.

CASTILLA BAREA, M. (*op. cit.*, págs. 277 y 278) considera que el *dies a quo* debería haberse computado mejor desde el momento en que se manifestara la falta de conformidad, siempre y cuando tuviera lugar dentro de los dos años contados a partir de la entrega de la cosa, pues así no comenzaría a correr el tiempo del ejercicio de las acciones en contra del consumidor inútilmente, dado que el tiempo que transcurra antes del descubrimiento de la falta de conformidad no permite al consumidor ejercitar acción alguna.

(116) Aunque el artículo 9.4 de la Ley tiene su antecedente en el artículo 5.2 de la Directiva 1999/44/CE, su origen no deriva de un mandato del legislador europeo sino en una libre decisión del legislador español de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico tal exigencia. El hecho de que tal exigencia se previera en la regulación de la compraventa mercantil —art. 342 del Código de Comercio— nos permite atisbar un acercamiento entre ambos regímenes jurídicos, civil y mercantil.

En torno a la naturaleza jurídica del deber impuesto y los aspectos procesales de la denuncia, CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, pág. 197 y sigs.

(117) El consumidor podrá demandar tanto el daño emergente como el lucro cesante, daño patrimonial y daño moral. Nuestra jurisprudencia suele ser poco dada a reconocer lucro cesante cuando se trata de consumidores, si bien tiende a utilizar el daño moral para compensar perjuicios no suficientemente acreditados. El consumidor deberá acreditar los daños recibidos como consecuencia de la falta de conformidad.

(118) La reparación o sustitución es imposible cuando la falta de conformidad es irreversible o cuando las características del bien la hacen insustituible (la propia Ley en su art. 6.g declara que no cabe la sustitución en los bienes no fungibles o de segunda

das (119). Tanto la reparación como la sustitución serán absolutamente gratuitas para el consumidor, incluidos los gastos de envío, mano de obra y materiales; deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, plazo que la Ley no concreta, sino que lo aproxima, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y la finalidad que tuvieran para el consumidor, con lo cual cada caso será distinto en función de la naturaleza del bien (120). La reparación suspende los plazos de garantía previstos por la Ley desde que el consumidor pone el bien a disposición del vendedor hasta la entrega a aquél del bien reparado (121). Durante los seis meses posteriores a la entrega del bien reparado o sustituto, el vendedor responderá de las faltas de conformidad que motivaron la reparación, presumiéndose en caso de que se reproduzcan en el bien defectos del mismo origen a los inicialmente manifestados que se trata de la misma falta de conformidad, a tenor del artículo 6 de la Ley.

De no efectuarse la reparación o la sustitución en un plazo razonable, haberse efectuado con mayores inconvenientes para el consumidor, o no ser conseguida aún así la conformidad con el contrato, el consumidor podría exigir la resolución del contrato o la rebaja del precio —art. 7 de la Ley—, si bien cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia o leve sólo podrá exigir la rebaja del precio (122) y no la resolución del contrato. La inclusión del concepto jurídico indeterminado sobre la levedad del defecto da rienda suelta a su valoración por las partes y, en defecto

mano). El legislador ha querido excluir de la elección del consumidor la que se revela como inútil o absolutamente inviable desde el primer momento, tras una observación básica de la realidad.

(119) Ante la relatividad de la noción de desproporcionalidad, el legislador —art. 3.2— prefiere hacer un intento de aproximación al concepto, al considerar como tal toda forma de saneamiento que impone al vendedor costes que, comparados con otras formas de saneamiento, no son razonables, según algunos criterios no totalmente económicos (valor del bien sin falta de conformidad, relevancia de la falta de conformidad, saneamiento alternativo sin inconvenientes mayores para el consumidor).

(120) En todo caso, la LGVBC supera la distinción entre compraventa genérica y específica en el supuesto de hecho de falta de conformidad, toda vez que parte de diferente noción del contrato y del incumplimiento, puesto que impone al vendedor la garantía de entregar una cosa ajustada al objeto que del contrato se deriva y cualquier divergencia entre el objeto ideal y el entregado constituye un incumplimiento del mismo. Al respecto, FENOY PICÓN, N., «El sistema de protección del comprador», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2006, pág. 56 y sigs.

(121) La reparación, lo mismo que la sustitución, suspende los plazos de garantía, de manera que, cesada la suspensión, el plazo original de dos años continuará su cómputo desde donde se había quedado al momento de inicio de la suspensión, y no es que correrá de nuevo desde el cese de la suspensión. Al respecto, CASTILLA BAREA, M., *op. cit.*, págs. 280-288.

(122) El artículo 8 de la Ley señala que la rebaja del precio será proporcional a la diferencia entre el valor del bien al momento de la entrega de ser conforme el contrato y el valor que el bien tenía efectivamente al momento de dicha entrega.

de acuerdo, al arbitrio judicial en el que el juzgador deberá interpretar el contrato para detectar los elementos que le informen sobre la importancia que para el consumidor tenía el aspecto del bien que presenta anomalías y, de no hallarlos, acudirá a los criterios objetivos o habituales en el tráfico, esto es, lo que el mercado entiende como grave o leve con relación al tipo de bien adquirido (123).

Vemos, pues, que frente al sistema general de los remedios jurídicos para el caso de incumplimiento en el Código Civil, en donde la pretensión de cumplimiento y la resolución operan en plano de igualdad, cuando el incumplimiento es grave, la Ley de 2003 diseña un régimen específico determinado jerarquizado. De admitir al consumidor que pudiera a su elección acudir al sistema general del Código Civil por incumplimiento, el régimen especial de la LGVBC podría distorsionarse, lo que contrariaría claramente la voluntad del legislador (124).

Mientras que el artículo 8.1 de la Directiva establece la compatibilidad de los derechos conferidos al consumidor con otros derechos reconocidos por las normas nacionales de responsabilidad civil contractual o extracontractual, el planteamiento de la Ley de 2003 en su Disposición Adicional es más restrictivo pues, aunque mantiene el régimen de compatibilidad con las acciones indemnizatorias, es incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa, y guarda silencio con otras acciones distintas de las indemnizatorias o las de saneamiento por vicios ocultos (125). Al respecto, a través de la remisión general que realiza la

(123) MARCO MOLINA, «La garantía legal sobre los bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, pág. 2330.

(124) FENOY PICÓN, N., «El sistema de protección del comprador», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2006, pág. 158 y sigs.

De la misma manera, la entrega de un *aliud pro alio* tiene encaje en la LGVBC, como una modalidad de falta de conformidad, a menos que el vendedor sea doloso, razón por la cual no sería aplicable el régimen general de incumplimiento del Código Civil. Ver FENOY PICÓN, N., *El sistema de protección del comprador*, págs. 182-187. La Ley no contempla su aplicación al vendedor doloso, por lo cual habrá de aplicarse el régimen general del incumplimiento del Código Civil —arts. 1.096, 1.101 y sigs., y 1.124— (FENOY PICÓN, N., *op. cit.*, pág. 264 y sigs.).

(125) Y es que, según anuncia la Exposición de Motivos de la Ley, el régimen previsto por la nueva Ley para las faltas de conformidad sustituye íntegramente al régimen de las acciones edilicias en caso de saneamiento por vicios ocultos, de manera que se crea un nuevo régimen jurídico para ellas y posterga la regulación del Código Civil a las compraventas civiles no comprendidas en el marco de la Directiva.

Si el consumidor pudiera optar por el régimen del Código Civil, no sólo carecerían de justificación todas las cautelas previstas en la Ley de 2003, sino que también se atentaría contra el carácter imperativo de sus disposiciones, toda vez que el consumidor no podría renunciar a hacer valer las acciones previstas en ella.

referida Disposición Adicional a la indemnización de daños y perjuicios en caso de falta de conformidad, de acuerdo a la legislación civil y mercantil, se concede al consumidor un nuevo instrumento para tutelar sus intereses, amén de los ya analizados, tanto para reclamar daños contractuales como extracontractuales (126).

Sin embargo, la Ley de 2003 ha omitido que el consumidor en cuanto comprador y acreedor goza de una serie de mecanismos protectores en nuestro ordenamiento jurídico distintos a los del saneamiento por vicios ocultos, puesto que la anacrónica regulación del Código Civil en materia de vicios ocultos había propiciado en la práctica el abandono de tales preceptos y sus correlativos del Código de comercio. Por ello, el legislador de 2003 más que resolver el encaje de la nueva Ley con el sistema de los vicios ocultos debía haberse pronunciado por su compatibilidad con las reglas generales de protección ante el incumplimiento contractual. Ante esta situación, parece que lo más lógico sea sostener la libertad del consumidor —comprador y acreedor— para seleccionar el mecanismo más favorable a sus intereses, más aún cuando la propia Ley sólo declara la incompatibilidad de su régimen con las acciones edilicias y no con las acciones generales derivadas del incumplimiento (resolución del contrato, excepción de contrato no cumplido, cumplimiento forzoso, indemnización de daños y perjuicios).

Además de los mecanismos jurídicos con los que cuenta el consumidor frente al vendedor por falta de conformidad, considerados como garantía legal, la Ley contempla también, en su artículo 11, la denominada garantía comercial, una mejora de los derechos que ya la garantía legal concede al consumidor. Dicha garantía se integra en el contenido del contrato y es tan exigible como el cumplimiento principal del mismo, aunque sólo obligará a quien figure como garante de él (127). Si el consumidor lo solicita, la garantía comercial deberá formalizarse en castellano, por escrito, directamente

En torno a la falta de conformidad y el saneamiento por vicios ocultos, FENYO PICÓN, N. («El sistema de protección del comprador», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2006, pág. 32 y sigs.) considera que el saneamiento por vicios ocultos no es aplicable a las compraventas regidas por la LGVBC, dado que las ventas de consumo cuentan con un régimen especial para el problema de la falta de conformidad, amén de que la Exposición de Motivos de la Ley establece que las acciones de reparación y sustitución del bien, rebaja del precio y resolución del contrato de esta Ley sustituyen, en las compraventas de consumo, a las acciones edilicias de saneamiento, dejando a salvo las acciones indemnizatorias de los compradores. Es decir, «*saneamiento por vicios ocultos y falta de conformidad son dos regímenes distintos de tratamiento del mismo problema jurídico, surgidos en momentos sucesivos y excluyentes entre sí*».

(126) CASTILLO BAREA, M., *op. cit.*, págs. 262-273.

(127) La Ley sólo habla de que su contenido representa una adición a la garantía legal, por lo que su contenido puede ser de lo más variado (prórroga de los plazos, ampliación de las causas de falta de conformidad, prestaciones substitutivas mientras dura la reparación del bien, eliminación de la denuncia de falta de conformidad).

disponible y accesible para éste, con un contenido mínimo de menciones para el caso de bienes de naturaleza duradera (128), según el artículo 11.2 de la LGDCU (bien del que se trata, nombre y dirección del garante, derechos del consumidor añadidos a los imperativos que reconoce la Ley, plazo de duración de la garantía y ámbito territorial, vías de reclamación), a pesar de que la polémica doctrinal es muy viva en torno a la vigencia de tal precepto, tal como ya hemos señalado anteriormente. La Ley establece un plazo de prescripción breve de seis meses desde la finalización de la garantía para exigir los derechos contenidos en la garantía comercial.

En conclusión, podemos señalar que la responsabilidad emanada de la nueva Ley de 2003 es de naturaleza contractual, matizada, en una más que curiosa excepción al principio de la relatividad del contrato, cuando se exija al productor de los bienes defectuosos la demanda por saneamiento, toda vez que él no fue quien contrató con el consumidor. A su vez, se trata de una responsabilidad objetiva, puesto que el vendedor responde al margen de su conducta dolosa, culposa o no culposa, más aún cuando llega a responder frente al consumidor cuando la falta de conformidad resulte imputable a otra persona que haya tenido contacto con el bien antes que él, si bien cuenta con una acción de regreso contra el verdadero responsable.

Así pues, podemos concluir con DE LA IGLESIA MONJE (129) que, aunque la finalidad práctica de las diferentes normativas que afectan a nuestro estudio podría considerarse semejante, común a todas ellas, como es que la entrega de la cosa resulte correcta, sin defectos ni ausencia de las cualidades prometidas, para obtener la plena satisfacción del comprador y su conformidad, sin embargo, el *iter* es diferente en cada una de ellas.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

A pesar de que los Códigos Civiles han regulado el saneamiento por vicios ocultos en sede de compraventa, la experiencia ha puesto de manifiesto

(128) La Disposición Transitoria 2.^a de la Ley trae a colación el Anexo II del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, entre los que se incluyen instrumentos y material de óptica, fotografía, relojería y música; herramientas, cuchillería, cubertería y otras manufacturas metálicas comunes; muebles, artículos de menaje, accesorios y enseres domésticos; aparatos eléctricos, electrotécnicos, electrónicos e informáticos y su software; vehículos automóviles, motociclos, velocípedos, sus piezas de recambio y accesorios; juguetes, juegos, artículos para recreo y deportes; vivienda.

(129) Se refiere a los preceptos que se hallan implicados (art. 1.484 del Código Civil; art. 336 del Código de Comercio; art. 11 de la LGDCU; art. 35 de la Convención de Viena, de 11 de abril de 1980, y, en conexión con éste, el art. 2 de la Directiva 44/1999). Al respecto, *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

sus puntos débiles al no resolver algunos de los problemas que pretendía subsanar, lo que sin duda alguna ha de justificar la necesidad de propugnar cambios significativos en la regulación a fin de obtener mayor eficacia jurídica del comprador.

A la hora de proteger la posición jurídica del comprador en la venta de la cosa con vicios, nos encontramos con algunas dificultades en el régimen jurídico tradicional del Código Civil, como por ejemplo y sin ánimo exhaustivo, la brevedad de los plazos de las acciones edilicias, las cuestiones de prueba, la no obtención de las pretensiones del comprador, el posible desplazamiento del sistema de protección jurídica frente a la presencia omnímoda del principio de la autonomía de la voluntad. Se suscita, pues, necesariamente la pregunta de si podemos hablar de una crisis del saneamiento por los vicios ocultos y, ante la respuesta afirmativa sobre el particular, surgen nuevas soluciones legislativas que han tratado de colmar los vacíos legislativos propios del espíritu legislativo reinante en una época. La noción de vicio redhibitorio ha de redefinirse, pues habrá de asimilarse a los casos en que la cosa resulta inútil o defectuosa, o de menor utilidad en relación con las del mismo género al tiempo de su adquisición.

La Convención de Viena incorpora una visión amplia y flexible del incumplimiento de la compraventa de mercaderías, cuya manifestación principal radica en la falta de conformidad, comprensiva tanto de las diferencias cuantitativas como cualitativas de las mercaderías entregadas por el vendedor al comprador, incluyendo figuras como el error o los vicios redhibitorios que no son en sentido estricto supuestos de incumplimiento.

Sea cual sea la modalidad de falta de conformidad, la Convención pone a disposición del comprador tanto remedios comunes —resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios—, como otros más particulares de cumplimiento específico —reparación y sustitución de las mercancías, y reducción del precio— en aras de una mayor protección jurídica del acreedor, en este caso el comprador, ante el supuesto de falta de conformidad de las mercaderías. Queda reflejado así uno de los principios informadores de la citada Convención ante el incumplimiento, cual es la conservación del negocio jurídico.

La LGVBC trata de lograr que el bien entregado por el vendedor al consumidor sea conforme con el contrato de compraventa y a tal fin, se arbitran una serie de mecanismos con los que cuenta el consumidor para reaccionar ante la falta de conformidad (reparación del bien, su sustitución, rebaja del precio y la resolución del contrato, amén en todos ellos de la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios ocasionados). Ahora bien, todos ellos no se encuentran en plano de igualdad, puesto que se condiciona la rebaja del precio o la resolución del contrato a que el consumidor no pueda exigir la reparación o sustitución, o a que éstas no hubieran sido satisfactorias.

El régimen previsto por la nueva Ley de 2003 sustituye íntegramente al régimen de las acciones edilicias en caso de saneamiento por vicios ocultos, de manera que se crea un nuevo régimen jurídico para ellas y posterga la regulación del Código Civil a las compraventas civiles no comprendidas en el marco de la Directiva; sin embargo, el legislador, más que resolver el encaje de la nueva Ley con el sistema de los vicios ocultos, debería haberse pronunciado por su compatibilidad con las reglas generales de protección ante el incumplimiento contractual. Lo más lógico es proponer la libertad con la que cuenta el consumidor —comprador y acreedor— para seleccionar el mecanismo que resulte más favorable a sus intereses ante la existencia de una responsabilidad del vendedor de naturaleza contractual y objetiva.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VEGA, M.^a I., *Régimen jurídico de la prestación defectuosa. Significación del principio de falta de conformidad en derecho europeo*. Bases de un Derecho contractual europeo. Espiau Espiau/Vaquero Aloy, Valencia, 2003.
- ARIAS-SALGADO ROBSY, M.^a E., *La ley de garantías en la venta de bienes de consumo. Principales novedades y valoración de la protección para el usuario y el consumidor. El principio de conformidad*. La compraventa: Ley de Garantías. Cuadernos de Derecho Judicial, XI, 2005.
- AVILÉS GARCÍA, J., «Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 32, 4 al 10 de septiembre de 2000, pág. 1179 y sigs.
- «Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», en *RCDI*, 2000, núm. 661, pág. 2727 y sigs.
- BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*. Tomo I. Tecnos, Madrid, 1969.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, 1969, pág. 777 y sigs.
- BOTANA, G. y RUIZ MUÑOZ, M., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. MacGraw Hill, Madrid, 1999.
- CALVO CARAVACA, A. L., «Consideraciones en torno al artículo 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías», en *Actualidad Civil*, 1992, núm. 23, pág. 329.
- CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E. y MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Trasposición de la Directiva Comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo», en *Revista de Estudios sobre Consumo*, 2000.
- CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005.
- CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Madrid, 1985.
- CORRAL GARCÍA, «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo...: un nuevo régimen de saneamiento en la compraventa de bienes muebles», en *RDP*, núm. 5/2000.

- COSSÍO, *Instituciones*, vol. I, Madrid, 1975.
- COSTAS RODAL, L., «El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo», en *Aranzadi Civil*, 2004.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Algunas consideraciones en torno al artículo 1.483 del Código Civil», en *RCDI*, 1971.
- DE CASTRO, F., *Negocio jurídico*, 1967.
- DELL'AQUILA, E., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de una de las partes*. Serie Resúmenes de Tesis Doctorales. Facultad de Derecho. Ediciones Universidad de Salamanca, 1979.
- DE LA HAZA, *Garantías de los productos*. Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor. Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías», en *Monografías* (Centro de Estudios Registrales), 2002.
- DE LEÓN ARCE, A., *Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Valencia, 2000.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Algunas reflexiones sobre la incidencia de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo en el Derecho Civil español», en *Noticias de la Unión Europea*, 2002, núm. 211-212, pág. 135 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/2, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L./ROCA TRÍAS, E./MORALES MORENO, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.
- DUQUE, «La protección de los derechos económicos y sociales en la LGDCU», en *EC*, núm. 3, 1978.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. y VERDERA SERVER, R., «La Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo», en *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- EVANGELIO LLORCA, R., «La garantía del artículo 11 LGDCU y la Directiva 99/44/CE», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002.
- FENOY PICÓN, N., «El sistema de protección del comprador», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2006.
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, «Vicios redhibitorios o *aliud pro alio* según la forma y el momento de ejercicio de la pretensión del comprador pretendidamente frustrado. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998», en *RDP*, 1999, 1.
- FERNÁNDEZ DE VERA RUIZ, M. C., «Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo y su transposición al Derecho español», en *Revista de Estudios sobre Consumo*, 2002, núm. 60, pág. 123 y sigs.

- GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al artículo 11 de la LGDCU. Comentarios a la LGDCU*, Madrid, 1992.
- GARCÍA CRUCES, J. A., «Las garantías contractuales como protección frente a los defectos de producto», en *Derecho de los Negocios*, núm. 132, septiembre de 2001.
- GARCÍA RUBIO, M. P. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantía en la venta de bienes de consumo», en *Jornada de Formación en Consumo*, de 27 de noviembre de 2003.
- GONZÁLEZ BILBAO, E., «La falta de conformidad en la nueva Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *Revista General del Derecho*, 2003-3.
- IGLESIA MONJE, M.^a I., *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, 2002.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. II, Dykinson, Madrid, 1999.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- LETE ACHIRICA, J., «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999, y su trasposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 15 a 21 de noviembre de 1999, pág. 1365 y sigs.
- LUNA SERRANO, A., «El alcance de los conceptos de venta de bienes de consumo y de garantía de los mismos en la Directiva 1999/44/CE», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez-Picazo*. Tomo II, Madrid, 2003.
- LLÁCER MATACÁS, M. R., *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992.
- LLAMAS POMBO, E., «LGDCU. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después», en *La Ley*, Madrid, 2005.
- MARCO MOLINA, J., «La garantía legal sobre los bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 2275 y sigs.
- *La incorporación de la Directiva 99/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones* [pendiente de publicación en el Libro Homenaje al Profesor don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coordinado por los profesores Morales Moreno y Miquel González].
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía», en *EC*, núm. 16, 1989.
- MÉNDEZ TOMÁS, R. M. y VILALTA NICUESA, E., *El saneamiento por vicios o defectos ocultos en el contrato de compraventa*, Barcelona, 1999.
- MORALES MORENO, A. M., *Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: la compraventa*. Segunda Ponencia a las *Dotzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Tossa de Mar, septiembre de 2002 [pendiente de publicación en el Libro de materiales de las Jornadas].
- «El alcance protector de las acciones edilicias», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 33, 1980, Madrid, pág. 585 y sigs.
- *Comentario del Código Civil*. Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

- NAVAS NAVARRO, «La Directiva sobre la venta de bienes de consumo: la garantía legal», en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*. Tomo III, Almería, 2000.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, Valencia, 2000.
- ORTÍ VALLEJO, A., «El nuevo régimen de los defectos de la cosa vendida en la Directiva 1999/44: criterios generales para su trasposición», en *Aranzadi Civil*, 2001.
- «Los vicios en la compraventa y su diferencia con el aliud pro alio: jurisprudencia más reciente», en *Aranzadi Civil*, 1996, 1.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *ADC*, 2003.
- PANIAGUA ZURERA, M., «La protección del adquirente no profesional de bienes muebles defectuosos en la compraventa mercantil tras la LGDCU», en *CDC*, núm. 9, 1991.
- PARRA LUCÁN, M. A., «Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la LGDCU», en *ADC*, 1988-II.
- *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990.
- PERALES VISCASILLAS, P., «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980, sobre compraventa internacional, hasta y después de la Directiva 1999/44/CE, sobre garantías en la venta de bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, 2003.
- PILTZ, B., *Compraventa internacional. Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980*, Buenos Aires, 1998.
- REYES LÓPEZ, M. J. (Coord.), «La Ley 23/2003, de GBC: planeamiento de presente y perspectivas de futuro», en *Aranzadi*, Navarra, 2005.
- RUBIO GARRIDO, «La garantía del artículo 11 LCU», en *ADC*, 1990, III.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J., «Los vicios ocultos y el ejercicio de las acciones que de ellos derivan en la compraventa mercantil», en *R. D. Mercantil*, 1956.
- «La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. La compraventa: Ley de Garantías», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XI, 2005.
- SANZ VALENTÍN, L. A., «La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 27 de septiembre al 3 de octubre de 1999, pág. 1073 y sigs.
- SANTOS BRIZ, J. (Dir.); SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Tratado de Derecho Civil. Teoría y práctica*. Tomo IV. Derecho de obligaciones. Los contratos en particular, Bosch, Barcelona, 2003.
- SCHLECHTRIEM, P. (Ed.), *Commentary on the UN Convention the International Sale of Goods*, Oxford, 1998.
- TABOADA, M., «En torno a la ley de defensa del consumidor y a las observaciones formuladas por el poder ejecutivo», en *La Ley*, 1994, A.
- TAMAYO CARMONA, J. A., «Falta de conformidad de las mercaderías e implicaciones en materia contractual. Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, y normas de la Convención de Viena», en *Noticias de la Unión Europea*, 2002, núm. 211-212, pág. 121 y sigs.

- TORRES LANA, J. A., «La garantía en las ventas al consumidor», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, vol. I, 1992.
- VÁQUER ALOY, A., «Incumplimiento del contrato y remedios», en *Derecho Privado Europeo* (coord.: Sergio CÁMARA LAPUENTE), Madrid, 2003.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Pamplona, 2000.
- VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Navarra, 2004.
- VIDAL OLIVARES, A. R., «Efectos particulares de la falta de conformidad de las mercaderías en la compraventa internacional», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI-2005. Semestre II. Valparaíso, Chile, pág. 559 y sigs.
- ZIMMERMANN, R., «Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo», en *Estudios de Derecho Privado* (trad.: VÁQUER ALOY), Madrid, 2000.

RESUMEN

VICIOS OCULTOS. CONVENCIÓN DE VIENA

A pesar de que los Códigos Civiles han regulado el saneamiento por vicios ocultos en sede de compraventa, la experiencia ha puesto de manifiesto sus puntos débiles al no resolver algunos de los problemas que pretendía subsanar, lo que sin duda alguna ha de justificar la necesidad de propugnar cambios significativos en la regulación a fin de obtener mayor eficacia jurídica del comprador.

ABSTRACT

HIDDEN VICES. CONVENTION OF VIENNA

Although the civil Codes have regulated the cleaning by hidden vices in transaction seat, the experience has shown its weak points when not solving some of the problems that it tried to correct, which without a doubt some has to justify the necessity to advocate changes significant in the regulation in order to obtain greater legal effectiveness of the buyer.

(Trabajo recibido el 11-06-08 y aceptado para su publicación el 10-07-09)

Responsabilidad civil de padres o tutores y de centros docentes: algunos supuestos fronterizos y polémicos

por

ANTONIO JOSÉ QUESADA SÁNCHEZ
Profesor Ayudante Doctor Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES O TUTORES Y DE LOS CENTROS DOCENTES: BREVES CONSIDERACIONES GENERALES:
 - 2.1. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES O TUTORES POR LOS HECHOS DAÑOSOS DE SUS HIJOS O PUPILLOS.
 - 2.2. RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DOCENTES.
3. SUPUESTOS POLÉMICOS RESUELTOS EN LAS SENTENCIAS DE NUESTROS TRIBUNALES:
 - 3.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10-11-1990.
 - 3.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3-12-1991.
 - 3.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15-12-1994.
 - 3.4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23-2-1996.
 - 3.5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10-12-1996.
 - 3.6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19-6-1997.
 - 3.7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29-12-1998.
 - 3.8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4-6-1999.
 - 3.9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18-10-1999.
 - 3.10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30-12-1999.
 - 3.11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29-6-2000.
 - 3.12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28-12-2001.
 - 3.13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31-10-2003.
 - 3.14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23-9-2004.

- 3.15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10-6-2008.
- 3.16. OTRAS SENTENCIAS DE TRIBUNALES INFERIORES:
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 31-12-1994.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Octava), de 20-11-1995.*
 - *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal), de 4-12-1995.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección Tercera), de 5-6-1997.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección Primera), de 27-5-1998.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Cuarta), de 21-7-1998.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección Segunda), de 26-1-1999.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoséptima), de 14-6-1999.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Octava), de 20-11-1995.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 10-11-1999.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera), de 14-12-1999.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), de 13-3-2000.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección Primera), de 15-9-2001.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Cuarta), de 12-2-2004.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección Primera), de 12-11-2004.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Cuarta), de 1-7-2005.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), de 30-11-2007.*
 - *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Primera), de 29-1-2008.*
4. REFLEXIONES ACERCA DE LOS CASOS CITADOS: ANÁLISIS DE ASPECTOS POLÉMICOS.
5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

1. INTRODUCCIÓN

A la hora de valorar la importancia de los sujetos responsables en los supuestos de responsabilidad civil, es básico dedicar atención a los casos en los que se da la llamada «responsabilidad por hecho ajeno», contemplados en los artículos 1.903 y 1.904 del Código Civil. Después de que el artículo 1.902 estableciera que: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»,

el artículo 1.903 regula diversos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno (1). Señala el primer párrafo que: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder». A continuación, comienza a ejemplificar: en el párrafo segundo alude a los padres («Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda»); en el tercero, a los tutores («Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía»); en cuarto lugar, a los dueños o directores de empresas («Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones»); por último, en quinto lugar, a los titulares de un centro docente de enseñanza no superior («Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias»). El último apartado del artículo 1.903 fija que: «La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Completa esta regulación el artículo 1.904, que establece que: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho. Cuando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño».

En el presente trabajo nos va a interesar determinar tanto hasta dónde puede llegar la posible responsabilidad de los padres o tutores, como la del titular del centro docente, para deslindar temporal y conceptualmente ambas, pues vamos a tratar diversos supuestos fronterizos bastante opinables en los que ambos pueden estar implicados. Supuestos a los que hay que ofrecer una respuesta razonable (y que no siempre se ha argumentado adecuadamente en la actuación de nuestros tribunales), centrándonos en el ámbito más estrictamente civil. Para tratar dichos casos con garantías científicas es necesario reflexionar brevemente sobre ambos tipos de supuestos, que tienen en común que estamos ante casos en los que va a responder una persona que no es la

(1) Ambos preceptos están íntimamente conectados, tal y como detalladamente explica GÓMEZ CALLE, E., «La responsabilidad civil del menor», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, 1995, págs. 95-108.

que ocasiona directamente el daño, aunque en realidad parece que esta responsabilidad también se debe a una falta propia: en el caso de los padres y tutores puede deberse a una defectuosa educación o vigilancia de los hijos o pupilos, y en el caso del titular del centro docente, a una defectuosa organización de dicho centro (2). El último apartado del artículo 1.903 avala esta idea, al indicar que la responsabilidad de que trata este artículo cesa cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Parece, por tanto, que esa consideración de responsabilidad por cuenta ajena es un tanto matizable, y que estamos ante una responsabilidad por culpa (sin perjuicio de que su coordinación con el art. 1.904 sea un tanto polémica).

La responsabilidad fijada, además de ser por falta propia aunque el hecho provocador sea de un tercero (3), es directa, y no subsidiaria, ya que la culpa es propia, y en el caso del titular del centro docente, el artículo 1.904 del Código Civil permite repetir del profesor que hubiese provocado el daño con dolo o culpa grave (4), aunque nada establezca sobre el plazo de ejercicio de la acción de repetición (5).

Los tiempos cambian, y es el momento de repasar si sigue siendo exacto aquel viejo comentario de que cuando los padres dejaban a su hijo en el colegio delegaban plenamente la tarea de guarda en los profesores del centro. Es el momento de analizar cómo valoran esta idea (y otras conexas) nuestros tribunales.

(2) En este sentido, con detalle, GÓMEZ CALLE, E., «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 508-516.

(3) Sobre la eterna duda al respecto (culpa propia-culpa ajena), vid. ROCA I TRÍAS, E., «La acción de repetición prevista en el artículo 1.904 del Código Civil», en *ADC*, 1998-I, págs. 17-35. Considera que es puramente por hecho ajeno, sin más, NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 22-24. Sin embargo, opina expresamente que la responsabilidad es por hecho propio, «por infracción de los deberes de vigilancia (profesores) o de organización (Centro y Generalitat)», la SAP de Barcelona de 14-6-1999.

(4) Interesante matiz, pues no basta cualquier tipo de imprudencia para poder ejercitar esta acción, como parece deducirse del primer párrafo (en este sentido, vid., DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 1.904», en *Comentario al Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 2036, y «Comentario al artículo 1.904», en *Comentario al Código Civil*, tomo X, Ed. Bosch, Barcelona, 2006, págs. 182-194). Sobre este artículo, vid. también PANTALEÓN PRIETO, F., voz «Responsabilidad por hecho ajeno», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Ed. Civitas, 1995, pág. 5957.

(5) Es un grave problema, ya que se puede considerar que dicho plazo es de quince años (art. 1.964), o de un año, y el cambio es importante (sobre ello, vid. GÓMEZ CALLE, E., *Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno*, cit., pág. 518).

2. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES O TUTORES Y DE LOS CENTROS DOCENTES: BREVES CONSIDERACIONES GENERALES

2.1. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES O TUTORES POR LOS HECHOS DAÑOSOS DE SUS HIJOS O PUPILOS

Ya hemos comprobado cómo el artículo 1.902 del Código Civil establecía que el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, estaba obligado a reparar el daño causado, y cómo el artículo 1.903 regulaba diversos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno. De los mismos, nos interesa ahora recordar cómo el primer párrafo, general, establecía que: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder», mientras que el párrafo segundo aludía a la responsabilidad de los padres («Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda») y el párrafo tercero, a la de los tutores («Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía») (6).

Para empezar, es claro que estamos ante una *responsabilidad de tipo subjetivo*, es deducible del artículo 1.903 citado, y suele invocarse la *culpa in vigilando* o la *culpa in educando* como fundamento de la misma (7). Sin embargo, a la hora de aplicar esta regulación, nuestros tribunales han convertido de hecho en objetiva dicha responsabilidad, sin atender a que los padres hayan podido probar su diligencia. Como ha demostrado GÓMEZ CALLE, esto ha provocado que nuestros tribunales sean más duros con los padres que con los titulares de centros docentes, por ejemplo (8). Además, esta responsabilidad es *directa y no subsidiaria* de la del dañante.

(6) Interesante estudio de conjunto en LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, págs. 26-46, en CARBAJO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», en AC, 1992-4, ref. XLIV, págs. 729-756, así como en DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 1.903», en *Comentario al Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 2008-2013, y «Comentario al artículo 1.903», en *Comentario al Código Civil*, tomo X, Ed. Bosch, Barcelona, 2006, págs. 30-46. Analiza la historia del precepto, con detalle, ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en RCDI, núm. 675, 2003, págs. 12-23.

(7) Los padres tienen dos grandes deberes con respecto a sus hijos: la educación de los mismos y su vigilancia (BORRELL MACÍ, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1.902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1.903 a 1.910 del mismo cuerpo legal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, pág. 157; GÓMEZ CALLE, E., «Comentario a la STS de 27-9-1990», en CCJC, núm. 24, 1990, ref. 636, págs. 1031-1032).

(8) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 1234-1238.

Respecto de sus *presupuestos*, debemos atender, en primer lugar, a la acción dañosa del hijo menor de edad, suceso objetivamente negligente (9). En segundo lugar, la causación de un daño jurídicamente relevante (material y/o moral) conectado secuencialmente con la acción dañosa. En tercer lugar, la existencia de una guarda paterna sobre el causante del daño, con todos los matices que puedan observarse en lo tocante al desempeño por uno o por los dos progenitores (10). En cuarto lugar, la negligencia de los padres en la guarda del hijo, y para valorar adecuadamente la misma debe atenderse al concreto caso, a las circunstancias de personas, tiempo y lugar (11) (tén-gase en cuenta que los supuestos en que deba entenderse que existe respon-sabilidad de los padres variará según el momento social en que apliquemos la norma) (12).

Se suele indicar que los padres o tutores no serán responsables de los menores desde el momento en que «traspasen» a los mismos a un centro docente, pues a partir de ese momento la responsabilidad por los daños que causen será del titular del mismo. Vamos a comprobar en la presente inves-tigación la exactitud actual de dicha aseveración, trabajando con las senten-cias que nos parecen de mayor interés para ello.

2.2. RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DOCENTES

Establece el artículo 1.903 del Código Civil, en su párrafo quinto, que las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando activi-

(9) Reflexiona con detalle sobre la responsabilidad del menor de edad, desde el punto de vista de su configuración, GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992, págs. 23-42.

(10) Como veremos, la SAP de Castellón, de 26-1-1999, se ocupa expresamente de esta cuestión. Sobre la responsabilidad civil del menor, en general, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 31-164 (antecedentes históricos y comparados), y págs. 167-237 (configuración justificadora).

(11) Circunstancias que estarán vinculadas, de entrada, a las características del hijo, tales como la edad, su carácter, costumbres, desarrollo mental, formación y educación, pero también a las de los padres (imposibilidad de encargarse personalmente de los hijos, por deberes laborales, recursos económicos insuficientes, gran número de hijos). No cabe duda de que también circunstancias objetivas serán de interés, tales como el lugar donde se desarrolla la vida del menor (campo, ciudad), actividades que desarrolla, peligrosidad de objetos que tenga en su entorno, etc. Sobre todo esto, vid. GÓMEZ CALLE, E., *Responsabilidad de padres y centros docentes*, cit., págs. 1245-1250.

(12) Sobre ello, con detalle, CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la respon-sabilidad civil en la jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1987, págs. 103-115.

dades escolares o extraescolares y complementarias. El último apartado de dicho precepto completa la regulación, señalando que la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Por último, el artículo 1.904 establece que: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho. Cuando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño». Es el momento de reflexionar sobre dicha regulación (regulación modificada en 1991 (13), después de que los profesores llegaran a replantearse las actividades complementarias y extraescolares (14), para adentrarnos posteriormente en nuestro tema de interés.

Los titulares de los centros docentes de enseñanza no superior comparten con los padres y los tutores la obligación de responder de los daños que causen los menores de edad que tienen a su cuidado. Por norma general, los

(13) Para entender adecuadamente la regulación anterior y el sentido de dicha reforma, vid. DÍAZ ALABART, S., «Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1.903 del Código Civil», en *Centenario del Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil*, tomo I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 691-706; «Notas a la responsabilidad de los profesores tras la nueva Ley de 7 de enero de 1991», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, págs. 439-467, y «Comentario a la STS de 18-10-1999», en *CCJC*, núm. 52, 2000, ref. 1425, págs. 309-322; GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. Ley 1/1991, de 7 de enero. “BOE” de 8 de enero», en *ADC*, 1991-I, págs. 269-288; CABALLERO LOZANO, J. M., «Daños causados por los alumnos y responsabilidad civil», en *RDP*, 1991, págs. 907-917; ZELAYA ETXEGARAY, P., «La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código Civil español», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 16, 1993, págs. 87-108, quien califica esta reforma como un «gran avance» para el Derecho español; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 1.903», en *Comentario al Código Civil*, tomo II, cit., págs. 2003-2004 y 2026-2034 y, por último, MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 1-57 (sobre los debates parlamentarios, vid. págs. 115-138). Además, cabe destacar el detallado análisis de RUBIO TORRALVO, E., «Comentario a la Ley 1/1991, de 7 de enero», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 917-944 (en concreto, sobre la necesidad de la reforma y sobre la jurisprudencia anterior a la misma, vid. págs. 920-926; sobre las discusiones parlamentarias, págs. 926-929, y el comentario a la reforma en sí, en págs. 929-933). Vid. también los argumentos de la SAP de Asturias, de 21-7-1998 (Fundamento de Derecho Segundo). Por último, interesante recorrido histórico más de conjunto en DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», en DÍAZ ALABART-ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la enseñanza*, Xunta de Galicia-Ed. Montecorvo, Madrid, 2000, págs. 19-38.

(14) Excelente descripción de la cuestión, con análisis histórico incluido, en ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 3-32.

padres o tutores traspasan a los centros docentes la obligación de cuidar de dichos menores (o mayores, en ciertos casos) (15). Será diferente la responsabilidad en el caso de que dichos centros sean privados o públicos (supuesto en el que entra en juego la responsabilidad de la Administración), así como también puede exigirse esa responsabilidad tanto conforme al CC como al CP o a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (16). Por tanto, al concurrir tres bloques normativos diversos están o pueden estar implicados tres órdenes jurisdiccionales diversos (civil, penal y contencioso-administrativo) (17).

La primera cuestión que atrae la atención es la de que el responsable es el *titular del centro docente*, centro que será de *enseñanza no superior* (18), y no el profesor responsable. En 1991 se suprimió la referencia a la responsabilidad del maestro por los actos de sus alumnos, posiblemente por las presiones del colectivo docente (19) (aunque un repaso de los casos acaecidos antes de dicha reforma permite concluir que se demandaba al titular del centro, no al profesor) (20). El titular del centro es la persona a la que compete la organización de dicho centro, lo que encierra tanto la elección del profesorado y demás personal, como su control diario, la ordenación del calendario de actividades (escolares, extraescolares y complementarias), así como la gestión y mantenimiento de las instalaciones y materiales, para que todo esté en perfectas condiciones. En todas las citadas actividades, el titular debe ser diligente, por tanto.

Además, en el caso de que el centro docente sea público, la normativa a aplicar es la reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración (arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992), pues estaríamos ante un supuesto de daño derivado del funcionamiento del servicio público de enseñanza, con todas sus consecuencias procesales. Esta normativa presenta alguna que otra peculiaridad, como el establecimiento expreso de la legitima-

(15) Parece lógico incluir a menores no emancipados, pero también a incapacitados o incapaces de hecho no incapacitados que asisten a centros de educación especial.

(16) Sobre ello, con gran profundidad, vid. ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 35-305.

(17) GÓMEZ CALLE, E., *Responsabilidad de padres y centros docentes*, cit., págs. 1237-1238.

(18) Se refiere a la impartición de clases en ciclos de educación infantil, primaria, secundaria y Formación Profesional de Grado medio (sobre ello, vid. MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Responsabilidad de centros docentes...*, cit., págs. 205-209, y ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 320-336). En este sentido, recordado expresamente por la SAP de Madrid de 12-2-1996.

(19) Sobre ello, ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 17-32, y GÓMEZ CALLE, E., *Responsabilidad de padres y centros docentes*, cit., págs. 1304-1307.

(20) GÓMEZ CALLE, E., *Responsabilidad de padres y centros docentes*, cit., págs. 1304-1305.

ción pasiva de la Administración, no del dañante, o la obligatoriedad de la acción de regreso, ambas conforme al artículo 145 de la Ley 30/1992 (frente a lo establecido en los arts. 1.903 y 1.904 CC) (21). Cabe destacar que en el caso de que el centro sea privado, pese al artículo 1.903 del Código Civil, existe de por medio un contrato educativo, pues habrá una relación contractual que una a los padres y al centro (pese a que ni el CC ni la jurisprudencia aluden a esta cuestión específicamente) (22).

La responsabilidad de ese titular del centro, tal y como se deduce del artículo 1.903, es *directa (no subsidiaria) y por culpa*, siempre que los alumnos estén o hubieran debido estar bajo el control o vigilancia del profesorado del centro (23).

Los *presupuestos de la responsabilidad* son los siguientes (24): en primer lugar, estamos ante un acto dañoso de un alumno del centro (o, en algún caso, alumnos ajenos en actividades organizadas conjuntamente con otros centros, pero bajo la dirección del centro de que tratamos). Alumnos que, según el artículo 1.903, son menores de edad, aunque ya hemos visto que también pueden ser ciertos mayores de edad (25).

En segundo lugar, se produce un daño, material y/o moral, conectado causalmente con la acción dañoso. En tercer lugar, dicho daño lo sufre otra persona, alumno, miembro del personal del centro o tercero, e incluso él mismo, aunque este caso ya ha sido más polémico en la práctica.

En cuarto lugar, el daño se produce mientras el alumno debía estar o estaba bajo el control del centro educativo. Desde el momento en que los alumnos entran en dependencias del centro hasta que las abandonan,

(21) Sobre ello, con detalle, vid. GÓMEZ CALLE, E., «Comentario a la STS de 4-6-1999», en *CCJC*, núm. 51, 1999, ref. 1395, págs. 1194-1195; MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (Al amparo de la Ley penal del menor y sus últimas reformas administrativas)», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.), *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 425-436; DÍAZ ALABART, S., *La responsabilidad de los centros docentes...*, cit., págs. 50-77; ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 238-305; ATIENZA NAVARRO, M. L., «Acerca de la conveniencia de que la Administración responda objetivamente de los daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos. Especial referencia al servicio público educativo», en *RDP*, abril de 2001, págs. 317-341, y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 1.903», en *Comentario al Código Civil*, tomo X, cit., págs. 83-140.

(22) Enfoca la cuestión, desde esta óptica contractual, TÁULER ROMERO, M., «La responsabilidad civil en el desarrollo de la actividad educativa privada», en *RDP*, 1994, págs. 639-658.

(23) Vid. GÓMEZ CALLE, E., *Comentario a la STS de 4-6-1999*, cit., pág. 1190.

(24) Sobre ello, con detalle, CABALLERO LOZANO, J. M., *Daños causados por los alumnos...*, cit., págs. 917-920; RUBIO TORRALVO, E., *Comentario a la Ley 1/1991, de 7 de enero*, cit., págs. 935-940, y GÓMEZ CALLE, E., «Comentario a la STS de 10-12-1996», en *CCJC*, núm. 43, 1997, ref. 1174, págs. 393-397.

(25) Análisis interesante de esta cuestión en ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 509-561.

dichos alumnos están sujetos a la vigilancia de los profesores del centro, como ha establecido repetidamente el TS (26). Los padres, al confiar a sus hijos al centro, *delegan* en él su labor de guarda y vigilancia, como también ha establecido el TS en diversas ocasiones (27). En su momento estableceremos hasta qué punto es así.

En quinto lugar, el titular del centro contribuye con su culpa a la causación del daño. De ahí que el titular del centro quede exonerado de responsabilidad si demuestra que en ningún momento fue negligente y, por tanto, no contribuyó a la causación del daño. La diligencia que debe emplearse debe adecuarse a las circunstancias del supuesto de que se trate, esto es, como indica el artículo 1.104 del Código Civil debe atenderse a las circunstancias de personas, tiempo y lugar: actividades que se realicen o instrumentos que se utilicen, características de los alumnos (28) o número de los mismos, características del lugar en que se lleva a cabo la actividad (29), etc. (30).

(26) Sobre ello, con la jurisprudencia de interés, GÓMEZ CALLE, E., *Responsabilidad de padres y centros docentes*, cit., págs. 1295-1299.

(27) Por ejemplo, SSTs de 19-6-1997 y 30-12-1999.

(28) Edad de dichos alumnos (vid., en este sentido, la SAP de Asturias, de 21-7-1998, que indica que «la vigilancia resulta más exigible cuando los alumnos son de corta edad»), padecimiento por ellos de deficiencias físicas o psíquicas, carácter conflictivo, preparación necesaria para desarrollar actividades deportivas, hábitos peligrosos, etc.

(29) Dentro del centro deben suprimirse los aparatos o instalaciones que puedan ser peligrosos, y adoptarse las medidas de protección oportunas. Además, debe ponerse un especial cuidado en las salidas organizadas del centro, sobre todo cuando el lugar visitado entraña peligro.

(30) Interesante reflexión sobre esa diligencia en la STS de 14-2-2000 (M. A. 675). En ella, una niña se arroja voluntariamente por una ventana y sufre graves daños. El Fundamento de Derecho segundo llega a exponer lo siguiente: «Aun desde la óptica de que la caída de la menor Pilar M. A. no se produjo por hallarse ésta en movimiento junto a una ventana abierta, sino que fue un acto voluntario y consciente de la misma, *no hay duda de que dicha acción pudo evitarse si el “Colegio Quinbel” hubiera adoptado las medidas de precaución posibles y socialmente adecuadas, en consonancia con las normas de seguridad del Departament d’Ensenyament de la Generalitat de Catalunya*, donde se establece que la colocación de las ventanas debe efectuarse de forma que no existieran elementos practicables por debajo de 1,10/1,20 metros, medidos sobre cualquier elemento a que un niño pudiera subirse, como hizo con posterioridad al evento, de manera que la argumentación de la resolución de instancia respecto a que “el reproche culpabilístico que se imputa al centro escolar propiedad de ‘Doceo, S. L.’, en la sentencia apelada, se centra en la previsibilidad del resultado dañoso, toda vez que las ventanas de las plantas altas del edificio en las aulas ocupadas por menores no se encontraban correctamente situadas ni protegidas, careciendo de toda medida de seguridad, al tiempo que eran fácilmente accesibles por los alumnos desde los pupitres colocados debajo y ello, con independencia del cumplimiento de las normas administrativas, que como bien recoge la Sentencia apelada tampoco se daba, y ya había sido puesto de manifiesto por el Consejo Escolar, que en la reunión celebrada el 9 de abril del mismo año 1991 había acordado poner rejas en los tres últimos pisos ‘para mayor seguridad de los alumnos’ (folio 42), por lo que es claro que el Colegio no había adoptado las precauciones que correspondían a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, y que por ello no cabe excluir su responsabilidad de las conse-

Por último, se diseña también en el Código Civil una *acción de repetición o regreso*. Conforme al artículo 1.904 del Código Civil: «cuando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño» (31).

Además de la responsabilidad del titular del centro en sí, puede haber existido también responsabilidad jurídicamente relevante del *alumno causante directo del daño*, y en tal caso debe concurrir con la responsabilidad del titular del centro. Además puede existir responsabilidad de los *padres del alumno dañante*, aunque este tema, por ser el que nos interesa en nuestra investigación, lo vamos a reservar para momentos posteriores. Por otra parte, cabe imaginar que *el propio dañado* haya contribuido en el daño, que debe tener como consecuencia la rebaja de la reparación en la proporción que corresponda (32).

Una vez realizadas estas reflexiones generales, es el momento de ocuparnos de los supuestos jurisprudenciales polémicos que despiertan nuestro interés, repasando las sentencias oportunas.

3. SUPUESTOS POLÉMICOS RESUELTOS EN LAS SENTENCIAS DE NUESTROS TRIBUNALES

En el anterior apartado pudimos comprobar cómo, además de la responsabilidad del titular del centro en sí, podía existir responsabilidad jurídica-

cuencias dañosas del suceso”, es irreprochable y se ajusta a evolución de la doctrina jurisprudencial de la culpa extracontractual, dispuesta en el artículo 1.902 del Código Civil, asimismo recogida en la referida sentencia, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o sicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas demandadas por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio de ponerse a cargo de quien obtiene provecho la indemnización del quebranto producido por tercero; como igualmente se acomoda a la tesis de la causalidad adecuada, aceptada por la doctrina jurisprudencial, que exige para apreciar la culpa del agente que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo valorarse en este caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia lógica el efecto lesivo producido». Sobre la cuestión, vid. también DÍAZ ALABART, S., *La responsabilidad de los centros docentes...*, cit., págs. 121-126, y ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 191-214.

(31) Sobre ella, con detalle, MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Responsabilidad de centros docentes...*, cit., págs. 218-224; DÍAZ ALABART, S., *La responsabilidad de los centros docentes...*, cit., págs. 158-175, y ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 429-452.

(32) Indica DÍAZ ALABART que sería incorrecto que los maestros tuviesen una responsabilidad igual a la de los padres, y parece acertado el comentario (vid. *Un apunte histórico...*, cit., pág. 704).

mente relevante tanto del alumno causante directo del daño como, incluso, de los padres de dicho alumno dañante. Es el momento de atender a las sentencias que han tratado este tema, pues su simple lectura parece contradecir la idea general de que los padres no deben responder en estos casos, ya que el menor estaba bajo el cuidado y responsabilidad del centro docente (33).

Consideramos oportuno incluir textualmente aquellos argumentos de las sentencias que resultan de mayor interés para nuestra reflexión, para facilitar el trabajo con los mismos. Sin embargo, obviaremos la descripción literal de los hechos, que se deducirán del devenir del texto, y cuya inclusión dificultaría la redacción. Además, destacaremos en letra cursiva aquellas partes que nos resulten especialmente sugerentes para nuestra investigación.

3.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10-11-1990 (34)

El Fundamento de Derecho Quinto es de interés para nuestra reflexión en este caso, en el que un menor sufría un accidente y como consecuencia del mismo, una lesión en el ojo izquierdo: «El motivo tercero de este recurso se ampara en el 5.º del artículo 1.692 LEC, denunciándose en él infracción de los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 1.903 del Código Civil; se argumenta, en primer lugar, que la responsabilidad de la Administración por los daños causados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos tiene su sede en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y no en el artículo 1.903 del Código Civil que, en todo caso, sería inaplicable ya que, dice la recurrente, no actuó por medio de agente especial (con lo que se viene a aludir al núm. 5.º del citado art. 1.903). El motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones: a) En la sentencia recurrida se da como probado, sin que haya sido combatida eficazmente en este recurso, que «durante el horario escolar el alumno Gabriel A. M., poco después de terminar las clases y antes de las horas de comer, jugando en presencia de varios profesores en el patio de recreo, se lesionó el ojo izquierdo, al clavar en la tierra una vara con punta en sus extremos conocida con el nombre de “lima”»; b) *La actuación de los profesores del Colegio «28 de Febrero»*

(33) Un recorrido jurisprudencial general hasta 1999 en MUÑOZ NARANJO, A., *Responsabilidad civil de los docentes. Régimen jurídico y jurisprudencia*, Ed. Praxis, Barcelona, 1999, págs. 49-162. Por nuestra parte, nos centraremos únicamente en aquellas sentencias que se ocupan de las fronterizas cuestiones que nos interesan, no en todos los pronunciamientos genéricos existentes sobre responsabilidad civil de docentes.

(34) M. A. 8538. Esta sentencia fue comentada por NAVARRO BELMONTE, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 10 de noviembre de 1990, y puntualizaciones a la reforma por ley de 7 de enero de 1991», en *ADC*, 1992-II, págs. 783-801.

presentes en el patio donde se encontraban los alumnos, pone de manifiesto que aquéllos no observaron la diligencia precisa y exigible en el cumplimiento de su deber de vigilancia de los alumnos a ellos confiados al no advertir la práctica por el menor lesionado de un juego peligroso que, como dice la sentencia recurrida, «debería haber sido prohibido incluso por el profesorado presente en la hora del recreo» y tal deber de vigilancia sobre los alumnos, entre los que se encontraban algunos de corta edad (seis años) como el menor, no cesaba por el hecho de haber concluido las horas de clase estando los alumnos como estaban en una dependencia del Colegio esperando a acceder a los comedores del mismo, puesto que desde el momento en que los alumnos entran en las dependencias del colegio hasta que lo abandonan por haber concluido la actividad escolar del día quedan sujetos a la vigilancia de los profesores; c) Hubo, por tanto, una conducta culposa en los profesores del colegio, culpa *in vigilando* suficiente para imponer al amparo del artículo 1903.4 del Código Civil y de la constante jurisprudencia de esta Sala, la responsabilidad civil por culpa *in vigilando* o *in eligendo* a la entidad, ya sea pública o privada, de quienes los causantes del daño dependían; sin que a ello obste el no haberse determinado personalmente quiénes eran los profesores presentes en el lugar en que ocurrieron los hechos, probado como está que pertenecían al Colegio Nacional «28 de Febrero», dependiente de la Junta de Andalucía; no siendo necesario, por otra parte y dado el carácter solidario de la responsabilidad por culpa extracontractual, la llamada a juicio del Director del Colegio como pretende la recurrente; d) No resulta infringido el número 5 del artículo 1.903 del Código Civil, precepto que, según es admitido por la generalidad de la doctrina, es norma anacrónica ante la vigente legislación que permite exigir responsabilidad al Estado y Corporaciones o Entidades Públicas por toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; principio que aparece desarrollado en las Leyes de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y Reguladora de las Bases de Administración Local de 2 de abril de 1985, así como en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución Española —sentencias de 1 de diciembre de 1987, 21 de septiembre de 1988, 17 de junio de 1989 y 30 de enero de 1990—; lo que conduce a la desestimación del motivo». También el Fundamento de Derecho Sexto incide en cuestiones de nuestro interés: «El cuarto motivo, acogido al mismo cauce procesal que el anterior, ha de decaer ya que se alega la infracción de la jurisprudencia que se recoge en las sentencias que cita, aduciendo que *en el momento de producirse el accidente el menor estaba bajo la vigilancia del personal del Hogar Infantil «Niño Jesús» de Armilla, dependiente de la Diputación Provincial de Granada, en que estaba acogido*, pues desestimado el apartado segundo del motivo quinto formulado al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil ha quedado inal-

terado el relato fáctico de la sentencia de instancia, más arriba transcrito, según el cual el repetido menor se hallaba sujeto a la vigilancia del profesorado del Colegio «28 de Febrero», presente en el patio en que ocurrió el accidente, hechos probados que no respeta la recurrente haciendo supuesto de la cuestión».

Por último, el Fundamento de Derecho Séptimo también es relevante: «En cuanto al recurso formalizado por la entidad aseguradora Fénix Peninsular, S. A., actualmente A.G.F. SEGUROS, S. A., inadmitido en el pertinente trámite procesal el primero de los motivos, procede la desestimación del segundo en que, por la vía del ordinal 5 del artículo 1.692 LEC, se alega infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, al no resultar vulnerados por la sentencia de instancia de acuerdo con lo razonado en el fundamento de derecho quinto de esta resolución que se da por reproducido en cuanto es aplicable al presente motivo. Respecto del tercer motivo, amparado en el mismo número 5 del citado artículo 1.692, ha de ser rechazado por cuanto no se ataca en él, con invocación de los pertinentes artículos del Código Civil reguladores de la interpretación de los contratos (arts. 1.281 a 1.289) la que hace el Tribunal *a quo* del contrato de seguro que ligaba a la entidad aseguradora recurrente con el Colegio Nacional «28 de Febrero», estableciendo los límites y extensión de las obligaciones asumidas por Fénix Peninsular, S. A., interpretación de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia que ha de ser respetada en casación en tanto no sea impugnada adecuadamente; además tampoco aparece como infringido por la sentencia recurrida el artículo 1.º de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, en relación con las condiciones generales y particulares de la póliza, pues atribuida por la sentencia la causa del daño sufrido por el menor cuyo resarcimiento se pide, a la culpa *in vigilando* del profesorado del Colegio asegurado, es claro que nos encontramos ante uno de los supuestos de cobertura expresamente previstos en la póliza según el tenor literal de la misma que, en la segunda de las condiciones particulares establece que «El seguro comprende: ...La responsabilidad civil que pudiera corresponder a la Dirección, a las personas que formen parte del claustro de profesores y de los servicios auxiliares del centro educativo asegurado, por los daños corporales de toda índole que pudieran sufrir los alumnos de dicho centro y que fueran producidos u ocasionados, aun negligentemente, por el indicado personal docente durante el desempeño de sus funciones, tanto en el interior del centro, como en viajes, visitas, excursiones, juegos y similares, programados por el colegio y bajo la vigilancia del propio profesorado»; se trata, efectivamente, de responsabilidad civil nacida de actos del profesorado del centro y no, como pretende la aseguradora, de responsabilidad civil dimanante de hechos imputables del alumno lesionado, el cual, según el tenor de la cláusula transcrita, queda amparado por los daños por él sufridos consecuencia del actuar

negligente del profesorado bajo cuyo cuidado y vigilancia se encontraba, no siendo de aplicación al caso el párrafo final de la cuarta condición particular a cuyo tenor: «Por lo que respecta a los actos de los alumnos, queda especialmente convenido que ni los restantes alumnos, ni el mismo colegio, ni el profesorado, ni el resto del personal, tendrán la consideración de terceros frente al alumno responsable»; por todo ello, ha de calificarse de correcta la declaración de responsabilidad de la entidad aseguradora que hace la sentencia recurrida interpretando en sus propios términos la póliza concertada con el repetido centro educativo y de ahí la anunciada desestimación del motivo».

3.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3-12-1991 (35)

Después de que el Fundamento de Derecho Primero incluyera los antecedentes del supuesto (en el patio de recreo un niño fue lesionado en el ojo derecho por una ballesta que llevaba un alfiler disparada por una menor, alumnos ambos del Colegio Público Fermín Repáraz. El menor, David, quedó casi sin visión en el ojo lesionado), en el Fundamento de Derecho Segundo se alude al primero de los motivos del recurso: «El motivo primero del recurso, formulado al amparo del artículo 1692.5 LEC, alega infracción por interpretación errónea del inciso último del artículo 1.903 del Código Civil a la luz del artículo 24.2 de la Constitución, que proclama el derecho a la presunción de inocencia. En su desarrollo se hace una exposición de la jurisprudencia, para llegar a la conclusión de que la norma no puede interpretarse como en aquella se hace, en el sentido de que establece una presunción de culpabilidad de los padres por hechos u omisiones de sus hijos menores, porque pugna con la presunción constitucional de inocencia, ni de forma que de hecho esta responsabilidad se convierta en objetiva, si se hace imposible de hecho probar la ausencia de culpa de los padres. / Prescindiendo de los aspectos teóricos sobre la responsabilidad de los padres por hechos u omisiones culposas de sus hijos menores que en el motivo que se examina se contienen, es desestimable porque en nada se atiene al texto de la sentencia recurrida; en ella se hace responsable al padre de la menor causante del daño y a su aseguradora porque la Sala *a quo* estima que *omitió su deber de vigilancia en la custodia de su hijo, “cuando los menores se encontraban en las dependencias colegiales pendientes de trasladarse al ámbito de custodia de sus progenitores”*. Estima la Sala que en ese tiempo la menor debió estar sujeta a la vigilancia del Centro Escolar y de sus padres, “una vez terminadas las horas lectivas del Colegio” (Fundamento de Derecho 4). Por tanto, la

(35) M. A. 8910. Esta sentencia fue comentada por DÍAZ ALABART, S., «Comentario a la STS de 3-12-1991», en *CCJC*, núm. 28, 1992, ref. 737, págs. 115-121.

sentencia recurrida no condena al recurrente simplemente por el hecho de ser padre ni porque aplique la presunción de culpa de una manera que objetiviza ésta, sino porque efectivamente la encuentra en la conducta del mismo. Otra cosa es que su juicio sea acertado para esta Sala».

El Fundamento de Derecho Tercero es el que más nos interesa, pues reflexiona sobre la cuestión de la vigilancia del menor: «El motivo segundo, por la vía del artículo 1692.5 LEC, acusa infracción del inciso segundo del artículo 1.903 del Código Civil en relación con su inciso último. *Se desarrolla, argumentando que el padre de la menor no tenía ni la guarda inmediata ni mediata de su hija porque la había confiado al Centro Escolar donde recibía educación; que la prueba practicada ha revelado que era habitual tener el patio de recreo abierto, después de terminada la jornada de mañana y la de la tarde durante un margen de tiempo antes del cierre (lugar y espacio temporal en el que ocurrió el accidente); y que, en consecuencia, el deber de guardia y custodia sobre los menores era exclusivo del Centro en ese tiempo.* / El motivo ha de ser acogido. En efecto, el accidente se produjo en las circunstancias antedichas y así lo reconoce como hecho probado la sentencia de instancia, en el ámbito del Centro Escolar a donde iban como alumnos el menor lesionado y la menor causante de la lesión. *Es claro que el padre de ésta no ejercía su labor de guarda, que se entiende por la común experiencia que delega en el Centro, y de ahí que mal puede fundarse su responsabilidad en el párrafo 2 del artículo 1.903 del Código Civil. Esta obligación de guarda renace desde el momento en que el Centro Escolar acaba la suya, que no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase, cosa por completo absurda, sino con la suficiente flexibilidad que cada caso demande. Si es habitual en el Centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuenten con que hasta entonces están en el Centro y vigilados por su personal. Distinto hubiera sido si el Centro recurrido tuviese establecido como norma el cierre inmediato de todas sus instalaciones acabada la jornada, porque entonces sí estaban obligados los padres a prever este hecho y la guarda inmediata de sus hijos menores. En el caso de autos, las pruebas practicadas ponen de relieve que era la primera de las situaciones la que se daba, por lo que era el Centro Escolar el que exclusivamente tenía a su cargo el deber de vigilancia, y no, como establece la sentencia recurrida, los padres “además”; superprotección que no se explica porqué hubiera de darse en ese momento solamente».*

3.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15-12-1994 (36)

Conforme al Fundamento de Derecho Primero, que es el que nos va a interesar, «el único motivo que integra el recurso formalizado por los actores del pleito, los esposos don Manuel M. G. y doña María Dolores A. P., contiene denuncia por infracción de los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, 106.2 de la Constitución, en relación al artículo 1.902 del Código Civil, al amparo del número 5 del precepto procesal 1692».

Continúa señalando este Fundamento que «Con el obligado respeto a los hechos probados, al presentarse firmes en casación, por no haber sido atacados, el accidente de autos que costó la vida al menor de diez años, Aitor M. A., presenta dos espacios temporales claramente diferenciados, aunque enlazados en continuidad sucesiva, sobre los que se proyecta la impugnación casacional, en relación con los distintos demandados encuadrados en dichos periodos. / Comenzando por el primero, la sentencia en recurso establece que el menor, el día del suceso, 20 de mayo de 1988, se encontraba en las dependencias del Colegio Público San Francisco de la ciudad de Bilbao, donde cursaba sus estudios y *al concluir las clases de la mañana se ausentó del Colegio*, dirigiéndose al edificio industrial sito en la calle Muelle de la Merced número tres, de “Herederos de doña Demetria Zabala”. Una vez allí, pasó al interior del montacargas instalado, el que, al ser accionado, probablemente por alguno de los dos compañeros con los que se encontró en el lugar, ocasionó el ascenso del aparato cuando Aitor permanecía asomado a un ventanón sin cristales del elevador, por todo lo cual recibió un fuerte golpe contra la estructura del mismo, cuya fuerza de ascenso le arrolló, produciéndole violenta convulsión a nivel torácico y de la columna cervical, que determinaron su fallecimiento. / El referido Centro público de enseñanza dependía y estaba vinculado al Departamento de Educación, Universidades e Investigación de la Consejería de Educación del Gobierno Vasco, con amparo en Póliza de Seguros de Responsabilidad Civil concertada por la Compañía de Seguros “La Vasco Navarra”, los que actuaron como partes demandadas en el pleito y como recurridas en esta casación. / El Tribunal de Apelación eximió a los demandados de toda responsabilidad por el trágico suceso, ya que apreció la ruptura del nexo causal, en razón a que el accidente ocurrió cuando el menor se encontraba fuera de las dependencias colegiales y por tanto no se originó por causas directas derivadas del mal funcionamiento de dicho Centro y en cuya situación no declara ajenos a los padres del niño, que la “favorecían por no dar ninguna relevancia a las escapadas de su hijo”. / El razonamiento de

(36) M. A. 9421. Esta sentencia ha sido comentada por DÍAZ ALABART, S., «Comentario a la STS de 15-12-1994», en *CCJC*, núm. 38, 1995, ref. 1026, págs. 631-642.

la Sala sentenciadora no se presenta correcto ni ajustado a la ley, toda vez que prescinde de los hechos que declara probados, se desconecta y desentendiende de los mismos, sin entrar a valorarlos en su incidencia decisiva respecto al desgraciado accidente. / En esta línea, la sentencia establece que concurrió como hecho cierto “el anormal funcionamiento del Colegio Público en el cual el menor cursaba sus estudios en régimen de media pensión”, lo que “permitió, por falta de control en la salida, que el menor pudiera ausentarse del Colegio”. Así las cosas el discurso casacional conduce, en línea de lógica jurídica, a que *el abandono de las instalaciones escolares tuvo lugar antes del horario establecido para la salida reglamentaria y reintegro de los alumnos a sus hogares familiares. Evidentemente, durante la permanencia del niño en el Colegio, éste por medio de los educadores y tutores, de los que disponía, ya que nada se probó en contra, debieron de ejercitar los necesarios controles, tanto sobre la salida del alumnado externo, como de la permanencia efectiva de los internos, pues éstos seguidamente pasaban al comedor, para el almuerzo del mediodía, en cuyo acto tampoco nadie echó de menos al menor fallecido.* / La decisión que alcanza la Sala sentenciadora en cuanto niega toda responsabilidad, no obstante admitir el mal funcionamiento de los servicios del establecimiento educativo de referencia, no es de recibo y cabe ser revisada en este extraordinario recurso, pues el Tribunal de Apelación desconoce y no vino a apreciar el nexo causal entre la acción y omisión censurable, que no obstante declara y siente, respecto al daño causado, también suficientemente probado. / La culpa o negligencia y la relación causal, como cuestiones jurídicas, no les está vedada la revisión casacional, con amparo en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil (sentencias de 30 de diciembre de 1991, y 14 y 21 de febrero de 1994). / *En consecuencia, la conducta del personal del Colegio, claramente culposa, por omisión de no guardar y cuidar al alumnado interno y por acción de permitir su salida extemporánea, sin preocuparse si la llevaban a cabo sólo los que estaban autorizados para ello, integra actos iniciales decisivos, que si bien no provocaron directamente el suceso, ya que tuvo lugar en instalaciones distintas y no dependientes, sí lo favoreció con categoría de intensidad decisiva, es decir que esta actuación negativa, producida en el primer tiempo de los que conforman el “iter” del accidente, fue causante provocadora de lo sucedido en el periodo temporal siguiente, que hay que situar en el montacargas de referencia y sin lapso interruptivo eficaz para romper la relación de los aconteceres.* / No se puede, como hace la Sala de instancia, desconectar la salida o escapada del niño, propiciada por el deficiente actuar de las estructuras de dirección, guardia y vigilancia del Colegio, con su fallecimiento violento, aunque tuviera lugar en otro lugar, pero que indudablemente arranca de su permanencia en un sitio en el que no debería de estar y actúa como causa eficiente del lamentable suceso, sin concurrir ruptura en la relación

y, sí, por contrario, la acreditada falta de diligencia necesaria de un buen padre de familia para prevenir el daño, que refiere el párrafo final del artículo 1.903, en relación al 1.104 del Código Civil. / Mal puede atribuirse, siquiera por referencia, responsabilidad alguna a *los padres de la víctima, pues durante su estancia en el Colegio no ejercían ni podían ejercer reglamentariamente misión alguna de control y vigilancia del menor*, lo que correspondía a los empleados escolares encargados de tal cometido, ya que, como dice la sentencia de 3 de diciembre de 1991, dichas funciones se entiende que los padres las delegan en el Centro, desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada, pues tampoco consta que el Centro escolar de referencia tuviera permitido el abandono de las instalaciones por los internos al terminar las clases de la mañana. Razones todas que llevan a afirmar que era el Colegio de San Francisco, por medio de su personal, el que tenía exclusivamente a su cargo el deber tuitivo de vigilancia sobre el alumnado, que debía de ser más intenso sobre los que ostentaban condición de medio pensionistas, e incluso extrema en referencia a Aitor por sus carencias y deficiencias mentales. Lo que conlleva a estimar el motivo, en el aspecto concreto de la responsabilidad del Gobierno Vasco, en atención a la correcta aplicación que debe darse al artículo 1.902 del Código Civil, en relación al 106.2 de la Constitución y precepto 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957».

3.4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23-2-1996 (37)

Después de que el Fundamento de Derecho Primero expusiese el supuesto de hecho y el «iter» procesal seguido, los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero se ocupan con detalle de la solución jurídica: «SEGUNDO.—El motivo primero del recurso, con apoyo en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia violación, por no aplicación del artículo 1.902 del Código Civil y por haberse infringido por la sentencia que se recurre «la doctrina jurisprudencial que establece la presunción culposa de que toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida según las circunstancias de lugar y tiempo». / El desarrollo del motivo va dirigido a combatir la sentencia recurrida en cuanto declara la existencia de una conducta negligente o culposa de los actores-recurrentes padres de la menor fallecida concurrente a la producción del resultado lesivo, pues entiende la recurrente que se trata de una culpa exclusiva de los demandados, citando nominalmente a los doctores C. y S., que resultaron absueltos en la instancia. En cuanto

(37) M. A. 1587.

a éstos, el juzgador de Primera Instancia afirma que no cabe proclamar su responsabilidad por cuanto deviene probado que uno y otro actuaron con la diligencia esperable y con acomodo a sus pautas profesionales de rigor, dadas las circunstancias del caso y la inexistencia de un historial clínico de la menor, apreciación que mantiene la sentencia de segundo grado y que es compartida por esta Sala, ya que en ningún momento aparece acreditado que los citados profesionales médicos obraran contraviniendo las reglas de su arte, siendo de advertir que al imputárseles responsabilidad por su actuación en la atención médica prestada a la menor corresponde a los demandantes, según reiterada doctrina jurisprudencial, la prueba de la culpa o negligencia imputable al profesional sanitario, prueba que en este caso no se ha conseguido sino que, por el contrario, está sobradamente acreditado el correcto proceder de ambos médicos en su atención a la menor. / En cuanto a la *conducta negligente o culposa de los padres de la menor fallecida, concurrente a la producción del resultado dañoso* es de tener en cuenta que, como sienta la sentencia de primera instancia y se acepta por la recurrida al referirse al “silencio de los padres”, éstos “no facilitaron historial clínico o información detallada y documental de la enfermedad de la hija, cual requería el carácter crónico e irreversible del padecimiento renal de la misma, sino que ni tan siquiera proporcionaron información alguna a quienes precisaban perentoriamente de la misma para así poder proveer cualquier contingencia desfavorable en la evolución de la enfermedad” y que “los padres eran sabedores de que una actividad física desmesurada estaba desaconsejada para su hija, ya que así les había sido reiteradamente advertido por los responsables médicos del Hospital de Terrassa”; asimismo resulta acreditado que “la fallecida menor, en el momento de acudir a las colonias, presentaba unos valores ligeramente bajos de sodio y potasio”. Incólumes en casación estos hechos, *la conducta de los ahora recurrentes permitiendo que su hija asistiese a la colonia de verano en que los menores asistentes realizarían ejercicios físicos que, aunque soportables por quienes se encontraban en condiciones físicas normales, eran totalmente inadecuados por el riesgo que entrañaban para la salud de quien, como la fallecida, padecía «acidosis tubular renal», de lo que eran conocedores los padres y que había determinado, como señala la sentencia de primer grado, “que conocedores en el colegio del riesgo que implicaba el ejercicio físico no se le exigía la gimnasia”, tal conducta, se repite, unida al hecho de no suministrar a los responsables de la colonia la información necesaria acerca del estado físico de su hija ha de calificarse de gravemente negligente pues impidió que, producida la crisis que había de conducir al fallecimiento de la menor, se adoptasen desde el primer momento, ello en el supuesto de que no hubiese sido rechazada la asistencia de aquélla a la colonia en el momento de su inscripción, las medidas que hubieran podido evitar el fatal desenlace. Por todo ello, procede desestimar el*

motivo. / TERCERO.—El motivo segundo, por el cauce procesal del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción del artículo 1.902 del Código Civil en relación con los artículos 1.103 y 1.903 del mismo Cuerpo Legal y el criterio jurisprudencial del concurso de culpas y la determinación de la cuantía de la indemnización. / Es doctrina de esta Sala, recogida en sentencia de 11 de febrero de 1993 que “cuando en la producción de un daño concurren varias causas, debe acompañarse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad (sentencia de 7 de octubre de 1988), de manera que si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el culpable debe distribuirse proporcionalmente el *quantum* (sentencias de 1 de febrero, 12 de julio y 23 de septiembre de 1989), siendo la moderación de responsabilidad prevenida en el artículo 1.103 del Código Civil facultad discrecional del juzgador, no revisable en casación, dependiente de las circunstancias del caso (sentencia de 7 de octubre de 1988, ya citada), extremos de moderación en concurrencia de conductas culposas y aplicación del artículo 1.103 que constituyen facultad exclusiva del juzgador de instancia, sin acceso a la casación en lo que insisten las sentencias de 3 de diciembre de 1990 y de 7 de junio de 1991, no siendo tampoco revisable en casación la fijación del *quantum* indemnizatoria (sentencia de 5 de abril de 1991)”. La impugnación de la distribución del *quantum* indemnizatoria que hace la sentencia *a quo* a partir de la influencia que cada una de las conductas culposas concurrentes ha tenido en la causación del daño, parte de la no aceptación de los hechos probados determinantes de ese grado de participación causal al seguir insistiendo en el conocimiento que los demandados tenían de la enfermedad padecida por la menor; por otra parte, *no resulta ilógica ni desproporcionada la cuantificación de la influencia que en curso causal de los hechos se atribuye a la conducta de las partes, cifrando la de los recurrentes en un noventa por cien* ya que fácilmente pudieron evitar el riesgo que para la salud de su hija suponía asistir a la colonia por los ejercicios físicos que había de realizar de cuyas circunstancias no dieron información alguna a los responsables de la colonia a quienes ocultaron la enfermedad padecida por su hija; en consecuencia, se desestima el motivo. / En el motivo tercero, por el mismo cauce procesal que los precedentes, se alega infracción del artículo 1.144 del Código Civil; se acusa a la sentencia recurrida de no aplicarse a todos los demandados el criterio de solidaridad dando por supuesta los recurrentes la responsabilidad no sólo de los doctores S. y C., sino también la del codemandado Mauricio P. B., que fue absuelto en la instancia, pronunciamiento absolutorio no combatido en este recurso; no declarada la responsabilidad extracontractual de los citados codemandados carece de sentido la impugnación de este tercer motivo».

3.5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10-12-1996 (38)

Una vez que el Fundamento de Derecho Primero narrara los hechos acaecidos (en el transcurso de una discusión entre niños, encontrándose en clase, una niña que portaba una chapa redonda con imperdible se la clavó en el ojo al hijo de los actores, que necesitó atención médica por la herida perforante y sufrió importantes secuelas), y de que el Fundamento de Derecho Segundo se ocupara de un motivo procedimental, el Fundamento de Derecho Tercero trata las cuestiones que nos resultan de interés: «(...) En este mismo motivo se alega infracción de los artículos 1.902 y 1.903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; no obstante el inadecuado cauce procesal elegido para esta denuncia que debió hacerse a través del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, procede entrar a examinarla en virtud del principio *pro actione*. / Cuestionada en el motivo la declaración absolutoria de la codemandada doña Aurelia G. H., madre de la menor causante de las lesiones, tal pronunciamiento debe ser mantenido; *probado en autos que las lesiones se produjeron en el aula del Colegio al que asistían ambos menores, estando bajo vigilancia de dos profesores, la codemandada no ejercía ni podía ejercer en ese momento sus funciones de vigilancia sobre su hija menor, ya que desde el momento de la entrada en el centro hasta su salida del mismo al finalizar la jornada escolar, esas funciones de vigilancia se traspasan a los profesores y cuidadores del colegio* (véase en este sentido las sentencias de esta Sala de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991 y 15 de diciembre de 1994), por ello no puede atribuirse culpa alguna a doña Aurelia G. en la producción del evento, al amparo del artículo 1903.2 del Código Civil. / Está probado en autos que las lesiones sufridas por el menor Ion B. lo fueron al clavársele en el ojo derecho el alfiler del broche o chapa que en forma de imperdible llevaba la niña Oriane A. G., al golpearle con él o arrojarlo, no son aceptables las razones que se exponen en la sentencia recurrida de que “se trata de niños de cuatro años y de una lesión causada mediante un broche, instrumento que no es por sí, ni se ha demostrado frente a ello que el de autos lo fuera, potencialmente peligroso, en el curso de una disputa súbita y en modo alguno atípica entre niños de esa edad, según aparece de lo actuado”, razonamiento que parece estar valorando la responsabilidad de los niños y no la de quienes los tenían confiados a su vigilancia durante su permanencia en el Colegio. *Traspassados al Colegio demandado, desde su entrada en el mismo, los deberes de vigilancia y cuidado sobre los menores, ha de apreciarse en el caso una omisión de ese deber de vigilancia en los profesores del centro, deber que, dada la edad de los alumnos (cuatro años), debió de ser extrema-*

(38) M. A. 8975. Esta sentencia fue comentada por GÓMEZ CALLE, E., «Comentario a la STS de 10-12-1996», en CCJC, núm. 43, 1997, ref. 1174, págs. 385-400.

da; tal omisión se produjo al permitir que la alumna llevase un broche de esas características compuesto de un elemento punzante que sí, en poder de personas mayores, carece de peligrosidad no así en manos de un niño de cuatro años que con su actuación irreflexiva puede causarse lesiones a sí mismo o a un tercero, como así ocurrió al surgir una disputa, no imprevisible, entre los niños y de la que las dos profesoras que estaban en la clase ni siquiera se apercibieron aunque sí otros alumnos. *Por todo ello ha de afirmarse la existencia de una conducta negligente en las profesoras del Colegio demandado que tenían a su cargo a los menores*, conducta que determina la responsabilidad del centro de enseñanza demandado de acuerdo con el artículo 1.903 del Código Civil y la consiguiente obligación de resarcimiento de los daños causados al alumno Ion B., de ahí la necesaria estimación del motivo en tal aspecto».

3.6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19-6-1997 (39)

El Fundamento de Derecho Primero resume el «iter» procedimental, y después de que el Fundamento de Derecho Cuarto expusiera el supuesto de hecho (durante una visita organizada por la Consellería de Cultura de la Xunta de Galicia un menor sufrió un accidente por acercarse a una zona que era sólo para monitores, quedando en coma y sufriendo graves secuelas físicas y psicológicas), el Fundamento de Derecho Quinto extrae las conclusiones jurídicas oportunas: «De cuanto antecede ha de concluirse que: / 1.º) Se infringió el *alterum non laedere* por omisión de diligencia al no prever lo que pudo y debió ser previsto, ya que el artículo 1.902 no sólo impone la obligación de reparar por omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia (lo que constituye negligencia o culpa grave o temeraria), sino también por no adoptar las precauciones que en cada caso aconsejan las circunstancias de personas, tiempo y lugar (culpa que puede ser leve e incluso levísima), de modo que el Juzgado aprecia correctamente la culpa *in vigilando* que alcanza a doña Ana María R. M. (directora del curso) y doña Alicia G. G. (monitora), que sustituyen a los padres de los niños en sus misiones de guarda, mientras estén bajo su custodia. / 2.º) También alcanza la culpa a la Consellería de Cultura e Xuventud de la Xunta de Galicia, en cuanto que, al ser quien convocó los cursillos y resolvió el acceso a los mismos, tenía que garantizar el desarrollo de las actividades con toda normalidad, y al no conseguirlo incide en responsabilidad, bien por el artículo 1.902 del Código Civil, ya por su artículo 1903.4 (*culpa in eligendo*), cual señala también el Juzgado, con cita correcta de las sentencias de esta Sala de 10 de

(39) M. A. 5423.

noviembre de 1990, 5 de febrero de 1991 y 30 de julio del propio año 1991, lo que hace innecesaria mayor reseña. / 3.º) Lo expuesto en el fundamento anterior, apartado 6.º), justifica plenamente la absolución de don José María R. R. / 4.º) El principio de solidaridad dispensa de la llamada a juicio de otras personas. / 5.º) No puede acogerse, en cambio, la concurrencia de culpa por parte del lesionado, pues, aunque su conducta pueda considerarse objetivamente imprudente, por su escasa edad no pudo captar adecuadamente el peligro a que se exponía y los padres, que tenían entregada su guarda y custodia, cual se ha dicho, no reclaman para sí mismos, sino que lo hacen en representación del menor y para él mismo, por lo que aquella circunstancia no debe incidir en la cuantía indemnizatoria, extremo en el que se discrepa del Juzgado. / (...)».

3.7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29-12-1998 (40)

El Fundamento de Derecho Primero expone el presupuesto de hecho (durante una fiesta de fin de curso, con los padres de los alumnos, la manipulación de un globo con alcohol provocó una explosión y daños a una menor), y será el Fundamento de Derecho Segundo el que se ocupe de la cuestión que nos interesa: «1. El presupuesto jurídico del presente caso es la obligación de responder por actos ajenos, de los enseñantes, que recogía el artículo 1.903, penúltimo párrafo, del Código Civil vigente en el tiempo de los hechos y antes de la reforma que sufrió por Ley 1/1991, de 7 de enero, que decía así: “son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia”; concepto que deriva de la responsabilidad *in vigilando* y que se relaciona con *mentalidad no ya decimonónica, sino medieval*, de la custodia por el maestro sobre el alumno o aprendiz, sustitutiva y semejante a la de patria potestad, pero que en la época actual se estimó que cuando el alumno es confiado a un establecimiento propiedad de una persona jurídica, es ésta como director del establecimiento el que responde del acto de alguna de las personas físicas enseñantes. / 2. La jurisprudencia ha sido muy escasa en este tema. La sentencia de 10 de noviembre de 1990 dice que hubo “una conducta culposa en los profesores del colegio”, *culpa in vigilando* suficiente para imponer al amparo del artículo 1903.4 del Código Civil y de la constante jurisprudencia de esta Sala, la responsabilidad civil por *culpa in vigilando* o *in eligendo*, a la entidad, ya sea pública o privada de quienes los causantes del daño dependían”, y la de 3 de diciembre de 1991 dice: «el accidente se produjo en las circunstancias antedichas y así lo reconoce como

(40) M. A. 9980.

hecho probado la sentencia de instancia, en el ámbito del Centro Escolar a donde iban como alumnos la menor lesionada y la menor causante de la lesión. *Es claro que el padre de ésta no ejercía su labor de guarda, que se entiende por la común experiencia que delega en el Centro, y de ahí que mal puede fundarse su responsabilidad en el párrafo 2 del artículo 1.903 del Código Civil. Esta obligación de guarda renace desde el momento en que el Centro Escolar acaba la suya, que no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase, cosa por completo absurda, sino con la suficiente flexibilidad que cada caso demande. Si es habitual en el Centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuenten con que hasta entonces están en el Centro y vigilados por su personal.* / Por tanto, la obligación de reparar el daño se impone, como sujeto pasivo, al titular del centro de enseñanza y éste responde en cuanto mantiene el control del alumnado, sea total o parcial, sea en horas lectivas propiamente dichas o en tiempo posterior en el que todavía ejerce el colegio su labor de guarda».

3.8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4-6-1999 (41)

El Fundamento de Derecho Primero describe el «iter» procesal y el supuesto de hecho (una niña, justo antes de entrar a clase, es empujada por un compañero teniendo que asirse a la cancilla existente en el Centro, momento en el cual, otro compañero de Colegio cerró aquélla, aprisionándole los dedos y produciéndole diversas heridas por aplastamiento de la mano derecha), pero será el Fundamento de Derecho Tercero el que nos interese: «La responsabilidad de las personas y entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior que establece el artículo 1.903, en su apartado quinto, por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, se halla *condicionada temporalmente* en el sentido de que tales daños y perjuicios han de ser causados “durante los periodos de tiempo en que los mismos (los alumnos menores de edad) se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”, lo que encuentra su razón de ser en que, tratándose de una responsabilidad por culpa *in vigilando*, las funciones de guarda y custodia sobre aquellos alumnos sólo se transfieren a los profesores o cuidadores del

(41) M. A. 4286. Esta sentencia fue comentada por GÓMEZ CALLE, E., *Comentario a la STS de 4-6-1999*, cit., págs. 1187-1195.

Centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos hasta su salida de él finalizada la jornada escolar (en este sentido, sentencias de esta Sala de 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 15 de diciembre de 1994 y 10 de diciembre de 1996). *Por ello era requisito necesario para la prosperabilidad de la acción indemnizatoria ejercitada, la prueba de que las lesiones sufridas por la menor hija de los actores se produjeron durante ese lapso de tiempo en que los alumnos quedaban sujetos a la vigilancia del personal del Centro*, lo que no se ha conseguido en autos ya que los hechos ocurrieron al acceder la menor al recinto exterior del colegio por una cancilla situada a unos veinte metros de la entrada principal del edificio en que se encuentran las aulas, cancilla que separa ese espacio exterior del colegio de la vía pública, por lo que no puede afirmarse que los hechos se produjeron cuando el personal del centro había asumido ya las funciones de vigilancia de los alumnos a ellos encomendados; faltando este presupuesto necesario para la exigencia de la responsabilidad demandada procede desestimar la demanda en cuanto al fondo en relación con la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y desestimar el motivo quinto del recurso en que, alegando infracción del artículo 1.902 del Código Civil, del artículo 25.2, letra n), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y de la Disposición Adicional segunda, número 1 de la Ley Orgánica número 8/1985, de 3 de julio, se ataca la sentencia recurrida en cuanto absuelve al Ayuntamiento de Chantada de la demanda formulada».

3.9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18-10-1999 (42)

Pese a que los Antecedentes de Hecho Primero y Segundo describen el supuesto y el itinerario procesal seguido, resulta bastante más clarificador el resumen realizado por el Fundamento de Derecho Primero, aunque no nos detendremos en él (simplemente comentaremos que varios niños jugaban en el patio de un centro que organizaba unas «colonias», y uno arrojó un palo a otro que le causó la pérdida del globo ocular). El Fundamento de Derecho Tercero es el que nos va a interesar de cara a valorar la argumentación del TS sobre la cuestión que nos ocupa: «La misma suerte desestimatoria debe seguir el segundo motivo en el que se denuncia infracción por aplicación indebida de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil. / El resultado dañoso no se produjo por caso fortuito. Este contempla una situación de imprevisibilidad, o inevitabilidad del resultado, y repele la existencia de culpa. En el caso objeto de enjuiciamiento los niños estaban practicando un

(42) M. A. 7615. Esta sentencia ha sido comentada por DÍAZ ALABART en *CCJC*, núm. 52, 2000, ref. 1425, págs. 309-322.

juego peligroso, y en tal situación el daño era previsible. *Ha habido culpa por parte de los profesores o cuidadores que pudieron, y debieron haber impedido el juego practicado. Y también ha habido culpa por parte del órgano de la Administración Autonómica*, tanto en la perspectiva del artículo 1.903 —culpa *in vigilando* o *in eligendo*—, como en el del artículo 1.902 —culpa *in omittendo*—, sin que obste, a la falta de previsión del número de cuidadores adecuados, que sea aplicable o no la normativa administrativa de la Generalitat (Decreto 129/1985, de 13 de mayo, publicado en el DOGC de 5 de junio, núm. 545), pues era la específica situación del internamiento temporal de los menores y su número la que exigía *una mayor intensidad en el cuidado y vigilancia que la que se había dispuesto*. / La parte recurrente cita en apoyo de su postura la sentencia de esta Sala de 21 de noviembre de 1990 en que se aprecia caso fortuito en un caso, que se dice, similar (pérdida de un ojo por un menor agredido por otro con un tenedor, mientras comían en un comedor escolar veinticuatro niños vigilados por una profesora). Sucede sin embargo que se trata de dos supuestos (el de autos y el alegado) notablemente distintos. En el supuesto alegado no existía una situación de riesgo (actividad peligrosa) y la agresión rápida e inopinada era imprevisible; y además la sentencia sienta la diligencia de la profesora, las condiciones normales y no incómodas del comedor, y que los alumnos estaban vigilados convenientemente. / La Jurisprudencia viene manteniendo, en los supuestos de daños sufridos por menores derivados de hechos extracontractuales, una línea definida. De una manera similar al caso citado de la sentencia de 1990, se declara la ausencia de culpa en la sentencia de 10 de marzo de 1997 (también agresión rápida e inopinada, con lápiz o bolígrafo difícilmente previsible dentro de un orden cotidiano y normal), y también se adopta solución absolutoria cuando se trata de un juego sin peligro (sentencia de 8 de marzo de 1999), o si concurre culpa (en el sentido de causa) exclusiva de la víctima (sentencias de 18 de febrero de 1985, 17 de julio de 1986 y 2 de abril de 1998). *En aras de la protección de los menores (especialmente por razón del menor discernimiento) se acentúa la exigencia de la diligencia* —medidas de previsión, vigilancia, atención y cuidado— (sentencias de 13 de septiembre de 1985; 11 de julio de 1990; 5 y 22 de febrero, 28 de mayo y 4 de junio de 1991; 7 de enero de 1992; 24 de febrero y 27 de septiembre de 1993; 24 de marzo, 4 de mayo y 8 de noviembre de 1995; 25 de septiembre y 8 de octubre de 1996; 31 de mayo, 5 de junio y 31 de diciembre de 1997; 13 de abril, 30 de mayo, 30 de junio y 3 de julio de 1998; 15 de marzo y 18 de mayo de 1999). Por último, y en relación concreta con el caso, por un lado, se destaca la valoración de la situación de peligro de la actuación o juego desarrollado en sentencias de 10 de junio de 1983 —menores jugando a lanzar piedras al aire—; 10 de noviembre de 1990 —juego de la «lima»—; 3 de diciembre de 1991 —ballesta con alfiler—; 20 de mayo de 1993 —con

balón pinchado, deformado y de material plástico duro—; 30 de junio de 1995 —jugando con sendas escopetas de aire comprimido—; 10 de diciembre de 1996 —broche con elemento punzante—; y 17 de septiembre de 1998 —jugando con «tirachinas»—. Y por otro lado, en relación con la responsabilidad de los Centros de Enseñanza o de tutela, cabe citar las sentencias de 10 de noviembre de 1990; 3 de diciembre de 1991; 30 de octubre de 1992; 15 de diciembre de 1994; 5 y 10 de octubre de 1995; 19 de junio de 1997 y 31 de octubre y 29 de diciembre de 1998, cuyo contenido resulta superfluo reproducir, pero que revelan una doctrina demostrativa del acierto de la resolución recurrida y de la carencia de fundamento del motivo examinado, y con él del recurso entablado por la Generalitat de Catalunya, que por ello debe ser desestimado, con imposición de las costas, por imperativo legal (art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3.10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30-12-1999 (43)

El Fundamento de Derecho Primero recoge el supuesto de hecho sobre el que vamos a tratar, y resuelve la cuestión: «El único motivo del recurso formalizado por el Institut Català de Serveis a la Joventut, dependiente de la Generalitat de Catalunya, contiene denuncia de aplicación indebida del artículo 1.902, en relación al 1.105 del Código Civil, aportando pretensión casacional de que se le exima de toda responsabilidad civil por el trágico accidente que costó la vida a la menor doña Cristina C. O., el día 23 de julio de 1990. / Los hechos probados acreditan: a) Que la menor permanecía internada en el albergue que la recurrente posee en la localidad de Salardú (Valle de Arán), asistiendo a un curso que se impartía sobre perfeccionamiento de lengua francesa, siendo sobre las veinte horas del día referido, fue llamada para la cena cuando estaba en el dormitorio de una compañera y no en el suyo propio, como era lo establecido, y, probablemente, para no ser reprendida, tomó la decisión de pasar a su alcoba, saltando desde el balcón externo de la habitación donde se encontraba a la suya propia, estando ambos voladizos separados por 1,09 metros. b) En el momento de llevar a cabo el salto cayó al vacío, dando con su cuerpo en tierra, por lo que sufrió heridas tan graves que le ocasionaron el fallecimiento, y c) Los referidos balcones, con una antigüedad entre doce y catorce años, se encontraban en la pared posterior del albergue, a una altura de la superficie del suelo de 11,30 metros, estando provistos de barandilla de 1,05 metros, y en las esquinas con perfil metálico anclado en la cornisa, pero carecían de obstáculos que impidieran saltar de uno a otro, al no estar provistos de defensas en sus partes laterales,

(43) M. A. 9094.

lo que se subsanó después del accidente. / El acto inicial desencadenante del accidente mortal hay que atribuirlo a la víctima, tratándose de una joven de trece años de edad y por tanto con capacidad suficiente para discernir el peligro que suponía saltar de balcón a balcón, lo que pone de manifiesto una actuación no sólo temeraria sino evidentemente peligrosa, cuando lo correcto era utilizar la vía correcta y normal de comunicación entre las habitaciones que facilitaba el pasillo interior. / *Sin embargo la recurrente no resulta totalmente ajena al suceso, pues no se está ante un caso fortuito claro y que se imponga, ya que no adoptó —se hizo con posterioridad al accidente (suplementos y enrejados, en los laterales de los balcones)— las medidas de seguridad suficientes y necesarias, dada la disponibilidad estructural que tenían los voladizos, para evitar el paso de uno a otro por los usuarios del albergue, tratándose de personas jóvenes, proclives a afrontar peligros de forma irreflexiva. / Concorre una clara y decidida falta de previsión de la entidad que recurre, la que, al tomar bajo su custodia, tutela y protección a los jóvenes que se alojaban en el edificio, debió de disponer todas las medidas de seguridad posibles a su alcance para evitar accidentes que resultaban del todo convenientes y fáciles de ejecución, llevando a cabo cerramientos útiles protectores de los balcones, a los que se abrían los dormitorios de los internos. / Se trata de una omisión dotada de la suficiente intensidad causal en relación al accidente, que determina la responsabilidad concurrente del Institut con la de la víctima, y que no desvirtuó la prueba pericial, la que no puede imponerse a la función valorativa de las pruebas a cargo del Tribunal de Instancia, pues si bien, en la misma se hace constar que la disposición de los balcones no contravenía normativa alguna por reunir las condiciones de altura y construcción habitual, ha de tenerse en cuenta que esta posible normalidad constructiva que puede valer para toda clase de edificios, no resulta suficiente y así lo demostró el accidente de autos, cuando se trata de edificaciones destinadas a acoger personas menores de edad, por resultar del todo necesario evitar todo peligro, eliminado las facilidades que lo anuncian. / Esta Sala de casación civil tiene declarado, en supuestos análogos al presente, que los padres que confían sus hijos a una determinada institución que los acoge, los someten y entregan a la tutela y cuidado ajenos, que ha de ser suficiente y dotado de las mayores seguridades para evitar todo suceso negativo, y al producirse estos resultados acreditan la insuficiencia de las medidas o disposición que presentan las cosas, es decir que falta algo por prevenir, presentándose por tanto incompletas las diligencias tomadas, recayendo la carga de la prueba de haber obrado con la completa diligencia que debe concurrir en aquél al que se le atribuye la causación del daño ocasionado (sentencias de 10-11-1990, 4-6 y 3-12-1991, 27-9-1993 y 10-12-1996). / El motivo se rechaza».*

3.11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29-6-2000 (44)

El Fundamento de Derecho Segundo recoge los hechos probados (una menor que fallece a consecuencia de un accidente provocado en una actividad escolar programada por el centro, una salida al campo, pues cayó a un pozo y pese a que pudo ser rescatada con vida gracias a la actuación del profesorado), y es el Fundamento de Derecho Tercero de sumo interés para nosotros: «En el primer motivo del recurso, planteado por el señor Abogado del Estado, se formula al amparo del número 1.º del artículo 1.692 LECiv, pues, la sentencia incide en exceso de jurisdicción, por pertenecer el conocimiento de las materias relativas a la responsabilidad extracontractual de la Administración al orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo. Y así debió intuirlo la propia Sala sentenciadora al invocar los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; que aplicando el principio general de derecho de *tempus regit actum* cuando acaeció el desgraciado evento que costó la vida a la niña de cuatro años estaba vigente la citada Ley de Régimen Jurídico; que ello no obstante siendo la educación, a todos los efectos un servicio público primario y tratándose de responsabilidad extracontractual no cabe deferir el conocimiento de la materia al orden jurisdiccional ordinario sino al de lo contencioso-administrativo, constituyendo plena confirmación, aun posterior, de este criterio la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992. / El motivo plantea la cuestión de incompetencia de este orden jurisdiccional que, no ha de acogerse, por las razones, ya coherentes de una jurisprudencia constante, entre otras, la reciente de 10 de abril de 2000, que, incluso, condena al Ministerio de Educación por un suceso análogo en que se aprecia negligencia del profesorado —aunque se absolvió al Director del Centro— y, sobre todo, porque se ratifica en todo el recto razonamiento de la Sala de instancia en su Fundamento 4.º: “procede, por otra parte, establecer la responsabilidad directa del Ministerio de Educación y Ciencia por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.903 del Código Civil, puesto que, *los padres delegan las funciones de control y vigilancia de los alumnos en el centro de enseñanza desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada, sin que conste alterada esta situación por la práctica de la salida complementaria que se llevaba a efecto como actividad escolar*, siendo por tanto el Colegio Público ‘Teodosio el Grande’ de Coca, del ministerio de Educación y Ciencia, por medio de su personal, el que tenía exclusivamente a su cargo el deber tuitivo

(44) M. A. 5916. Esta sentencia ha sido comentada por MORETÓN SANZ, M. F.; RUIZ JIMÉNEZ, J., y TEJEDOR MUÑOZ, L., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2000. La responsabilidad civil de los centros docentes», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 16, 2000, págs. 241-256.

de vigilancia sobre el alumnado, concretado en los profesores referidos, que debía de ser más exquisito sobre niños de tan corta edad, como la menor fallecida, lo que obliga a decretar también el progreso de la acción actuada, en aplicación de dicho precepto en relación a los artículos 106.2 CE y 40 LRJAE (sentencias 3-12-1991 y 15-12-1994, atendida la fecha de producción de los hechos de 12 de noviembre de 1990), y ello por cuanto independientemente de que el artículo 1.903 del Código Civil, en su antigua redacción, ya hubiese perdido efectividad a partir de lo establecido modernamente en las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, lo cierto es que la más reciente y correcta interpretación del artículo 1902.5 del Código Civil (*sic*), en aquella su primitiva redacción que es la aplicable al caso, no es otra sino que el Estado responde de los daños causados por sus funcionarios, siempre que éstos actúen dentro del ámbito que les sea propio, pues a través de ellos ejerce sus funciones, razón por la cual el expresado artículo se refería *in fine* a que si el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior...". Es además rechazable la mención que se hace en el Motivo de la reforma operada por la Ley 30/1992, de Responsabilidad Jurídica de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26-11-1992, amén de la posterior Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en razón a que el accidente ocurrió en 12-11-1990 y por eso, tal vez, se escribe en el Motivo "plena confirmación aun posterior de este criterio nueva Ley de 26-11-1992..." (alusivo, pues, a la competencia de este orden). / Ese criterio ya está reiterado en la jurisprudencia de esta Sala, al exponerse que, la competencia de la jurisdicción civil en este caso viene determinada tanto por la naturaleza meramente civil de la acción, como por lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la derogada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, vigente en la fecha del suceso originador de este pleito, todo lo cual es ratificado por esta Sala. Corresponde recordar la presencia de dudas en la práctica forense sobre la concreción del Orden Jurisdiccional correspondiente para sustanciar las reclamaciones indemnizatorias contra la Administración, propiciadas, muchas veces, por los propios Tribunales, con la argumentación de que no existe una clara delimitación competencial en este espacio, pues, frente a la generalidad del artículo 3.b) de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, se encuentra el alcance de la responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 1.902 del Código Civil, relativa a que el conocimiento del Orden Jurisdiccional Civil, en materia de daños producidos por una Administración Pública, procede cuando ésta no ha ejercitado potestades soberanas y la del orden contencioso-administrativo en caso contrario. La normativa aplicable actualmente en este tema, aparte de las disposiciones

aprobadas por las respectivas Comunidades Autónomas, se encuentra en el artículo 106.2 de la Constitución Española, el cual establece que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”; en el artículo 149, apartado I, regla 18.^a, de la CE, que reconoce la competencia exclusiva del Estado para fijar la legislación básica sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas; en el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que reconoce su competencia para conocer de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración; y en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollado en este aspecto por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. La publicación de las Leyes 30/1992 y 29/1998 evidencia un cambio del panorama competencial, con la tendencia en la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas y en el artículo 215 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, por razones de seguridad jurídica, conviene respetar los criterios competenciales precedentes para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo aludido, pues su quiebra ante un proceso iniciado previamente a la puesta en vigor de la comentada normativa, perjudicaría el principio de la tutela judicial efectiva y produciría indefensión, con clara vulneración del artículo 24.1 de la CE... (sentencia de 31-12-1999)».

También es muy interesante la argumentación sobre el nexo causal incluida en el Fundamento de Derecho Quinto: «En el tercer motivo, “ex” artículo 1692.4.º LEC, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 1.902, en relación con el 1.903, ambos del Código Civil, sobre los requisitos, en este caso, previstos para que se dé la responsabilidad extracontractual, y se dice que, aunque se ha producido el daño, “fracasan —sic— los distintos requisitos que constituyen el presupuesto para anudar una responsabilidad aquiliana”, sobre todo si se parte de la inexistencia del nexo causal. Para la respuesta del Motivo, y con base en los *facta* transcritos, asimismo se confirma el juicio de responsabilidad que la Sala emite en sus Fundamentos 2.º y 4.º (seguido procedimiento penal sobre los hechos antes resumidos, el Juzgado de Santa María La Real de Nieva y en el Juicio de Faltas 102/1991, dictó sentencia absolutoria respecto de los coimputados, posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial de Segovia en Resolución de 19 de febrero de 1992), Fundamento 2.º: “En la valoración de lo objetivado precedentemente se atiende, en primer lugar, a que los tres profesores citados,

conocedores de sus alumnos, asumen la salida fuera del centro para la práctica de una actividad escolar complementaria con un grupo de 57 alumnos, grupo de alumnos que por sus edades se nos antoja excesivamente numeroso en la relación número de alumnos/profesor, y que conlleva pensar en una falta de diligencia previsoras imputable tanto a los profesores que la llevaron a cabo como a la dirección demandada del Colegio Público e, incluso, al propio Consejo escolar que la aprobaron, pero esta relación e imputación de falta de previsibilidad, sin embargo, puede verse modificada y se modifica en el caso concreto, por dos factores, uno la ausencia de riesgos en una ruta conocida por los referidos profesores y ya realizada en años anteriores, y de otra la consideración de los tres profesores en su propia suficiencia para el control de los niños, que no sólo no les llevó a plantear objeción alguna ante el programa de actividades, sino que tampoco reclamaron en el caso de autos una colaboración de los padres de alumnos posible para itinerarios con alguna dificultad como consta que en otras ocasiones se había llevado a cabo, de aquí que la falta de previsibilidad del riesgo por parte de éstos no pueda extenderse a la directora del Centro demandada a los efectos de este proceso. El segundo supuesto de valoración de los hechos probados, determinante de un mayor grado de omisión de diligencia, siempre, en el bien entendido concepto de que se está tratando de culpa levísima con un único reflejo en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, y que la misma ya se encuentra excluida de la culpa leve a los efectos de falta penal, viene determinado no porque la niña se precipitase al interior del pozo, hecho, en ocasiones inevitable e independiente de que la niña estuviera en un grupo menor de niños, atendida por más personas adultas e incluso por los propios padres, sino porque el hecho de la caída al pozo de la niña no fue visto ni constatado por ninguno de los tres profesores hasta que se lo comunicó otra pequeña, lo que es revelador de que las medidas de control y atención a los niños previstas no eran suficientes o no eran desarrolladas convenientemente, y en su consecuencia es evidente que tal valoración de los hechos supone estimar como civilmente culposa la conducta de los tres demandados, sin perjuicio de su calidad humana y profesional evidenciada tras producirse tal aciago hecho".

Fundamento 4.º: "...En el presente caso los profesores demandados no han conseguido acreditar que obraron con toda la diligencia exigible en la vigilancia o en la adopción de las medidas suficientes de control respecto de la menor fallecida, no existiendo, por lo demás, ninguna duda acerca de la relación de causa a efecto entre ambos (hecho lesivo y conducta de los demandados) que se inspira en la valoración de las condiciones y circunstancias que el buen sentido señala al examinar cada caso, como índice de responsabilidad dentro del multiforme encadenamiento de causas y efectos" (sentencia de 7-1-1992). / Sería ocioso resaltar el elemento culpabilístico —fruto indiscutible de la savia imperecedera del voluntarismo paradigmático

inmerso en todos los institutos jurídicos del Derecho Civil— que en esos *facta* y juicio calificador que la Sala *a quo* emite, acontece y actúa como palanca del reproche ordenador de la responsabilidad civil declarada. Procede, pues, desestimar el recurso con los demás efectos derivados».

3.12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28-10-2001 (45)

Una vez que el Fundamento de Derecho Primero ha descrito el supuesto de hecho (una niña pierde un ojo tras ser herida durante un juego en el recreo), los Fundamentos Segundo y Tercero reflexionan fundamentalmente sobre la diligencia del profesorado: «SEGUNDO.—(...) Responsabilidad por consiguiente, que no puede exigirse con éxito en este supuesto, en el que no se aprecia culpa de las menores, en cuanto que las lesiones y su secuela se han producido, cuando la niña, la lesionada, y la que pudo ocasionar la lesión, junto a otras compañeras de la misma edad, jugaban a saltar a la comba, actividad lúdica inocua, y de general práctica entre las niñas de esa edad, y si se produjo ese resultado, fue por un fatal accidente como así se califica en la sentencia recurrida; juego que era practicado, en un recreo durante las horas lectivas con la vigilancia de una profesora, por lo que a los padres en forma alguna, se les puede imputar una actitud omisiva culposa, exigible para que la acción prospere (sentencias de 18-10-1999 y 16-5-2000). / TERCERO.—Respecto a la responsabilidad del Colegio, y a tenor de lo expuesto en relación con la doctrina de esta Sala, hay que tener presente, que no se puede atribuir una responsabilidad culposa omisiva, ya que tenía el recreo vigilado por una profesora, que fue la que atendió en el primer momento a la menor lesionada, y que de acuerdo con la prueba practicada, el accidente se produjo cuando practicaban un juego sin riesgo y de general uso entre las niñas de esa edad, por lo que no se puede apreciar actitud omisiva de la vigilante del recreo de las niñas (sentencias de 10-10-1995, 10-3-19978-3-1999 y 11-3-2000). Supuestos distintos serían cuando los juegos o actividades lúdicas fueran peligrosos y entrañaren algún riesgo, como es el caso contemplado en las sentencias de esta Sala de 18-10-1999 y 11-3-2000, supuestos en los que aplicando la doctrina progresiva consistente en recaer la carga de la prueba de la culpa, en vez de en los demandantes en los demandados, inversión de la carga de la prueba, que en este caso, los demandados han acreditado que obraron con la debida diligencia, y el accidente se debió a caso fortuito, por la falta de previsibilidad de un resultado como el que se produjo».

(45) M. A. 3094 (Repertorio de 2002).

3.13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31-10-2003 (46)

Interesante supuesto el que se plantea en esta sentencia, en el que una niña es atropellada al salir del centro diez minutos antes de tiempo. El Fundamento de Derecho Quinto es muy sugerente: «El motivo primero al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa inaplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil en cuanto a la conducta de la profesora doña Rosa y por ende a la responsabilidad de la aseguradora ASSICURAZIONI GENERALI, S. A. En su fundamentación, frente a la absolución de los mismos por la Audiencia, confirmando la sentencia de primera instancia, los actores insisten en que debe ser condenada doña Rosa, ya que debió extremar los deberes de vigilancia y protección, dado que sabía que el portalón del colegio estaba abierto, que los autobuses maniobraban en las inmediaciones, que sus alumnos, por ser los más pequeños, eran los más inconscientes del Colegio, y que los niños jugaban a ser el primero en subir a los autobuses. No exculpa a doña Rosa de su deber de vigilancia el que atendiese al requerimiento de un alumno de atarle los zapatos, pues un profesional de la enseñanza, sabedor que el grueso de sus alumnos se encamina a una situación de peligro, debe tener otros recursos distintos que el de abandonar la vigilancia de los menores. / El motivo se estima, pues *es claro que no puede alegarse el incidente descrito de atar los zapatos a otro alumno del grupo para exonerar de los deberes de vigilancia y protección a los demás menores en una situación fáctica de riesgo. La profesora no actuó conforme a la diligencia exigible*».

3.14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23-9-2004 (47)

El supuesto de hecho de la presente sentencia se basa en un menor que recibe el impacto de una portería de balonmano mientras jugaba en el patio del colegio y termina falleciendo. El Fundamento de Derecho Tercero es básico para nuestra cuestión: «El motivo segundo se formula al amparo del artículo 1692.4.º LEC, por infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil. / Sostiene el Abogado del Estado que el hecho determinante del fallecimiento del menor se produce exclusivamente por su imprudencia, al colgarse indebidamente de un larguero de la portería de balonmano, lo que produjo el desequilibrio en la portería que en su caída le golpea en la cabeza, produciéndose el fallecimiento en los días posteriores. / El motivo no puede ser atendido, pues sin hacer alegación alguna a la responsabilidad de la directora del centro, nombrada por el Ministerio de Educación Nacional y con-

(46) M. A. 7978.

(47) M. A. 5578.

denada; es decir, sin hacer alegación alguna sobre la culpa *in vigilando* o *in eligendo* de la Administración, invoca unilateralmente la culpa exclusiva (en todo caso de difícil encaje en un niño de once años), sin invocar error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción de precepto procesal al respecto. En definitiva, el recurrente hace supuesto de la cuestión, determinante del decaimiento del motivo. / *La sentencia impugnada estima que no se agotaron las medidas posibles y previsibles para evitar el hecho en cuestión, ya que no dispuso el anclaje debido de la portería, cualquiera que fuera su situación y disponibilidad; y esta falta de anclaje fue la determinante de las lesiones y ulterior fallecimiento del menor de edad Javier. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en sentencias referidas a supuestos prácticamente iguales, como son, las de 1-10-2003 y 26-5-2004».*

3.15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10-6-2008 (48)

En el Fundamento de Derecho Primero se expone el supuesto de hecho, relativo a un menor que sufre lesiones oculares por jugar con un rastrillo de plástico en el patio de la escuela, pero será el Fundamento de Derecho Tercero el que aporte la doctrina más interesante sobre el tema, y el Fundamento de Derecho Cuarto, acerca de la posible responsabilidad de los padres: «TERCERO.—El motivo segundo, fundado en infracción del párrafo quinto del artículo 1.903 en relación con el artículo 1.902, ambos del Código Civil, así como de la jurisprudencia, impugna la sentencia recurrida por haber calificado los hechos de caso fortuito a partir de la conformidad de los actores hoy recurrentes con la absolución en primera instancia de la educadora codemandada, siendo así, según el alegato del motivo, que legalmente la responsabilidad del Centro docente “es independiente de las personas que directamente se encuentren vigilantes o no” o del número de educadores presentes. Se aduce también que el niño “estaba haciendo” un uso inapropiado del rastrillo porque lo “estaba golpeando” contra un tobogán, y que todo ello revela una situación de riesgo a la vez que una falta de medidas organizativas. / La respuesta al motivo así planteado pasa necesariamente por puntualizar, primero, que según se ha razonado en el fundamento jurídico precedente la referida conformidad con la absolución de la educadora codemandada dista mucho de ser el único fundamento de la ausencia de responsabilidad del Centro docente declarada por el tribunal sentenciador; y segundo, que ni siquiera en la sentencia de primera instancia, favorable a los hoy recurrentes, se declara probado que el niño “estuviera” golpeando el tobogán con el rastrillo, ni menos aún que, como se afirmaba en la demanda, el juego practicado por el niño en

(48) M. A. 4244.

esos momentos consistiera “en golpear un rastrillo contra el tobogán situado en el patio de la escuela”, de suerte que fuera con ocasión de uno de esos golpes cuando el rastrillo rebotó, sino, pura y simplemente, que el niño se hirió al golpear el tobogán con el rastrillo y rebotar éste. / A partir de ahí la cuestión que en esencia plantea el motivo debe resolverse aplicando la jurisprudencia de esta Sala sobre los dos últimos párrafos del artículo 1.903 del Código Civil en relación con casos similares al aquí enjuiciado. Tomando como referencia la STS de 18-10-99, por su completa relación de precedentes jurisprudenciales al respecto, cabe concluir que el elemento decisivo para apreciar la responsabilidad del Centro es el peligro que entraña la actividad de los menores al suceder los hechos, peligro que puede o no derivar a su vez del instrumento o instrumentos utilizados por los niños, pues éstos pueden servirse de un tenedor en la comida o un bolígrafo durante la actividad escolar, objetos ciertamente capaces de causar daño, sin que por ello el Centro venga obligado a disponer la presencia de un educador junto a cada niño para evitar un uso inapropiado (sentencias de 21-11-1990 y 10-3-1997), pero también pueden dedicarse a una actividad peligrosa sin servirse de instrumento alguno, como golpearse con los puños o los pies. Ese mismo criterio se mantuvo en la STS de 27-9-01 sobre un hecho sucedido ya bajo la vigencia del artículo 1.903 del Código Civil según su redacción por la Ley 1/1991, de 7 de enero, manteniéndose la exoneración del Centro docente por las lesiones de una niña al caerse mientras el grupo jugaba al «tren chu-chu», y también por la STS de 28-12-01, que confirmó la absolución del Centro docente por las lesiones de una niña que saltaba a la comba cuando su compañera soltó uno de los extremos de la cuerda. / *De ahí que la prueba de la diligencia a que se refiere el párrafo último del artículo 1.903 y que se impone a los titulares de los centros tenga que versar sobre las medidas de organización que deben adoptar (preámbulo de la referida Ley 1/91) en función de la actividad de los alumnos; en definitiva, en función del mayor o menor riesgo que tal actividad entrañe para los alumnos.* / Pues bien, de examinar el caso enjuiciado conforme a todo lo antedicho debe concluirse que el tribunal sentenciador no infringió las normas ni la jurisprudencia citadas y que por tanto el motivo debe ser desestimado. *Si el juego de los niños no consistía en golpear el tobogán con el rastrillo, que era lo alegado en la demanda; si el rastrillo era de plástico, dato omitido tanto en la demanda como en la sentencia de primera instancia; si en consecuencia se trataba de un rastrillo de juguete, como la propia parte recurrente admite en el alegato de este motivo; si por tanto no entrañaba un peligro mayor del que podrían tener un martillo o una espada de plástico; y en fin, si durante el recreo de los niños en el patio no sólo estaba presente la educadora demandada sino también otras más, no se alcanza a comprender qué medida organizativa se omitió que hubiera podido impedir la travesura del niño de golpear un tobogán con el*

*rastrillo, hecho determinante de la lesión porque al rebotar le golpeó en el ojo. / Se trata de un hecho similar a los de las referidas sentencias de esta Sala que exoneraron a los respectivos centros docentes de responsabilidad, porque otra interpretación del artículo 1.903 del Código Civil, en el sentido que parece proponerse en el motivo, comportaría que los niños no pudieran disfrutar en los centros docentes de ningún tipo de esparcimiento durante el cual cupiera que por una simple travesura inesperada, y no asociada necesariamente al tipo de actividad o diversión, se produjera un resultado dañoso. / CUARTO.—Lo anteriormente razonado determina prácticamente por sí solo la desestimación del tercer y último motivo del recurso, fundado en infracción del párrafo sexto del artículo 1.903 del Código Civil. Descartada ya la relevancia del argumento de la sentencia recurrida sobre la conformidad de los demandantes con la absolución de la educadora demandada, que sin embargo vuelve a señalarse como decisivo en el alegato de este motivo, *tampoco el argumento de la misma sentencia sobre la tardanza de los padres demandantes en llevar a su hijo a la ciudad sanitaria es en verdad relevante, pues lo decisivo para enjuiciar la diligencia o negligencia de la entidad titular del Centro docente es que, según se afirmaba en la propia demanda, siendo por tanto un hecho reconocido por los actores, el niño fue puesto a cargo de los padres a las 17,30 horas con una nota manuscrita, firmada por la educadora code-mandada, en la que se comunicaba el incidente, la hora en que había sucedido, el dolor del que se quejaba el niño, la aplicación de agua con sal y la creencia de que no tenía importancia.* En suma, el argumento del tribunal sentenciador sobre la tardanza de los padres en procurar atención médica a su hijo podrá ser más o menos afortunado, e incluso no del todo exacto, pero no influye en el juicio necesario para el objeto del proceso, que es el referido a la actuación conjunta del profesorado y la dirección del Centro y para el cual el dato relevante es que se comunicó debidamente a los padres lo sucedido, así como el dolor del que se quejaba su hijo, para que éstos estuvieran sobre aviso por si consideraban conveniente que recibiera atención médica. Finalmente, en el alegato del motivo se niega que los padres tardaran cuatro horas en procurar a su hijo atención médica, oponiendo a tal declaración del tribunal sentenciador que antes de acudir a la ciudad sanitaria habían llevado a su hijo a dos centros de salud y habían tenido que dejar a su hija pequeña con unos familiares, pero en cambio no se discute lo también declarado por el mismo tribunal sobre la permanencia del niño en casa al menos hasta después de merendar a las 19,30 horas, dato indicativo de que el niño estuvo con los padres también durante dos horas, como en el Centro docente después del golpe, sin que aquéllos se apresuraran a procurarle atención médica, de suerte que el referido argumento del tribunal rebatido en este motivo tampoco es sustancialmente desacertado».*

3.16. OTRAS SENTENCIAS DE TRIBUNALES INFERIORES

También otros tribunales distintos del TS han tenido ocasión de ocuparse de supuestos en los que han debido razonar sobre estas cuestiones que nos interesan. Debemos repasar dichas sentencias de interés, ordenadas cronológicamente.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 31-12-1994* (49)

Una vez que el Fundamento de Derecho Segundo ha expuesto los hechos (una menor sufre daños durante el recreo, causados por varios niños, dos alumnos y un antiguo alumno del centro), el Fundamento de Derecho Cuarto recuerda la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión: «CUARTO.—La sentencia desestima la demanda al entender que al producirse las lesiones en horario y recinto escolar debieron ser demandados exclusivamente los profesores. Sobre esta cuestión se ha consolidado jurisprudencia en el Tribunal Supremo. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 1990, declara que: “Consta acreditado en autos que durante el horario escolar el alumno, jugando en presencia de varios profesores, se lesionó el ojo izquierdo, al clavar en la tierra una vara con punta, y la actuación de los profesores presentes pone de manifiesto que aquéllos no observaron la diligencia precisa y exigible en el cumplimiento de su deber de vigilancia, al no advertir la práctica por el menor lesionado de un juego peligroso que debería haber sido prohibido incluso por el profesorado presente en la hora de recreo, y tal deber de vigilancia no cesaba por el hecho de haber concluido las horas de clase, estando los alumnos como estaban en una dependencia del colegio esperando a acceder a los comedores del mismo, puesto que desde el momento en que entran en las dependencias hasta que las abandonan, por haber concluido la actividad escolar del día, quedan sujetos a la vigilancia de los profesores, hubo, por tanto, una conducta culposa en los profesores, suficiente para imponer, al amparo del artículo 1903.4 del Código Civil, la responsabilidad civil por culpa *in vigilando* o *in eligiendo* a la entidad, ya sea pública o privada, de quienes los causantes del daño dependían, no siendo necesario por otra parte, y dado el carácter solidario de la responsabilidad por culpa extracontractual, la llamada a juicio del director del Colegio. / Igualmente la sentencia de 3 de diciembre de 1991 precisa que: “En el caso, el accidente por cuya responsabilidad se litiga —en que una menor agredió a otro niño en el patio del colegio mientras jugaban, resultando éste seriamente lesionado en un ojo— se produjo en el ámbito del centro escolar

(49) AC 1994/2267.

del que ambos niños eran alumnos, siendo así que el padre de la causante de la lesión no ejercía su labor de guarda, que se entiende que delega en el centro, y de ahí que mal pueda fundarse su responsabilidad en el artículo 1903.2 del Código Civil; y así, esta obligación de guarda renace desde el momento en que el centro escolar acaba la suya, sin que ello haya de interpretarse de manera rígida, pues impondrían con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente después de acabada cada clase, cosa absurda, sino con la flexibilidad que cada caso demande, siendo distinto si el centro recurrido tuviera establecido como norma el cierre inmediato de todas sus instalaciones acabada la jornada —cosa que no ocurre en el caso—, razones que llevan a afirmar que era el centro el que tenía exclusivamente a su cargo el deber de vigilancia y no, como establece la sentencia recurrida, los padres “además”».

Los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto aplican la doctrina al caso en cuestión: «QUINTO.—De la anterior jurisprudencia se deduce que procederá la responsabilidad de los padres/madres por los daños y lesiones causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda, en tanto no se encuentre bajo la custodia escolar, lo que preceptúan los apartados 2 y 5 del artículo 1.903 del Código Civil. / Sobre esta base procede declarar que debe mantenerse la absolución de José M. N. P., pues al cursar quinto curso de EGB, el día de los hechos se encontraba en periodo y horario lectivo, por lo que *la vigilancia de su menor hijo, durante dicho periodo no correspondía a los padres*, los que, por tanto, no incurrieron en negligencia alguna. / No podemos decir lo mismo de Ceferino R. S., que en la fecha del hecho, cursaba 8.º de EGB, cuyo periodo lectivo había finalizado el 7 de junio (folio 124), por lo que *cuando resultó lesionada la menor, no estaba bajo la custodia del profesorado, sino la exclusiva de sus padres, por lo que al amparo de lo dispuesto en el artículo 1903.2 del Código Civil procede condenarles a la indemnización que luego se dirá.* / SEXTO.—Con respecto a Antonio Jesús B. R., resulta que, cuando se daña a la menor, tenía diecisiete años (folio 30), y en virtud de ello son demandados sus progenitores, emplazados en la persona del padre, a saber, don Isidro B. M. (folio 68), y pese a ello se persona el hijo (Antonio Jesús), que ya era mayor de edad, lo cual le es admitido indebidamente por el Juzgado, ya que no había sido demandado, y pasando ello inadvertido a la parte demandante, que sólo lo hace valer en el recurso. Tampoco se declaró la rebeldía de los padres de dicho menor, ni se ha practicado actuación procesal con ellos, diferente de la mencionada. / Por todo ello, de acuerdo con la recurrente, no procede la condena a Antonio Jesús B., ya que no fue demandado. Tampoco la de sus padres, con los que el Juzgado no ha mantenido la debida relación procesal, quedando imprejuzgada, la acción contra éstos dirigida al no haber sido encauzada procesalmente por el Juzgado».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Octava), de 20-11-1995 (50)*

El Fundamento de Derecho Tercero expone la teoría general sobre la cuestión: «Los párrafos segundo y sexto del artículo 1.903 del Código Civil disponen que “los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda” y que tal responsabilidad cesará cuando los padres “prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”. *La responsabilidad de los padres se justifica doctrinal y jurisprudencialmente por la transgresión del deber de vigilancia que a ellos incumbe. El Legislador ha establecido en el artículo citado una presunción de culpa de quien desempeña la patria potestad, con posibilidad de desvirtuarla siempre que los afectados por ella demuestren el empleo de las precauciones para evitar el daño.* El menor demandado realizó el acto lesivo cuando se encontraba en el centro escolar de que era alumno, o, con más precisión, en un parque colindante al que acudía habitualmente, junto con sus compañeros, durante el tiempo de recreo, situación que se daba en el momento del hecho. Por consiguiente, la guarda del menor no correspondía en tal ocasión a los padres del menor, sino al director y demás profesores del Instituto. *Durante el tiempo de permanencia del menor en el centro escolar el deber de vigilancia del mismo no corresponde a sus padres, sino a las personas en que tácitamente han delegado esta función por razón de la profesión ejercida por ellas.* Al confiar la guarda del menor a personas debidamente capacitadas para desempeñarla, debe entenderse que los padres del menor emplearon la diligencia exigible a un buen padre de familia para prevenir el daño y, por lo tanto, han de quedar exentos de responsabilidad por el hecho dañoso causado por su hijo. *No puede aceptarse la tesis de que la responsabilidad de los encargados del centro escolar puede concurrir con la responsabilidad de los padres, pues fundada una y otra en el incumplimiento del deber de vigilancia, hay que tener en cuenta quién estaba obligado a vigilar al menor en el momento del hecho, y como esa obligación no era coincidente en el tiempo para padres y profesores, no puede declararse la responsabilidad de quienes, como los padres, no tenían esa obligación cuando aquél se produjo».*

A la responsabilidad del director del centro se dedica el Fundamento Cuarto: «Para determinar la responsabilidad del director del Instituto hay que tener presente que el hecho dañoso se produjo el día 20 de mayo de 1991, es decir, cuando ya estaba en vigor la nueva redacción del artículo 1.903 del Código Civil introducida por la Ley de 7 de enero de 1991, publicada en el “Boletín Oficial del Estado” del siguiente día 8. Dicha Ley suprimió el pá-

(50) AC 1995/2056.

rafo del artículo citado relativo, entre otros extremos, a la responsabilidad de los maestros respecto de los perjuicios causados por sus alumnos mientras permanecieran bajo su custodia, y dispuso que “las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderá por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”. Resulta claro que la consecuencia jurídica pretendida por el demandante —declaración de responsabilidad del director del centro por los perjuicios causados por un alumno mientras permanecía bajo su custodia— no está amparado por ninguna norma legal. Como es evidente que la conducta del director no puede incardinarse en lo dispuesto por el artículo 1.902 del Código Civil, se ha de concluir que no se puede estimar la demanda en cuanto deducida contra el director del Instituto, al que se ha de absolver de la misma». Además, el Fundamento Quinto completa la cuestión, al decidir sobre la responsabilidad de la Generalidad Valenciana, en tanto en cuanto el centro es público.

— *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal) de 4-12-1995 (51)*

Los Fundamentos de Derecho Segundo a Cuarto son gráficos, después de que el primero explicara los hechos (una niña sufre un ataque epiléptico tras ser golpeada con un balón de gimnasia rítmica, en el recreo, y ante la presunta desatención sufrida, termina muriendo): «SEGUNDO.—Ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación de la *responsabilidad de profesores y centros de enseñanza* por los daños causados por sus alumnos o acaecidos a los mismos durante el periodo de dependencia escolar, que *dicha responsabilidad no puede de ningún modo objetivarse y desligarse de la imputación y prueba efectiva de una conducta culpable*, pues no se trata de asumir socialmente un daño consecuencia de una actividad de riesgo, como sucede en los daños acaecidos en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, o en aquellos otros correspondientes a actividades empresariales industriales, sino de extremar los deberes de vigilancia y cuidado consustanciales a la misma actividad educativa, y acentuados por la especial dependencia y vulnerabilidad de los niños y menores encomendados a los centros educativos (sentencias del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 1990 y 20 de mayo de 1993). Por lo que deben rechazarse los argumentos incidentales del escrito de recurso sobre responsabilidad objetiva. /

(51) M. A. 9667.

TERCERO.—Ha declarado expresamente el Tribunal Supremo que *el deber de vigilancia implica el deber efectivo de atender los juegos y prohibir los juegos peligrosos de los alumnos mientras permanecen en el patio del colegio*, como el clavar en la tierra una vara con punta que lesionó el ojo de un alumno (sentencia de Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 1990); o el deber de retirar un armazón metálico inútil en el patio en el que se columpiaban los alumnos y que produjo la muerte de uno de ellos (sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 1995). Sin embargo ha declarado expresamente el Tribunal Supremo que *el juego de balón en circunstancias ordinarias no es una actividad ilícita ni peligrosa*, y por ello la pérdida del ojo por un niño aunque el balón estuviere pinchado ha de considerarse un hecho fortuito (sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1993). / Igualmente aunque la jurisprudencia ordena extremar el deber de vigilancia, considerando culpable la ausencia indebida del menor del colegio durante el periodo escolar e imponiendo la responsabilidad por su muerte aunque la misma sucediese fuera de las dependencias colegiales y por grave imprudencia del mismo (sentencias de 15 de diciembre de 1994); es lo cierto que si se demuestra que se cumplieron las condiciones normales de vigilancia y cuidado y que estaba presente en el comedor una profesora encargada, ha de considerarse fortuita la agresión con un tenedor que ocasionó la pérdida de un ojo a un compañero, siendo factor determinante en la imputación de falta de diligencia la previsibilidad del daño acaecido (sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 1990). / CUARTO.—En el caso presente la imputación de culpa al centro privado de enseñanza demandado se pretende en base a tres razones diversas: el carácter arriesgado del juego con un balón de gimnasia rítmica, la falta de vigilancia debida de una alumna enferma, y la desatención de la menor una vez acaecido el ataque epiléptico. Pero frente a dichas alegaciones parece evidente que *los juegos desarrollados en el patio y el balón utilizado han de considerarse una actividad normal, y que transcurría bajo la vigilancia de una profesora* (la hermana Clemencia); *y el golpe del balón, que no fue intenso y no dejó huella traumática alguna, fue un mero desencadenante circunstancial de un suceso epiléptico entre numerosas crisis anteriores todas ellas superadas sin dificultad*; y, finalmente, no puede calificarse de desatención la conducta de la hermana Clemencia, muy próxima al lugar de los hechos, que si no dio importancia en un primer momento a la crisis epiléptica se acredita la pronta presencia de su profesor tutor y posteriormente el inmediato aviso de un doctor. En una *muerte que ha de calificarse de súbita e imprevisible, y en cuyo origen o desarrollo no se encuentran causas directamente imputables a persona alguna o a deficiencias organizativas del colegio*. Por lo que deben desestimarse íntegramente los motivos primero, segundo y quinto de casación antes referenciados».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección Tercera), de 5-6-1997 (52)*

Según el Fundamento de Derecho Segundo: «La demanda funda la pretensión indemnizatoria que ejercita con base en la llamada culpa extracontractual o aquiliana, que regula el Código Civil (arts. 1.089, 1.093, 1902 y demás concordantes), en el párrafo cinco del artículo 1.903, según el cual: “Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares complementarias”. Como todas las obligaciones que por actos de otros de quienes se debe responder, precisa el sexto y último párrafo de dicho artículo 1.903 que “la responsabilidad cesará cuando las personas en él mencionadas (padres, tutores, dueños o directores de un establecimiento o empresa y personas o entidades titulares de Centro docente de enseñanza no superior) prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”. Prevención, que, en realidad, constituye la obligación o exigencia del artículo 1.104, según la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, si bien acentuada al requerirse la prueba de “toda la diligencia” antes dicha, determinándose así, además de una evidente inversión de la carga de la prueba, una notable dirección hacia la objetivación de la responsabilidad, derivada del indudable hecho de asunción del riesgo inherente a toda actividad empresarial, que sólo podría eludirse mediante la acreditación y prueba de “haberse empleado ‘toda’ la diligencia exigible”, lo que es realmente difícil teniendo en cuenta que hasta la culpa leve y aun levísima basta para generar la responsabilidad aquiliana, como es bien conocido, habiéndolo así establecido reiterada doctrina jurisprudencial, que sería ocioso citar”.

El Fundamento de Derecho Tercero completa: «Conforme a lo expuesto, se comprende perfectamente que el juzgador *a quo* establezca, en orden al elemento esencial de la culpa, que las circunstancias de personas, tiempo y lugar concurrentes en el hecho de autos revelan la insuficiencia de las medidas adoptadas para prevenir y evitar el daño, faltando algo por prevenir, estando, por tanto, incompleta toda la diligencia exigible (sentencias de 3 de diciembre de 1983 y 10 de mayo de 1938, entre otras), marcándose claramente la objetivación de la responsabilidad por culpa aquiliana cuando de Centros de enseñanza no superior, respecto de daños sufridos por sus alumnos menores de edad, se trata, según es de ver, por ejemplo, en las sentencias de 3 de

(52) AC 1997/1362.

diciembre de 1991, 8 de junio de 1992 y 20 de mayo de 1993, entre otras; *y todo ello con independencia del deber de educación y vigilancia que corresponde a los padres respecto de sus hijos menores*, debiendo responder por los daños que causan a tercero, *ya que la guarda y vigilancia de aquéllos queda encomendada por la Ley al Centro escolar mientras permanecen y están en el mismo y en sus dependencias recreativas (patios, etc.), en las que deben evitarse todos aquellos objetos y cosas (piedras, etc.), que puedan suponer un posible peligro y mayor riesgo de accidentes*. Por las circunstancias del caso no se considera necesaria, para enjuiciar y resolver el mismo, la previa actuación del Tribunal Tutelar de Menores, y habida cuenta de lo que dispone el artículo 14 del Decreto de 11 de junio de 1948, dado que nada sobre el particular se ha suscitado por ninguna de las partes litigantes».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección Primera), de 27-5-1998 (53)*

El Fundamento de Derecho Primero nos inserta en la cuestión explicando el supuesto de hecho, relativo a una menor que fue golpeada a la salida del colegio, causándosele daños físicos y psíquicos, y los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero son los que realmente nos atañen: «SEGUNDO—. Expuestos así los términos de la cuestión discutida cabe desde ahora anticipar el favorable acogimiento del recurso. En efecto, si los hechos hubieran tenido lugar dentro del ámbito temporal y espacial lectivo, esto es, en horas de clase y dentro del recinto docente, la responsabilidad de este último hubiera estado fuera de toda duda, *pues conforme proclama una consolidada jurisprudencia* —ver SSTs de 10 de noviembre de 1990, 15 de diciembre de 1994 y 10 de diciembre de 1996— *no es posible ejercer por parte de los padres las funciones de vigilancia sobre los hijos desde el momento de la entrada en el Centro de los menores hasta su salida al finalizar la jornada escolar, ya que durante este tiempo dichas funciones de vigilancia se traspasan a los cuidadores y profesores del colegio*. Sin embargo, es lo cierto que tal y como se desprende de la actividad probatoria practicada cuya errónea valoración constituye el primer motivo impugnatorio, los hechos acaecieron fuera del expresado ámbito escolar, de tal suerte que ni tan siquiera resultaría aplicable al caso el supuesto aludido por la STS de 3 de diciembre de 1991 que entendía que la responsabilidad civil del Centro Docente abarcaba incluso el tiempo en que acabada dicha actividad los alumnos permanecían en las dependencias del Colegio encontrándose éste abierto. Así, resulta acreditado que la agresión de la que resultó objeto la menor Olatz tuvo lugar en los jardines situa-

(53) AC 1998/5619.

dos junto a la Catedral Nueva de esta localidad, muy próximos al Centro Escolar al que agredida y agresoras pertenecían pero situados en suma en plena vía pública. Asimismo, los hechos se produjeron por la tarde, una vez finalizada la segunda y última clase y con anterioridad a una actividad extraescolar, clase de lengua alemana, a la que solamente asistía la víctima de la agresión, de lo que es dable deducir que sus agresoras al tiempo de producirse aquélla se encontraban ya totalmente desvinculadas del ámbito escolar por haber finalizado su actividad docente. Tal estado de cosas resulta, pues, suficiente para concluir en el indicado sentido, sin que la Sala haya de sentirse vinculada a tales efectos por las consideraciones vertidas por la dirección del Centro en el sentido de encuadrar la producción de los hechos como una incidencia acontecida en el ámbito escolar tal y como asimismo se afirma en el Fundamento 2.º de la resolución sometida a recurso que, a su vez, se hace eco de la valoración emitida en similares términos por la Delegación Territorial de Álava del Departamento de Educación del Gobierno Vasco. TERCERO.—Sentado lo anterior, ello es en sí mismo suficiente para rechazar la argumentación sentada en el último párrafo del Fundamento 2.º de la sentencia atacada, acogiendo con ello en forma favorable el segundo motivo de recurso. En efecto, no es correcto invocar la existencia de una pretendida situación de litis consorcio pasivo necesario en la que enraizar la excepción aplicada de oficio por el Juzgador de instancia por cuanto que el supuesto traspaso de responsabilidades de los padres a los educadores conforme a la anterior doctrina jurisprudencial ya no operaba al haber acaecido los hechos fuera del ámbito escolar. De ahí, que encontrándonos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, es igualmente posible la estimación del último de los motivos impugnatorios alegados y basado en infracción del artículo 1.903 del Código Civil de marcado carácter objetivo, pues no se ha practicado actividad probatoria alguna tendente a acreditar que los padres demandados extremaran las labores de cuidado y vigilancia tendentes a prevenir o evitar el evento causal producido por la conducta de sus hijas menores, puesto que la actividad escolar ya había concluido para las alumnas agresoras».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Cuarta), de 21-7-1998 (54)*

En esta sentencia el Fundamento de Derecho Segundo ubica jurídicamente la cuestión y el Tercero resuelve. «SEGUNDO.—Nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad del Centro docente por daños inferidos por

(54) AC 1998/1300.

uno de sus alumnos cuando se hallaba en el recinto escolar y, por ende, bajo la vigilancia de los profesores y dirección del Colegio. Con anterioridad a la reforma del artículo 1.903 del Código Civil por la Ley 1/1991, de 7 de enero, distinta Jurisprudencia había tenido ocasión de enfrentarse a supuestos similares al presente, desconociendo esta Sala si existe alguna sentencia que se haya pronunciado sobre hechos posteriores a esa reforma, si bien alguna de las más recientes ya adelanta algunas consideraciones sobre su alcance. La doctrina que se ha ocupado del estudio del nuevo precepto sostiene que en el mismo no se establece una responsabilidad objetiva (de A. Y., G. C., N. B., S. P., etc.), señalando incluso el primero de estos autores que en la discusión parlamentaria se había rechazado una enmienda del Grupo Parlamentario Popular que pretendía objetivar esta responsabilidad y eliminar todo rasgo de *culpa in vigilando*, manifestando el parlamentario del Grupo Socialista que lo pretendido con ella era instaurar un sistema nuevo de responsabilidad que no debía afectar exclusivamente a los titulares de centros docentes sino que habría que establecerlo con carácter general y que esa objetivación de la responsabilidad podría dar lugar a consecuencias excesivas, insistiendo en que la presunción de culpa pueda ser destruida por el presunto culpable demostrando que tomó las medidas exigibles a un buen padre de familia, que es lo que ya se indicaba en el precepto, en el párrafo sexto, y que no fue objeto de modificación. / En consecuencia ha de concluirse que, tras la reforma, se presume la culpa del Centro Docente y se traslada al mismo la obligación de demostrar la ausencia de toda culpa por su parte al haber empleado la dirección y los profesores todos los medios a su alcance para evitar el daño. Ese es el sentir de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1997 que, aunque se refiere a unos hechos acaecidos antes de la entrada en vigor de la reforma, tras indicar que ésta objetiva la responsabilidad de los centros, termina afirmando que siempre sería aplicable el último párrafo del precepto que establece una presunción de culpa susceptible de ser destruida por prueba en contrario. En esta línea se había venido pronunciando la Jurisprudencia dictada bajo el precepto derogado, entre las que cabe citar las de 23 de junio de 1990, 21 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993 y 10 de octubre de 1995, entre otras. En esta misma línea cabe citar la sentencia de esta Audiencia Provincial (Sección 1.ª) de 3 de noviembre de 1997». «TERCERO.—A la luz de esta doctrina debe enjuiciarse el supuesto de hecho debatido, y en este sentido debe señalarse que la prueba practicada acredita que las lesiones sufridas por el demandante fueron producidas al ser golpeado por otro compañero del Colegio, Martín G. M., en los lavabos de la planta segunda, lugar en que habían quedado citados previamente para dirimir diferencias existentes entre ellos, habiendo transcurrido los hechos en un corto espacio de tiempo mientras los menores regresaban a las aulas para iniciar la jornada vesp-

tina, tras haber acudido a sus domicilios a almorzar. Estos hechos vienen acreditados a través del testimonio de los profesores del Centro que acudieron inmediatamente a los lavabos al oír los gritos y prestaron la debida asistencia al menor, cortando la hemorragia nasal que éste presentaba, y quisieron trasladarle a su domicilio sin que lo llevaran a cabo ante la negativa del alumno que manifestó encontrarse bien. De hecho el legal representante del menor lesionado al absolver posiciones y contestar a la quinta de las que se le formularon no niega que la agresión se hubiera producido dentro de los baños del Colegio, que era lo que se le preguntaba, limitándose a manifestar que no medió discusión y que se trató de una agresión inopinada por parte de Martín. / Siendo esto así resulta evidente que *no puede imputarse al centro educativo ninguna responsabilidad ya que si la vigilancia resulta más exigible cuando los alumnos son de corta edad, no cabe duda de que esta obligación se atenúa cuando estamos en presencia de escolares que ya han cumplido catorce años y tienen un alto grado de discernimiento*, y en este supuesto los hechos acaecieron, por propia voluntad de los intervinientes, en los lavabos del Colegio, lugar buscado de propósito para evitar la vigilancia del profesorado, y, además, tuvieron lugar en un corto espacio de tiempo y únicamente podrían ser evitados si existiera una persona permanentemente en esa dependencia vigilando a los alumnos, lo que sería una exigencia totalmente desorbitada y fuera de lugar. / En consecuencia cabe concluir que los titulares del Centro educativo han conseguido desvirtuar la presunción de culpa que se establece en el párrafo quinto del artículo 1.903, en relación con el sexto, y que, no cabe exigirles responsabilidad alguna y debe desestimarse la presente demanda».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección Segunda), de 26-1-1999 (55)*

El sugerente Fundamento de Derecho Segundo es el único que nos va a interesar: «La responsabilidad establecida a cargo a los padres por daños causados por hijos menores tiene una naturaleza “cuasi objetiva”, habiendo pretendido el legislador la satisfacción de la víctima, si bien no en términos absolutos. También la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mostrado idéntica tendencia admitiendo que la clásica responsabilidad subjetiva tiende hacia una de índole objetiva, propugnando la inversión de la carga de la prueba a fin de obligar a los padres a acreditar que en el ejercicio de la guarda y custodia del hijo obró con toda diligencia y prudencia (SSTS de 27 de abril de 1981; 10 de marzo de 1983; 23 de octubre de 1991; 15 de julio de 1992;

(55) AC 1999/187.

20 de mayo de 1993, etc.). Mas como se advierte en la última de las sentencias dictadas, la evolución de objetivizar la responsabilidad no ha revestido caracteres absolutos que en modo alguno permita la exclusión, sin más, de la culpa subjetiva clásica. / La Ley 11/1981, de 13 de mayo, vino a matizar tal responsabilidad de los padres al condicionar su responsabilidad a “que se encuentren bajo su guarda”. En base a ello, la Jurisprudencia ha admitido la exoneración de los padres en aquellos casos en que la actividad lesiva o dañosa del menor se produce en un ámbito donde su obligación de velar por los hijos ex artículo 154, número 1 del Código Civil debe entenderse como delegada (por ejemplo, la sentencia de 3 de diciembre de 1991, referida a la delegación del deber de guarda en favor del centro escolar en cuyo recinto se produjeron las lesiones causadas por el menor). / Por ello, con idéntica razón y constatable causa, tal exoneración ha de producirse en el caso de que la guarda del menor la ostenta exclusivamente de forma temporal uno de los progenitores en virtud de lo dispuesto en el convenio regulador aprobado por la sentencia en procedimiento matrimonial, en cuyo caso aquel que estuviere privado de dicha guarda y custodia no le alcanza la responsabilidad derivada del artículo 1.903, párrafo 2 del Código Civil si el daño causado se hubiere producido cuando el menor estuviere bajo la ordinaria guarda y custodia de aquel que la tiene concedida. / El precepto no anula la responsabilidad, de forma objetiva, a la verificación de la condición de padre. De ser así no se hubiera añadido un *prius*, cual es el que el menor se encontrare bajo la guarda del padre demandado. A criterio de la Sala el precepto es sumamente claro, de modo que ni siquiera por la vía de la *culpa in educando* cabría hacer responsable al padre demandado, que no ejerce la guarda ni tiene la custodia, porque ésta, y no otra, es la *conditio legis* que ha de verificarse, y que no aparece en el presente caso. / Internarnos en argumentos sobre la supuesta injusticia que sería hacer soportar la obligación resarcitoria (*sic*) sobre quien ya soporta la guarda del hijo, como se expone en la contestación del recurso, sería entrar en un terreno especulativo, ya que no existe la menor constancia de que la guarda y custodia de un hijo, por cuya titularidad litigan a menudo muchos progenitores, sea entendida por los aquí demandados como una carga. Con esa forma de ver, también se podría argumentar que la injusticia reside en condenar al padre que careciendo de la oportunidad de velar por su hijo y de reprenderle por jugar al balón en un sitio prohibido, tiene que pechar con las consecuencias de las omisiones en las que, en este sentido, ha incurrido el otro progenitor, además de abonarle la oportuna pensión. En definitiva por los anteriores razonamientos el recurso debe de ser estimado, dejando absuelto al apelante de la pretensión resarcitoria (*sic*) deducida contra él por la actora».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimo-séptima), de 14-6-1999 (56)*

Los hechos probados en esta sentencia aparecen descritos en el Fundamento de Derecho Tercero, y aluden a una menor que, entre clase y clase, permaneciendo en el aula, es herida con un arco y flechas que utilizaban los alumnos en un ejercicio escolar y pierde visión en un ojo. El Fundamento de Derecho Cuarto incide en la responsabilidad del Centro Escolar y de la Generalitat de Catalunya, en aplicación de los artículos 1.903 del Código Civil y 145 y siguientes de LRJAE: «1. La aplicación del artículo 1.903 del Código Civil, en su redacción vigente al momento de ocurrir los hechos (1994), es decir, tras la reforma introducida por Ley 1/1991, aun cuando no obvia el elemento culpabilístico ha objetivado la obligación legal de indemnizar en el sentido de exigir a los profesores las disposiciones de control y vigilancia inexcusables durante el desarrollo de las actividades escolares o extraescolares dependientes, así como a los centros la adopción de las medidas de organización necesarias para la realización de dichas actividades, sin perjuicio de quedar exonerado por mor del párrafo *in fine* del artículo 1.903 del Código Civil, con aplicación, en todo caso, de la inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, el mantenimiento de dicho párrafo, es decir, su no inculpación cuando emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, y su aplicación a la responsabilidad de centros escolares no sólo comporta la observancia de una diligencia cualificada sino también la de aquella relativa a la proscripción de defectos organizativos que, con abstracción de un sistema de culpa subjetiva, se infiere de hechos que *per se* generan la existencia de responsabilidad. O sea, sin situarnos fuera del sistema culpabilístico, pues incluso en la doctrina del riesgo se encuentra más o menos la existencia de una determinada culpa, se objetiva su exigencia hacia módulos de carácter social al restringirse de una forma racional las posibilidades de exoneración que, al margen de un reproche meramente psicológico, tiende a relacionarla con módulos de conducta basados en una idea de solidaridad social. / En análogo sentido, si bien referido a la anterior redacción del artículo 1903.4 del Código Civil, las SSTs de 10 de marzo de 1997, 10 de octubre de 1995 y 3 de diciembre de 1991, han aceptado una interpretación cuasi-objetiva mediante la imposición de una obligación determinada destinada a extremar el control sobre los menores de edad, en atención a la imprevisibilidad de sus acciones que provoca su actitud irreflexiva, producto de su corta edad. / 2. Aplicando al contexto normativo-jurisprudencial los hechos anteriormente narrados hemos de concluir que concurren todos los requisitos necesarios para exigir la responsabilidad al Centro Escolar por cuanto en su

(56) AC 1999/6975.

modelo organizativo, si bien existía una advertencia general a los alumnos para no subir a las aulas, no consta se adoptaran las medidas de vigilancia adecuadas para su cumplimiento. También la falta de cuidado del profesor, con incumplimiento de unos mínimos de cautela, dejando los arcos y las flechas al albur de cualquier alumno, comporta la contravención de unos deberes generales que debían haber sido observados en el desarrollo de sus funciones de custodia durante las actividades tanto escolares como extraescolares dirigidas desde el Centro. Por todo lo afirmado, surge la responsabilidad del Centro, y la de la Generalitat de Catalunya, la primera, como consecuencia del incumplimiento de los deberes de control así como por la inobservancia de las pautas de organización exigibles tanto en el cuidado y vigilancia de los menores en las horas de recreo como en el quehacer poco diligente de uno de los integrantes del centro dejando el material peligroso (arco y flechas) al alcance de los menores; mientras el segundo lo es por un funcionamiento anormal de los servicios públicos de enseñanza, según lo motivado».

Por último, el Fundamento de Derecho Quinto se ocupa de la concurrencia de conductas en la producción del evento dañoso: «No se comprende, desde el punto de vista jurídico, la meritada alegación. Afirmaban los recurrentes que alguna responsabilidad ha de tener el menor de edad causante de los daños, siendo que resulta injusto recaiga toda la responsabilidad en el Centro Escolar o la Generalitat de Catalunya, ajenos a la causación material de los daños. / Al respecto, ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad establecida en el artículo 1.903 del Código Civil no lo es por un hecho del menor causante del daño sino por la infracción de los deberes de vigilancia (profesores) o de organización (Centro y Generalitat), lo que excluiría dicha concurrencia. Pero es más, si lo que se quiere aludir es a la responsabilidad de la lesionada al no impedir el acceso a la clase del causante de los daños, resulta peregrino establecer que de esta omisión pueda deducirse reprochabilidad alguna a la menor cuando tampoco consta justificada una actitud permisiva o de favorecimiento de la menor a la realización de sus propias lesiones cuando se prueba que ante la agresión del menor intentó huir para evitar todo posible daño».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Octava), de 14-10-1999 (57)*

El Fundamento de Derecho Primero expone el iter procesal seguido y el caso a tratar, en concreto los daños sufridos por una niña agredida por otras compañeras. Después de que el Fundamento de Derecho Segundo exponga con detenimiento el supuesto en sí, es el Tercero el que razona sobre las

(57) AC 1999/7755.

cuestiones que nos interesan: «El artículo 1.903 del Código Civil establece en sus párrafos 2 y 5, de un lado, que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda y de otro, que las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. En relación a ello, la jurisprudencia tiene declarado que *cuando los hechos ilícitos cometidos por menores de edad acaecen durante el periodo de tiempo en que se hallan bajo el control y vigilancia del profesorado del Centro, dado que los padres no pueden ejercer tales deberes sobre sus hijos, en cuanto que desde el momento de su entrada hasta la salida del Centro sus funciones quedan traspasadas a los profesores es, por lo que, en estos casos, se ha de apreciar que hay una omisión de ese deber por parte de estos últimos, al habérseles traspasado la vigilancia y cuidado sobre los menores* (SSTS de 10-11-1990, 3-12-1991, 15-12-1994 y 10-12-1996, entre otras) y esta responsabilidad no pueda excluirse, como al parecer se pretende, so pretexto del elevado número de alumnos y profesores que provoca un flujo constante de entradas y salidas, pues con ello no se está patentizando otra cosa que la insuficiencia de medidas para cumplir ese deber con la diligencia precisa. En consecuencia, si proyectamos lo hasta aquí dicho al caso enjuiciado, concluiremos en que de los demandados habrán de responder los padres de Raquel, esto es, don Enrique Manuel P. S. y doña Julia G. S., responsabilidad que será solidaria con la de la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia de Valencia, debiendo absolverse al resto de ellos. Esa exoneración abarcará a don Juan José R. G. y doña Francisca G. C., padres de Catalina, al no quedar debidamente probada su participación, don Francisco Angel G. G. y doña Elena F. E., padres de Lidia, en cuanto que siendo alumna del Instituto su intervención tuvo lugar durante el horario lectivo, y por ende, cuando las funciones de vigilancia eran asumidas por el Instituto Público de Formación Profesional San Vicente Ferrer, que no obstante ha de ser absuelto dada su falta de personalidad jurídica propia y diferenciada de la Generalitat Valenciana, surgiendo por ella la responsabilidad de la Conselleria».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 10-11-1999* (58)

El Fundamento de Derecho Segundo es bastante clarificador, respecto del supuesto de que se ocupa: «Poco puede añadir esta Sala a los acertados fun-

(58) AC 1999/2508.

damentos contenidos en la sentencia de Primera Instancia y que se acaban de dar por reproducidos. El propio escrito de demanda y la prueba obrante en Autos acreditan que la agresión se produjo en horario escolar y durante el tiempo en que duraba la clase de gimnasia, en los vestuarios y en la zona de duchas del Polideportivo de la Juventud de Soria, mientras la menor Marta se estaba duchando. Pues bien, conforme proclama una consolidada jurisprudencia (sentencias de 10 de noviembre de 1990, 15 de diciembre de 1994 y 10 de diciembre de 1996, por citar alguna), no es posible ejercer por parte de los padres las funciones de vigilancia sobre los hijos desde el momento de la entrada en el centro de los menores hasta su salida al finalizar la jornada escolar, ya que durante este tiempo dichas funciones de vigilancia se traspasan a los cuidadores y profesores del colegio. / Es indiferente que la agresión se produjera propiamente “fuera” del centro educativo, pues lo verdaderamente relevante en el supuesto que nos ocupa es que la agresión se produjo en horas lectivas, al finalizar la clase de educación física y en los vestuarios, y por consiguiente, los hechos acaecieron dentro del expresado ámbito escolar».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera), de 14-12-1999 (59)*

Conforme a su Fundamento de Derecho Primero: «En el presente procedimiento se pretende por la parte actora la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por su hijo menor, Enrique Y. I., al ser lesionado por otro menor de edad con ocasión del regreso a su domicilio en el servicio de transporte escolar, mediante la condena de los demandados en base a los artículos 1903-2.º y 5.º del Código Civil y 76 de la Ley de Contrato de Seguro. La sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda, debe ser revocada en base a las siguientes argumentaciones: En primer lugar, hay que señalar que está probado en autos que el menor Enrique Y. sufrió lesiones en el rostro como consecuencia de la agresión realizada por un compañero del colegio el día 15 de noviembre de 1994 y que, como consecuencia, hubo de ser intervenido quirúrgicamente en la zona orbital izquierda el día 23 de noviembre de 1994 en el Centro Médico Póvisas, restándole una serie de secuelas sobre las que se volverá más adelante. / Partiendo de estos hechos, la parte demandante acciona contra la Xunta de Galicia, como titular del Colegio Público Maestro Goldar, los padres del menor causante del daño (doña María de los Ángeles E. y don José G.) y la entidad Mapfre como aseguradora de éstos, solicitando su condena solidaria. Respecto de los pro-

(59) AC 1999/7450.

genitores demandados procede la declaración absolutoria, por cuanto acreditado en autos que el evento lesivo se produjo durante el viaje en el vehículo escolar, no ejercían ni podían ejercer, los padres codemandados, sus funciones de vigilancia sobre su hijo menor en ese momento, ya que desde el instante de la entrada en el centro escolar (en este caso el autobús que, como se argumentará, debe ser considerado como una extensión de aquél), hasta su salida del mismo al finalizar la jornada escolar, *esas funciones de vigilancia se traspasan a los profesores y cuidadores del colegio* (STS de 10-12-1996 y, por referencia, 10-11-1990, 3-12-1991 y 15-12-1994). A ello cabe añadir que si bien la patria potestad ejercida por el padre y la madre comprende los deberes de educar a los hijos y procurarles una formación integral (art. 154 CC), de tal manera que se comporten civilizadamente en el seno de la sociedad y con el prójimo, no se puede negar que tales obligaciones han sido debidamente cumplidas en este caso, ya que el menor causante del daño observó buena conducta y no protagonizó ningún incidente en el Centro escolar hasta el 30 de enero de 1998 (fecha del informe del Director, folio 210); a ello cabe añadir que el conductor del autobús manifestó que el agresor observa buena conducta y está bien considerado (folio 187). Así pues, no puede atribuirse, en este supuesto, culpa alguna a don José G. y doña M.^a de los Ángeles E., en la producción del daño, al amparo del artículo 1903-2.º del Código Civil, y, en consecuencia, tampoco procede la responsabilidad de la entidad aseguradora Mapfre en base al artículo 76 LCS». Según el Fundamento de Derecho Segundo: «Respecto a la pretensión de responsabilidad formulada contra la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia, como titular del Colegio Público Maestro Goldar de Vigo, el primer problema, básico en este caso, radica en la ubicación o no del transporte escolar diario, contratado por aquélla, dentro del artículo 1903-5.º del Código Civil como una “actividad escolar o extraescolar”. Ciertamente, hay que señalar que el transporte debe ser considerado, cuando menos, una actividad paraescolar por cuanto desde el momento en el que los progenitores permiten que accedan sus hijos menores a los vehículos escolares en el correspondiente espacio de estacionamiento (posición 1.ª, folios 251 y 252), se entiende que confían y ceden la guarda, custodia y vigilancia al Centro Escolar donde reciben educación, respecto del cual el autobús constituye, así, una extensión. Así pues, establecida la relación vehículo escolar-Centro educativo-Consellería de Educación de la Xunta de Galicia, queda claro que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, por cuanto el daño corporal, objeto de la “litis”, sea consecuencia de una agresión o una reyerta entre los menores, se produce durante el mentado transporte y sin que hubiere una persona mayor de edad, fuera del conductor, encargada de la vigilancia de alumnos durante el trayecto. Cabe añadir, a mayor abundamiento, que nos encontraríamos en una situación análoga a la

del “accidente *in itinere*” propio del Derecho laboral, en el que se considera accidente de trabajo los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de la labor; por tanto, puede ser considerado accidente en recinto escolar el que sufre el alumno desde que es puesto bajo la custodia del Centro (sea en su propio espacio físico o en el autobús) hasta que es reintegrado a los padres.

El Fundamento de Derecho Tercero señala que: «Por su parte, la Xunta de Galicia alega la no aplicabilidad del artículo 1903-5.º del Código Civil y, en consecuencia, la inexistencia de responsabilidad en base al artículo 7 del Real Decreto 2296/1983, de 25 de agosto, y al artículo 12 del Decreto 160/1988, de 9 de junio, de la Xunta de Galicia. En estos preceptos se establece la no obligatoriedad (salvo excepciones) de la presencia de un acompañante en el vehículo de transporte escolar, salvo que se especifique en la correspondiente autorización; a ello se añade que en el contrato celebrado entre la Consellería de Educación, como organizadora del servicio, y la empresa Transportes Álvarez Vázquez, S. L. (folio 42), se establece expresamente en la estipulación tercera que no será obligatoria la presencia de acompañante. Este motivo no puede ser aceptado, a juicio de este Tribunal, puesto que supondría, en la práctica, la irresponsabilidad de las dos partes implicadas en el servicio, provocando la indefensión del lesionado. La exención de responsabilidad de la empresa está fuera de toda duda, no sólo por la estipulación anteriormente indicada, sino también por la diligente conducta del transportista, acreditada en el testimonio de las Diligencias Informativas de Menores que constan en los folios 173 y siguientes. Ahora bien, respecto de la Administración, la existencia de esa cláusula supone que, si no se atribuye a la transportista la obligación de llevar un vigilante en el vehículo asumiendo las posibles consecuencias, será aquélla, a la inversa, la que pechará con las responsabilidades de los posibles eventos dañosos que se produzcan. / Cabe añadir, a mayores, que no es viable que la Xunta de Galicia trate de liberarse de la responsabilidad extracontractual al amparo de dos normas reglamentarias que no pueden vulnerar un precepto de rango superior como es el artículo 1903-5.º del Código Civil, ya que ello iría en contra del Principio de jerarquía normativa que rige en nuestro Ordenamiento en relación con las fuentes del derecho (arts. 9-3 CE, 1 del Código Civil y art. 51 LRJ-PAC). En conclusión, debe atribuirse la responsabilidad, por el lamentable suceso lesivo objeto de la “litis”, a la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia como titular del Colegio Público Maestro Goldar de Vigo y, además, como contratista del servicio de transporte escolar ya que, en definitiva, se trata de un defectuoso funcionamiento de un servicio público (art. 106 CE, desarrollado por el art. 139 y sigs. LRJ-PAC)».

El Fundamento de Derecho Cuarto culmina: «Establecida la responsabilidad en los términos expuestos, queda por dilucidar el alcance de las secuelas que sufre el lesionado y la cuantía de la indemnización. Tomando como

elemento orientador, no vinculante, el baremo fijado en la Ley 30/1995 parece razonable fijar la cuantía indemnizatoria en un total de 1.326.000 ptas., desglosadas en: a) 326.000 ptas. por los días de baja hospitalaria (desde el 16-11-1994 al 2-12-1994, a razón de 7.000 ptas./día) y no hospitalaria (hasta el 10-2-1995, fecha de regreso al Centro escolar, a razón de 3.000 ptas./día). / b) 1.000.000 de pesetas por las secuelas consistentes en: cicatriz infraorbitaria palpebral con buen resultado estético, discreto edema palpebral y lámina de lyodura (material de osteosíntesis), conforme al informe del doctor F. S., al folio 143. / Asimismo, deben ser indemnizados los padres del lesionado por los gastos a que hace referencia el hecho quinto de la demanda (ambulancia, clases particulares y óptica), resultando la cantidad de 26.950 ptas».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), de 13-3-2000 (60)*

El Fundamento de Derecho Primero aclara los hechos: ¿deben responder los padres por los daños causados por su hijo a otro menor durante su estancia en el centro docente? El Fundamento de Derecho Segundo es claro: «Los demandados, que no niegan la realidad de los hechos ocurridos, aun cuando traten de minimizar sus consecuencias, comienzan por alegar una falta de litisconsorcio pasivo, por cuanto a su juicio la demanda debió dirigirse contra la Administración de la que depende el Centro donde ocurrió el incidente, ya que en el momento de producirse, el menor se encontraba en el interior del mismo, debiendo los profesores haber extremado la vigilancia, ya que tenían conocimiento de la existencia de otro incidente análogo muy próximo en el tiempo, ocurrido cuando éste se encontraba bajo tratamiento psiquiátrico, atravesando momentos de especial agresividad en ocasiones. Consiguientemente, al trasladar al profesorado del Centro el deber de vigilancia respecto de los alumnos que permanezcan en el mismo en horario académico, se exoneran los demandados de toda responsabilidad, alegando al efecto la excepción de falta de legitimación pasiva». El Fundamento de Derecho Cuarto completa: «Así pues, nada obsta para analizar de forma aislada y exclusiva dentro de este litigio, la responsabilidad que pudiera atribuirse a los padres del autor de los hechos, menor de edad al tiempo en que éstos se produjeron. Tal responsabilidad vendría configurada por una culpa *in vigilando*, por una dejación en los deberes de control que incumben a los padres y guardadores, como así se desprende del artículo 1.903 del Código Civil. Ciertamente, el ejercicio de tal deber resulta en no pocas ocasiones problemático pues, como apunta la Juzgadora de instancia, los padres no pueden realizar un seguimien-

(60) AC 2000/1828.

to continuo de las actividades de sus hijos menores de edad. Mas no por ello cabe dejar inermes a los terceros frente a posibles daños corporales o materiales que pudieran derivarse de la actividad de éstos, y es por lo que esta clase de responsabilidad debe regirse por pautas marcadamente objetivas. Siendo así, por un fenómeno de inversión de la carga de la prueba generalizado en los supuestos de culpa extracontractual, *incumbiría a los guardadores acreditar que extremaron al máximo su deber de vigilancia en orden a evitar la producción del daño*. Sin embargo, cuando el menor fuere confiado a la guarda de Centros u Organismos en los que normalmente debe regir *una disciplina, una jerarquización y un especial deber de vigilancia, debe entenderse que los padres o guardadores delegan en aquéllos tal función de vigilancia durante el tiempo que permanecieran en los respectivos recintos, o incluso fuera de ellos cuando se mantuviera aún el deber de cuidado y guarda, cual ocurriría en supuestos de viajes organizados por aquellos Centros, excursiones, visitas culturales y otras actividades de análoga naturaleza»*.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección Primera), de 15-9-2001 (61)*

Los Fundamentos de Derecho Segundo a Cuarto son de lo más clarificadores: «SEGUNDO.—Ante la indicada pretensión de la parte recurrente hemos de señalar, inicialmente, que en el presente procedimiento resulta ser indiscutido el hecho de que los menores produjeron los daños apreciados en la sentencia de instancia, así como que dichos daños tuvieron lugar en horas lectivas, dentro del periodo en el cual los menores debían encontrarse en el interior del recinto escolar y participando en las correspondientes actividades escolares, habiéndose escapado del referido centro y saliendo al exterior, donde causaron los daños de que se trata. / Partiendo de ello como acreditado, siquiera a los efectos de resolver en el presente procedimiento, habremos de determinar si en tales circunstancias resultan ser o no responsables los padres de los menores de los daños causados por éstos. / TERCERO.—Acerca de tal cuestión hemos de señalar que, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Supremo “las funciones de guardia y custodia sobre aquellos alumnos (a los que se refiere el art. 1.903, apartado 5.º, del Código Civil) sólo se transfieren a los profesores o cuidadores del centro desde el momento de la entrada en el mismo de los alumnos hasta su salida de él finalizada la jornada escolar” (STS de 4-6-1999), señalando dicha doctrina que en supuestos de daños causados por menores desde el momento de la entrada de los mismos en el centro escolar hasta su salida del mismo al finalizar la jornada escolar, “traspasados

(61) AC 2002/337.

al colegio demandado, desde su entrada en el mismo, los deberes de vigilancia y cuidado sobre los menores, ha de apreciarse... una omisión de ese deber de vigilancia en los profesores del centro... ya que desde el momento de la entrada en el centro hasta su salida del mismo al finalizar la jornada escolar, esas funciones de vigilancia se traspasan a los profesores y cuidadores del colegio” (STS de 10-12-1996). / Concluye dicha doctrina que, en relación con supuestos de daños causados por menores tras su salida o escapada del centro escolar, “no se puede... desconectar la salida o escapada del niño, propiciada por el deficiente actuar de las estructuras de dirección, guarda y vigilancia del colegio” con el resultado (STS de 15-12-1994), señalando dicha sentencia que la conducta del personal de colegio es “claramente culpable, por omisión de no guardar y cuidar al alumnado interno y por acción de permitir su salida extemporánea”, indicando tal sentencia que “mal puede atribuirse, siquiera por referencia, responsabilidad alguna a los padres de la víctima, pues durante su estancia en el colegio no ejercían ni podían ejercer reglamentariamente misión alguna de control y vigilancia del menor, lo que correspondía a los empleados escolares encargados de tal cometido, ya que... dichas funciones se entiende que los padres las delegan en el centro, desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada”. / En el mismo sentido, la STS de 3-12-1991, en relación con unas lesiones producidas en el ámbito del centro escolar por una menor señala que “es claro que el padre de ésta no ejercía su labor de guarda, que se entiende por la común experiencia que delega en el centro, y de ahí que mal pueda fundarse su responsabilidad en el párrafo 2.º, artículo 1.903 del Código Civil. Esta obligación de guardia renace desde el momento en que el centro escolar acaba la suya... En el caso de autos, las pruebas practicadas ponen de relieve que era la primera de las situaciones la que se daba, por lo que era el centro escolar el que exclusivamente tenía a su cargo el deber de vigilancia, y no... los padres... además... superprotección que no se explica por qué hubiera de darse en ese momento solamente”. / CUARTO.—Con fundamento en la anterior doctrina jurisprudencial estimamos que debe concluirse que la responsabilidad de los padres respecto de los menores que se encuentran bajo su guarda no existe en aquellos casos en los cuales los hechos realizados por el menor se producen en un ámbito en el que su obligación de guarda y custodia del menor se encuentra delegada en un tercero, situación que ocurre en aquel supuesto previsto en el artículo 1.903, apartado 5, en el que los daños y perjuicios producidos por el menor han tenido lugar durante el periodo del tiempo en el que el mismo se encuentra bajo el control o vigilancia del correspondiente centro educativo, situación de control o vigilancia que no desaparece por el hecho de que el menor se ausente del centro correspondiente durante aquel periodo en el que debía encontrarse en el mismo conforme a la delegación efectuada por sus padres y a la asunción al respecto del correspon-

diente centro. / En definitiva, tras pasados al centro educativo los deberes de vigilancia y cuidado de los menores durante el periodo en el que éstos deben permanecer en dicho centro, en tales circunstancias estimamos que se produce la exoneración de los padres en relación con las consecuencias derivadas de la guarda, custodia y vigilancia de los menores que son traspasadas, como decimos, al centro educativo correspondiente. / En conclusión, no siendo achacable culpa alguna a los padres de los menores en relación con los daños y perjuicios causados por los mismos durante el periodo de tiempo en el cual los padres delegaron en un tercero la referida guarda y custodia de los menores, no siendo imputable a los padres ninguna conducta culpable en relación con los perjuicios ocasionados por sus hijos en tal situación, no pudiendo los mismos ejercer en ese periodo de tiempo sus funciones de vigilancia sobre sus hijos menores, y sin que quepa apreciar responsabilidad solidaria o compartida de los padres con el centro en relación con los terceros perjudicados, al haberse producido aquella delegación, y no siéndoles atribuible culpa concreta alguna como determinante del resultado producido en el caso que nos ocupa; en atención a todo ello estimamos que del conjunto de lo actuado no cabe concluir en modo alguno la existencia de culpa achacable a los padres demandados en relación con los perjuicios de que se trata».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Cuarta), de 12-2-2004 (62)*

En esta sentencia se trata del caso de una menor que ha sido agredida por otros menores en el colegio, y el Fundamento de Derecho Segundo es claro: «Es cierto que tras la reforma operada en el artículo 1.903, párrafo 5.º por la Ley 1/1991, de 7 de enero, se ha acentuado un criterio proclive, a la objetivación de este tipo de responsabilidades. Pero según destaca, con carácter unánime, la doctrina jurisprudencial interpretativa de esta regulación normativa en tal proceso, no se ha llegado a afirmar la existencia de una nítida responsabilidad objetiva, es decir, la simple atribución del deber resarcitorio por razón de la producción de un daño susceptible de indemnización. Del inciso final del artículo 1.903 del Código Civil puede deducirse, que a nivel de derecho positivo, existe una presunción de culpa en quien debe responder por hecho ajeno, cualificadamente en una situación como la que nos ocupa, es decir, la responsabilidad del centro docente por los daños y perjuicios que puedan causar sus alumnos, durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia de sus profesores, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. Pero esa

(62) *JUR* 2004/82622.

presunción posee un alcance sólo procesal, desde luego no es *iuris et de iure*, su ámbito de operatividad propio se centra definitivamente en el marco probatorio, y para que opere en definitiva debe existir un indicio de culpa, así se establece en la STS de 10-3-1997. / Que una alumna se encuentre jugando en el patio del colegio en unas escaleras, no peligrosas, con otros quince compañeros y bajo la vigilancia de tres personas, el psicólogo, un profesor y una trabajadora, y en un momento determinado un alumno empuje a la niña cayendo ésta y causándose las lesiones que se han fijado en el fundamento anterior, en modo alguno revela que por parte de las personas que ejercían la vigilancia del patio se hubiera omitido de tal modo que pudiera comprometer las responsabilidades del centro, las elementales pautas de cuidado y vigilancia exigibles. El Tribunal Supremo, en sentencia de 28-12-2001, ha dicho: “no se puede atribuir una responsabilidad culposa omisiva, cuando el recreo esté vigilado y el accidente se produce en la práctica de un juego sin riesgo”».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección Primera), de 12-11-2004 (63)*

El Fundamento de Derecho Primero y parte del Segundo son imprescindibles para entender el supuesto tratado en esta muy sugerente sentencia: «PRIMERO.—La sentencia de primera instancia, que se recurre en apelación por los demandados, estimó la pretensión ejercitada por la actora doña Amparo, de ser indemnizada por los daños causados en el vehículo de su propiedad con ocasión de un incendio provocado por los hijos de los demandados, al considerar que si bien el incendio ocurrió durante el horario escolar, habiéndose fugado del centro escolar donde cursaban estudios obligatorios, los actos que dieron origen al mismo se realizaron al margen de la actividad del centro escolar, y que sólo la conducta de los menores fue la causante del daño originado, conducta de la que deben responder sus padres, pues la delegación de la educación al centro escolar no elimina la labor de coeducación de los padres, y estimando que la acción ejecutada por aquellos menores no es propia de unos hijos “bien educados” apreció culpa en el proceder de los padres de los menores responsables, pues la conducta de los menores revelaba una insuficiencia formativa en la conducta y carácter de los hijos menores de edad, que fue la causa del daño, al existir una relación directa entre esa insuficiente formación y el hecho dañoso en que incurrieron, pues lo sucedido no tiene otro origen que la mala formación moral, probablemente por omisión de la debida labor de inculcación de valores, que determinaba el surgimiento de la responsabilidad de los padres demandados en sede del artículo 1.903

(63) AC 2004/2085.

del Código Civil. / SEGUNDO.—Con dicho pronunciamiento se muestran disconformes todos los demandados, que han articulado los correspondientes recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia, cuya revocación piden: / En el recurso de apelación interpuesto por la demandada doña Gloria, madre del menor Santiago, se discute la declaración de responsabilidad que ha establecido aquélla, negando la misma ya que la sentencia olvida el último párrafo del artículo 1.903 del Código Civil, relativo a la responsabilidad del centro educativo, que se plasmó por esta Sala en la sentencia de 14-9-2001, que examinó la misma responsabilidad aunque referida a otro perjudicado que con ocasión de incendio resultó también perjudicado, toda vez que resultando acreditado que el incendio que provocaron los menores, afectando a los vehículos que estaban estacionados cerca del lugar donde hicieron el fuego, tuvo lugar en horario escolar bajo la dirección, guarda y vigilancia del colegio, por lo que la labor de vigilancia de los menores correspondía al Colegio y no a los padres, por estar cedidas en horario escolar las labores de vigilancia y control».

El Fundamento de Derecho Tercero es bastante completo: «Así centrado el debate en esta segunda instancia, debe indicarse en primer lugar que con ocasión de la conducta en que incurrieron los menores Bruno, Luis Carlos, Santiago, Felipe y Rogelio, en fecha 26 de mayo de 2000, a las 9,45 horas tras ser expulsados de la clase de inglés en el Instituto de Barañain al que asistían, consistentes en haber prendido fuego a un spray, el cual se llegó a propagar a los vehículos estacionados junto al lugar (Avenida del Ayuntamiento de Barañain, núms. 1 y 3), y por los que el Juzgado de Menores de Navarra dictó sentencia de fecha 29 de septiembre de 2000, imponiendo a aquéllos una medida de amonestación, esta Sala ejercitada acción civil por el propietario del vehículo Opel Astra matrícula RE —...— EF, frente a los padres ahora también demandados, revocando la sentencia de primera instancia, dictó sentencia desestimó la demanda formulada contra dichos padres al considerar que no era posible exigir responsabilidad a los mismos por los indicados hechos. / Esta Sala en la indicada sentencia número 223/2001, de 14-9-2001, después de establecer, por estar indiscutido, que los daños causados por los menores tuvieron lugar en horas lectivas, dentro del periodo en el cual los menores debían encontrarse en el interior del recinto escolar y participando de las correspondientes actividades escolares, habiéndose escapado del referido centro y saliendo al exterior, que fue cuando causaron los daños, y valorar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación del artículo 1.903, párrafo 5 del Código Civil (SSTS de 3-12-1991 y 10-12-1996 y de 4-6-1999), y en concreto la contemplada para los supuestos de daños causados por los menores tras su salida o escapada del centro escolar, en que se expresa que “no se puede... desconectar la salida o escapada del niño, propiciada por el deficiente actuar de las estructuras de dirección, guarda y

vigilancia del colegio” del resultado (STS de 15-12-1994), considerando que la conducta del personal del colegio es “claramente culposa por omisión de no guardar y cuidar al alumnado interno y por acción de permitir su salida extemporánea”, y que “mal puede atribuirse, siquiera por referencia responsabilidad alguna a los padres de la víctima, pues durante su estancia en el colegio no ejercían ni podían ejercer reglamentariamente misión alguna de control y vigilancia del menor, lo que correspondía a los empleados escolares, ya que... dichas funciones, se entiende que los padres las delegan en el centro, desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida”, concluimos en la ausencia de la responsabilidad de los padres demandados en tal supuesto. / Sobre tal ausencia de responsabilidad dijimos que “la responsabilidad de los padres respecto de los menores que se encuentran bajo su guarda no existe en aquellos casos en los cuales los hechos realizados por el menor se producen en un ámbito en el que su obligación de guarda y custodia del menor se encuentra delegada en un tercero...”, lo que ocurre en los supuestos de daños y perjuicios causados por un menor durante el periodo de tiempo en que el mismo se encuentra bajo el control o vigilancia correspondiente de un centro educativo, situación que no desaparece por que el menor se ausente del centro correspondiente durante el periodo en que debería encontrarse en el mismo, pues en tales casos se produce la exoneración de los padres en relación de las consecuencias derivadas de la guarda y custodia, por haber sido traspasadas al centro educativo correspondiente, lo que nos llevó a excluir de responsabilidad a los padres ahora demandados, frente a otro perjudicado, al no haber podido “ejercer en ese periodo de tiempo sus funciones de vigilancia”, rechazando la concurrencia de una responsabilidad solidaria o compartida con el centro educativo, al haberse “producido aquella delegación, y no siéndoles atribuible culpa concreta alguna como determinante del resultado”. / Es esta doctrina la que las partes apelantes interesan su aplicación a la reclamación de daños que por idéntica conducta de los menores responsables de los daños, formula la demandante señora Amparo por el incendio que alcanzó a su vehículo matrícula VO —...— ON. / Ahora bien a la hora de valorar la aplicación de nuestra doctrina, en seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede desconocer la Sala dos circunstancias. Una es que planteada por la actual demandante-apelada demanda contencioso-administrativa contra el Gobierno de Navarra, como titular del centro educativo donde se encontraban los menores cursando los estudios obligatorios, en reclamación de daños, la sentencia de 16-5-2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, rechazó la demanda al considerar en contra del criterio mantenido por esta Audiencia en la sentencia antes indicada, que la “administración educativa no puede ser garante universal de todos los actos de los menores, que aun debiendo permanecer en el Centro escolar, rompiendo la disciplina escolar escapan del

centro, por un lugar no habitual...”, no existiendo “...por lo tanto relación de causalidad alguna entre el servicio educativo prestado por la Administración y los actos de los menores, que se han efectuado al margen de la actividad del centro...”. / Y otra es la de que partiendo en virtud de la indicada sentencia de la ausencia de responsabilidad de la administración, por ausencia de responsabilidad del centro educativo, nuestra doctrina de exoneración de responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos menores de edad en horario escolar obligatorio, aunque se produzcan fuera del centro escolar, y se acredite que no funcionaron las labores de vigilancia y control del centro, en cuanto es evidente que los menores expulsados de clase se fugaron del centro, de lo que éste no se apercibió, por encontrarse cedidas al centro educativo las labores de vigilancia y control de la conducta de los menores, colocaría al tercero perjudicado por estos hechos en una absoluta situación de indefensión, con ausencia de una tutela judicial efectiva, pues si bien existen distintas jurisdicciones, el poder judicial amparador de aquella tutela es único, y la respuesta judicial sería en todo caso negatoria de la satisfacción de su derecho a la tutela judicial efectiva. / Ello sirve para que esta Sala, a la luz de estos hechos, someta a consideración su propia doctrina sobre la responsabilidad de los padres de menores de edad por hechos como los que ocurren en el caso de autos, para analizar, al margen de la posible responsabilidad en que puede incurrir un centro educativo por la conducta de los menores de edad que tiene a su cargo por los daños ocasionados en horas en que está sometido a la disciplina del centro educativo (aunque ocurran fuera del centro escolar), sí en los padres concurren algún tipo de responsabilidad. / Para la Sala es evidente que analizando la posible responsabilidad de los padres por los actos ejecutados por sus hijos menores de edad, en periodo de horario escolar, en que el centro educativo ha asumido las labores de vigilancia y control, no puede sustentarse en el incumplimiento de las labores de vigilancia y control, pues como ya dijimos en la anterior sentencia los padres no pueden ejercer evidentemente labor alguna de vigilancia y control por estar cedida al centro educativo, ahora bien debe valorarse si al margen de esa responsabilidad puede concurrir en los padres una responsabilidad por culpa *in educando*, que expresamente no valoramos su incidencia en la anterior resolución. / Esta responsabilidad debe enlazarse evidente en relación con el hecho generador de los daños, así como con la edad del menor responsable del ilícito, en cuanto no se da en las distintas etapas de la minoría de edad, una misma asunción de los valores sociales derivados de la educación que a los padres corresponde, pues la misma depende del grado de emancipación y de mayor libertad y autonomía que va adquiriendo el propio menor en su crecimiento. / En el caso de autos nos situamos en presencia de la provocación de un incendio por unos menores de entre doce y trece años de edad, edad adolescente en que evidentemente debe existir ya una asunción

de los valores sociales de comportamiento, en los que al margen de la vigilancia y control, por la autonomía adquirida por el menor en esa edad, es de esperar su puesta en juego en la sociedad, aunque no esté bajo la supervisión y vigilancia de los padres, del tutor o del centro educativo, y al margen de la misma, frente a los actos que frente a otras personas o cosas pueda realizar. / Pues bien, como expone el Juzgador *a quo*, y con ello matizamos nuestra anterior doctrina, la conducta en que incurrieron los menores de dar fuego a un spray y sobre él verter un líquido disolvente, en un lugar público, lo que generó una llamarada, unido al hecho de que ese objeto incendiado se dejó en una vía pública, con evidente riesgo de generar daños a los vehículos allí estacionados, revela una ausencia de formación en valores sociales de comportamiento público no generadores de actos o hechos susceptibles de causar un daño a las personas o cosas, del que evidentemente son en principio responsables los padres, como responsables de la educación del menor, lo que revela la concurrencia de una culpa *in educando*, que sin perjuicio de otras responsabilidades, puede ser exigida a los padres en supuestos como el presente de conformidad con lo establecido en el artículo 1.903, párrafo 2 del Código Civil, ya que no consta que los mismos agotaran toda la diligencia exigible para inculcar como dice el Juzgado *a quo* valores de comportamiento social, que hiciese evitable la conducta en que incurrieron los menores, que no queda cumplida por la escolarización de los menores en centros públicos. / Es por ello que en el caso de autos, y matizada nuestra anterior doctrina en lo que a la responsabilidad *in educando* se refiere, consideramos que no es procedente la revocación de la sentencia de primera instancia, al apreciar culpa en los padres de los menores causantes de los daños».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Cuarta), de 1-7-2005 (64)*

Los Fundamentos de Derecho Primero a Tercero desgranar las cuestiones de interés. «PRIMERO.—Se alza el presente recurso de apelación frente a la sentencia que puso fin al procedimiento en la primera instancia, la cual desestimó la demanda al considerar que no resultaba aplicable el número 5 del artículo 1.903 del Código Civil al no haberse producido el daño como consecuencia de otro alumno del Centro, no pudiendo objetivarse la responsabilidad con base en el artículo 1.902 de dicho cuerpo legal, ya que en la práctica deportiva se asume voluntariamente el riesgo de una lesión; sin que se hubiera demostrado ninguna omisión de la diligencia exigible en la profesora de gimnasia rítmica que dirigía los ejercicios. / SEGUNDO.—El apelante insis-

(64) AC 2005/1571.

te, en primer término, en que la mera producción del daño conlleva la necesidad de ser reparado, ya que existe un seguro de responsabilidad civil y las lesiones se causaron en el recinto de un centro escolar privado, donde los padres abonan cantidades muy importantes para que estén previstas todas las contingencias. Estos razonamientos no pueden ser compartidos ya que resulta indiferente si el Centro Escolar al que acudía la menor es público o privado, ya que en ambos casos los profesores y demás personal contratado deberán velar por la seguridad de los alumnos. El precio abonado por el Colegio privado se calcula en base al coste de los servicios que presta y, en su caso, a los beneficios que quiere obtener, pero no consta acreditado, ni resulta acomodado a las pautas habituales, que en él se encuentre incluida una póliza de seguro como la que indica el apelante “con cobertura objetiva plena”. / Tampoco resulta relevante que la lesionada fuera menor de edad en orden a la advertencia de los riesgos o peligros que supone la práctica deportiva, ya que sus padres prestaron el necesario consentimiento para que realizara esas actividades, asumiendo así las consecuencias de las lesiones fortuitas. / Las referencias que hace el recurrente a la responsabilidad contractual son contradictorias con la Jurisprudencia que cita, la cual expresa que aquella exige que el hecho dañoso suceda dentro de la órbita de lo pactado y como consecuencia del contenido negocial; debiendo recordar, además, que para que pueda exigirse esta responsabilidad es de todo punto necesario el dolo o la culpa, tal y como indican los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil. / TERCERO.— La lectura de los hechos de la demanda pone de relieve que, en ellos, no se hace referencia alguna a una conducta culposa por parte de la profesora que dirigía los ejercicios del equipo de gimnasia rítmica ni a ningún defecto en las instalaciones del Colegio. Únicamente en los fundamentos de derecho, que no es el lugar adecuado, se vierten consideraciones de tipo general sobre la falta de atención y diligencia debidas por parte del profesorado o una incorrecta planificación por parte del Centro, sin indicar los comportamientos concretos que deberían haber realizado para evitar el daño y que no llevaron a cabo. Esta falta de indicación de datos básicos para determinar la existencia de una conducta culposa viene motivada por el planteamiento que se expone, que parte de que la responsabilidad del Centro Docente es objetiva u objetivada, bien sea por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.903, párrafo quinto del Código Civil o por el desplazamiento de la carga de la prueba al demandado por la realización de actividades de riesgo que le producen un beneficio. Sin embargo, como bien razona el Juzgador de instancia, en el primero de esos preceptos se objetiva la responsabilidad cuando el daño es causado por un alumno menor de edad (sentencias de 29-12-1998 y 4-6-1999, entre otras), pero no cuando no interviene ningún alumno en la causación de una lesión, como sucedió en el presente caso. / Por otro lado, conviene recordar que en los supuestos de culpa extracontractual regulados en el artícu-

lo 1.902 del Código Civil, la inversión de la carga de la prueba únicamente se produce en las actividades generadoras de riesgo (sentencias de 15-12-1996, 30-12-1997, 20-5-1998, 9-5-1999, 12-7-1999, 6-4-2000, etc.). Cuando estos riesgos sean producto de una actividad deportiva, la Jurisprudencia viene entendiendo que son asumidos por los practicantes y que no existe una objetivación de la responsabilidad (sentencias de 22-10-1992, 20-3-1996, 16-10-1998, 14-4-1999 y 17-10-2001, entre otras). Algunas de estas resoluciones se refieren a deportes ciertamente peligrosos como el rafting, el esquí o el parapente, en los que, sin embargo, han de proporcionarse las medidas de seguridad necesarias y las instrucciones precisas».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), de 30-11-2007 (65)*

Los Fundamentos de Derecho Primero a Tercero ubican perfectamente la cuestión: «PRIMERO.—El párrafo 5.º del artículo 1.903 del Código Civil viene a traspasar a las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior las funciones de vigilancia y cuidado propias de los padres, al señalar que “responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”, de modo que, en principio, no se puede exigir a los padres, por los daños que sus hijos ocasionen durante esos periodos de tiempo en los que no pueden hacer efectivas sus obligaciones de guarda, la responsabilidad que, fuera de los mismos, si les es exigible, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º del citado precepto, según el cual: “los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su custodia”. / Así lo entiende el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 3-12-1991, 10-12-1996 y 18-10-1999. / SEGUNDO.—Sin embargo, tal criterio deducible de dichos preceptos no es obstáculo para que, junto a la responsabilidad de los titulares del centro docente, se aprecie, al mismo tiempo la de los padres, operando entonces las reglas aplicables a los casos de concurrencia de varios culpables, si se da el supuesto de que se aprecie que contribuyeron negligentemente, en alguna medida, a la producción del daño. / Tal circunstancia es claro que se produce si permiten o no se preocupan de controlar que sus hijos lleven consigo al centro escolar objetos que puedan resultar en sí mismos peligrosos, con los que después resulta que causan daño a otros menores, pero se produce también cuando se aprecia que el daño se debe a una inadecuada educación

(65) AC 2008/775.

imputable a los padres. / TERCERO.—Pues bien, esto es, precisamente, lo que sucede en el caso que se enjuicia, a la vista de la gravedad de las lesiones inferidas por el hijo de la demandada, doña Mónica, al hijo de los actores, don Adolfo y doña Amelia, ambos de catorce años de edad, como son, la pérdida de dos piezas dentarias y otras graves heridas en incisivos y encías, producidas como consecuencia del fuerte puñetazo en la boca que este último propinó al primero, cuando se encontraban aún en el aula del instituto de enseñanza secundaria Castalia, de la localidad sevillana de Castilleja de la Cuesta, donde cursan sus estudios, hechos por los que el hijo de la demandada fue condenado, por el Juzgado de Menores, número 2, de esta ciudad, como autor de un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 150 del Código Penal, quedando reservado el ejercicio por separado de las correspondientes acciones civiles, ya que hay que estimar que lo ocurrido no es sino reflejo de la incorrecta educación recibida en casa, debiendo atribuirse tales lesiones, aparte de la responsabilidad del centro docente, que en este pleito no se ha hecho valer, a culpa *in educando* achacable a la demandada doña Mónica, como progenitora del menor causante de dichas lesiones».

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Primera), de 29-1-2008* (66)

El Fundamento de Derecho Primero nos ubica en el supuesto: «La parte actora interesó en su demanda, al amparo de los artículos 1.101, 1.104, 1.902 y 1.903 del Código Civil, la condena de la FUNDACIÓN ABAT OLIVA, propietaria del centro escolar Colegio Cardenal Spínola, al pago de la cantidad de 107.205,27 euros, más los intereses y costas, en concepto de indemnización a los padres del menor Pedro Miguel por los daños morales sufridos como consecuencia del fallecimiento de su único hijo de doce años de edad, con apoyo en el siguiente relato fáctico: El martes 9 de noviembre de 2004, Pedro Miguel cursaba segundo curso de ESO en el Colegio Cardenal Spínola (Fundación Abad Oliva), siendo su horario lectivo de 9 de la mañana a 17 de la tarde, debiendo comer ese día en el Colegio, pero aquel día salió antes, sin autorización alguna por parte de sus padres, y a las 13:20 horas se precipitó al vacío desde el balcón del ático en el que vivía, con resultado de muerte inmediata. / Destaca la actora que Pedro Miguel era un niño especialmente sensible y estaba en tratamiento psicológico; tratamiento conocido y recomendado por el propio centro escolar, encaminado a potenciar la propia autoestima del niño, y que en el día de autos, sobre las 11:30, Pedro Miguel tiró por la ventana un transportador de ángulos a la calle, yendo el objeto a parar

(66) AC 2008/827.

a la pierna de una niña del Instituto vecino Juan Brossa, sin ocasionarle lesión alguna ni siquiera un rasguño. Pero esa pequeña “gamberrada” fue valorada por la maestra y tutora como algo trascendente y muy grave, tomando la decisión de sacar a Pedro Miguel de la clase, llevarlo hasta el centro escolar vecino, y hacer que pidiera disculpas primero a la niña (en medio de la clase), y luego al jefe de estudios de dicho centro, tras lo cual le dejó en su clase hasta las 13:25, hora en que debía ir a comer. / En definitiva, los demandantes imputan al Colegio dos actuaciones determinantes de tan lamentable y triste resultado (el desproporcionado castigo y la falta de control de la salida), apuntando una relación de causalidad directa entre tal acción y omisión y el daño sufrido, en la medida en que, sin el hecho imprudente imputable al Colegio, el resultado lesivo no se hubiera producido».

Tras reflexionar sobre el nexo de causalidad en el Fundamento de Derecho Tercero, en el Fundamento Cuarto se adentra en las cuestiones que más nos interesan: «Llegados a este punto, conviene significar que el artículo 1.902 del Código Civil, no sólo impone la obligación de reparar por omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia (lo que constituye negligencia o culpa grave o temeraria), sino también por no adoptar las precauciones que en cada caso aconsejan las circunstancias de personas, tiempo y lugar (culpa que puede ser leve e incluso levísima), y es en este ámbito civil en el que ahora nos movemos, distinto a la valoración de la culpa que se realiza en la jurisdicción penal, donde, con relación a estos mismos hechos, se procedió al archivo de las actuaciones. / Así las cosas, bien cabe citar la STS de 15-12-1994 al presentar el caso entonces analizado ciertas similitudes con el de autos en cuanto que resuelve un asunto donde un menor falleció por accidente en unas instalaciones distintas a las del colegio, pero en horario lectivo, esto es, como en nuestro caso, abandonó el Colegio al concluir las clases de la mañana, antes del horario establecido para la salida reglamentaria y reintegro de los alumnos a sus hogares familiares, y dicha sentencia señala lo siguiente: / “Evidentemente, durante la permanencia del niño en el Colegio, éste por medio de los educadores y tutores, de los que disponía, ya que nada se probó en contra, debieron de ejercitar los necesarios controles, tanto sobre la salida del alumnado externo, como de la permanencia efectiva de los internos, pues éstos seguidamente pasaban al comedor, para el almuerzo del mediodía, en cuyo acto tampoco nadie echó de menos al menor fallecido. / La decisión que alcanza la Sala sentenciadora en cuanto niega toda responsabilidad, no obstante admitir el mal funcionamiento de los servicios del establecimiento educativo de referencia, no es de recibo y cabe ser revisada en este extraordinario recurso, pues el Tribunal de Apelación desconoce y no vino a apreciar el nexo causal entre la acción y omisión censurable, que no obstante declara y siente, respecto al daño causado, también suficientemente probado. / En consecuencia, la conducta del personal del

Colegio, claramente culposa, por omisión de no guardar y cuidar al alumnado interno y por acción de permitir su salida extemporánea, sin preocuparse si la llevaban a cabo sólo los que estaban autorizados para ello, integra actos iniciales decisivos, que si bien no provocaron directamente el suceso, ya que tuvo lugar en instalaciones distintas y no dependientes, sí lo favoreció con categoría de intensidad decisiva, es decir, que esta actuación negativa, producida en el primer tiempo de los que conforman el 'iter' del accidente, fue causante provocadora de lo sucedido en el periodo temporal siguiente, que hay que situar en el montacargas de referencia y sin lapso interruptivo eficaz para romper la relación de los acontecimientos. / No se puede, como hace la Sala de instancia, desconectar la salida o escapada del niño, propiciada por el deficiente actuar de las estructuras de dirección, guardia y vigilancia del Colegio, con su fallecimiento violento, aunque tuviera lugar en otro lugar, pero que indudablemente arranca de su permanencia en un sitio en el que no debería de estar y actúa como causa eficiente del lamentable suceso, sin concurrir ruptura en la relación y, si, por contrario, la acreditada falta de diligencia necesaria de un buen padre de familia para prevenir el daño, que refiere el párrafo final del artículo 1.903, en relación al 1.104 del Código Civil. / Mal puede atribuirse, siquiera por referencia, responsabilidad alguna a los padres de la víctima, pues durante su estancia en el Colegio no ejercían ni podían ejercer reglamentariamente misión alguna de control y vigilancia del menor, lo que correspondía a los empleados escolares encargados de tal cometido, ya que, como dice la sentencia de 3-12-1991, dichas funciones se entienden que los padres las delegan en el Centro, desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada, pues tampoco consta que el Centro escolar de referencia tuviera permitido el abandono de las instalaciones por los internos al terminar las clases de la mañana". / Lo argumentado en dicha sentencia resulta plenamente aplicable al caso de autos, y permite afirmar la existencia de nexo causal entre la actuación negligente del Centro, que permitió la salida del menor del colegio cuando debía preocuparse de su permanencia en el mismo hasta las 17 horas, y su fallecimiento, dado que el mismo no se hubiera producido de haber permanecido en el Colegio».

El Fundamento de Derecho Quinto también es relevante: «Ahora bien, en realidad no es esto lo cuestionado por la sentencia de instancia sino que apunta a la ruptura del nexo causal como consecuencia de "la conducta voluntaria de la persona que comete el suicidio", pero no podemos compartir tal criterio por cuanto el Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, esta vez en su sentencia de fecha 14 de febrero de 2000, cuando, en un caso también similar al presente donde una menor de doce años se precipitó voluntariamente desde la ventana del colegio, señala lo siguiente: / "Aún desde la óptica de que la caída de la menor Pilar no

se produjo por hallarse ésta en movimiento junto a una ventana abierta, sino que fue un acto voluntario y consciente de la misma, no hay duda de que dicha acción pudo evitarse si el 'Colegio Q.' hubiera adoptado las medidas de precaución posibles y socialmente adecuadas, en consonancia con las normas de seguridad del Departament d'Ensenyament de la Generalitat de Catalunya, donde se establece que la colocación de las ventanas debe efectuarse de forma que no existieran elementos practicables por debajo de 1,10/1,20 metros, medidos sobre cualquier elemento a que un niño pudiera subirse, como hizo con posterioridad al evento, de manera que la argumentación de la resolución de instancia respecto a que 'el reproche culpabilístico que se imputa al Centro escolar propiedad de 'D., S. L.', en la sentencia apelada, se centra en la previsibilidad del resultado dañoso, toda vez que las ventanas de las plantas altas del edificio en las aulas ocupadas por menores no se encontraban correctamente situadas ni protegidas, careciendo de toda medida de seguridad, al tiempo que eran fácilmente accesibles por los alumnos desde los pupitres colocados debajo y ello, con independencia del cumplimiento de las normas administrativas, que como bien recoge la sentencia apelada tampoco se daba, y ya había sido puesto de manifiesto por el Consejo Escolar, que en la reunión celebrada el 9 de abril del mismo año 1991 había acordado poner rejas en los tres últimos pisos 'para mayor seguridad de los alumnos' (f. 42), por lo que es claro que el Colegio no había adoptado las precauciones que correspondían a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, y que por ello no cabe excluir su responsabilidad de las consecuencias dañosas del suceso", es irreprochable y se ajusta a evolución de la doctrina jurisprudencial de la culpa extracontractual, dispuesta en el artículo 1.902 del Código Civil, asimismo recogida en la referida sentencia, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas demandadas por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio de ponerse a cargo de quien obtiene provecho la indemnización del quebranto producido por tercero; como igualmente se acomoda a la tesis de la causalidad adecuada, aceptada por la doctrina jurisprudencial, que exige para apreciar la culpa del agente que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo valorarse en este caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia lógica el efecto lesivo producido. / En verdad, en el suceso objeto del debate, no medió culpa exclusiva de la niña Pilar, que determinara la ruptura del nexo causal, sino una conjunción de causas, ambas relevantes para la efectividad del hecho, sin que ninguna de ellas esté provista de eficacia suficiente para anular a la otra, por lo que esta Sala acepta el razonamiento de instancia con mención a que no puede exigirse a los menores

el mismo grado de madurez en su actuar que a una persona adulta, de donde resulta que no excluye por completo la responsabilidad del colegio, ni estima como única causa eficiente del evento la conducta de la niña, pues si las ventanas estuvieran dotadas de los debidos mecanismos de protección, el suceso hubiese podido ser evitado, por lo que la apreciación de concurrencia de culpas, en igual grado y con igual virtualidad, sirve para moderar la responsabilidad civil de los demandados (SSTS de 20-6-1992, 28-12-1993 y 2-3-1994)". / Aplicando tal doctrina al caso ahora analizado, podemos llegar a afirmar que la actuación voluntaria del menor puede determinar una importante moderación de la responsabilidad civil de la demandada, pero no excluir la misma; sin que podamos admitir, como pretende la parte demandada en su escrito de oposición a la apelación, que pueda eximírsele de responsabilidad por el hecho de que el menor pudiera haberse precipitado al vacío "incluso encontrándose en el domicilio acompañado de otras personas de su familia en horario no escolar", y ello porque desgraciadamente nunca podremos comprobar tal extremo y, sin embargo, sí nos consta que el suceso se produjo en unas circunstancias que fueron propiciadas por la negligente actuación del Colegio al permitir que un menor de trece años estuviera sólo en su casa, lo que no había sido previsto por sus padres; y es que, al igual que ocurría en la precitada sentencia del Tribunal Supremo, donde obviamente también podría pretenderse que la menor de doce años podría haberse suicidado en otro momento, una conducta negligente del Centro concurrió a la producción del fatal desenlace, lo que determina que deba apreciarse su responsabilidad, bien que convenientemente moderada por la conducta voluntaria del menor que, ciertamente, se ha de considerar de mayor intensidad».

4. REFLEXIONES ACERCA DE LOS CASOS CITADOS: ANÁLISIS DE ASPECTOS POLÉMICOS

Una vez que hemos recorrido las argumentaciones de aquellas Sentencias que nos han parecido más sugerentes de cara a la cuestión que nos ocupa, es el momento de sistematizar las ideas de mayor relevancia al respecto. Nuestra intención será determinar en qué momentos está el alumno bajo la responsabilidad del centro docente para aclarar si ésta es única o puede no serlo (esto es, si puede existir algún tipo de concurrencia de responsabilidades con los padres de dicho alumno), además de determinar, en su caso, cómo han enfocado todo ello nuestros tribunales.

De entrada, es lógico que sea el centro docente el que se haga cargo del cuidado del alumno durante el tiempo en que dicho alumno permanezca bajo el control o vigilancia de su profesorado y personal, bien sea porque realice una actividad estrictamente docente, bien porque realice algún otro tipo

de actividad organizada por el centro o bien porque esté, sin más, bajo la vigilancia de los profesores (esperando ser recogidos por sus padres, por ejemplo) (67).

La jornada escolar debe entenderse, por tanto, en un sentido extenso (68), y no reducirse a la estricta actividad de las concretas clases, sino que abarca también el periodo previo a que el alumno abandone el centro, por ejemplo. Así, conforme a la STS de 10-11-1990, es horario escolar el que transcurre «poco después de terminar las clases y antes de las horas de comer», y la SAP de Sevilla, de 13-5-2000, indica que: «cuando el menor fuere confiado a la guarda de Centros u Organismos en los que normalmente debe regir una disciplina, una jerarquización y un especial deber de vigilancia, debe entenderse que los padres o guardadores delegan en aquéllos tal función de vigilancia durante el tiempo que permanecieran en los respectivos recintos, o incluso fuera de ellos cuando se mantuviera aún el deber de cuidado y guarda, cual ocurriría en supuestos de viajes organizados por aquellos Centros, excursiones, visitas culturales y otras actividades de análoga naturaleza».

Puede existir polémica acerca de la determinación de dichos momentos, por tanto, por lo que es necesario aclarar exactamente cuáles son estos periodos, clave para establecer la responsabilidad de los titulares del centro docente (69): es evidente, como hemos visto, que la responsabilidad debe incluir los actos que realice el alumno durante las actividades estrictamente docentes, pero también en franjas inevitablemente conexas, como pueden ser el tiempo del transporte escolar (70), la entrada al centro (71), el periodo que transcurre antes de comenzar las clases y el de los intermedios entre clase y clase, durante las clases en sí mismas y mientras se espera para que comiencen (72),

(67) Es fundamental que el centro vele por la seguridad de los menores (TEJEDOR MUÑOZ, L., «Culpa extracontractual: fallecimiento de un menor durante la disputa de un partido de fútbol por caída de portería. Responsabilidad de los codemandados Ayuntamiento (arrendador) y del arrendatario de la instalación deportiva municipal. Concurrencia de causas. Compensación de culpas (sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2004)», en *RCDI*, núm. 686, 2004, págs. 2936-2944). Sobre los diversos límites de la responsabilidad del centro (subjettivos, temporales y espaciales), con especial profundidad, DÍAZ ALABART, S., *La responsabilidad de los centros docentes...*, cit., págs. 105-126.

(68) En idéntico sentido, GÓMEZ CALLE, E., *Comentario a la STS de 4-6-1999*, cit., págs. 1191-1192.

(69) «Franjas temporales fronterizas» denomina LÓPEZ SÁNCHEZ, con acierto, a estos momentos polémicos (*La responsabilidad civil del menor*, cit., pág. 276). Reflexiona también sobre ello ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 409-420.

(70) En este sentido, STS de 21-11-1990 y SAP de Pontevedra, de 14-12-1999, que la califica de «actividad paraescolar».

(71) La STS de 4-6-1999 lo admite, aunque en el caso de que se ocupa no se pudo probar que el daño se produjera en dicho momento y, por tanto, no se pudo exigir responsabilidad al centro.

(72) Caso de la STS de 20-5-1993.

en el recreo (73) (la responsabilidad puede provenir, incluso, de permitir la realización de un juego que no sea ilícito ni peligroso, siquiera, pero del que se derive un daño efectivo) (74), después de finalizada la jornada y antes de ir al comedor (75), durante la comida o mientras los alumnos abandonan el centro (76), así como mientras se realicen actividades organizadas por el centro. Por tanto, tal y como defendiera la STS de 3-12-1991, la obligación de guarda no ha de interpretarse de manera rígida. También debe responder el centro docente por aquellos daños causados fuera del centro si el alumno se hubiera escapado o estuviese fuera del centro como consecuencia de la actuación negligente de los docentes (77), e incluso en aquellos supuestos en los que los alumnos están dentro del centro pero fuera de la jornada escolar o en días no lectivos, si el centro realiza actividades extraescolares en esos momentos (78) (o también en aquellos momentos en los que el centro está abierto fuera de hora escolar) (79). Además de todos esos supuestos indicados, es necesario incluir dentro de estos casos de responsabilidad del centro aquellos en los que se produzcan los daños fuera de las instalaciones del centro, pero mientras se desarrolla una actividad o se presta un servicio organizado por el mismo (80). Si el menor está ya al margen de la actividad del centro y fuera de su órbita de actuación, no puede imputarse a éste responsabilidad alguna. Recordemos cómo la SAP de Álava, de 27-5-1998, se expresaba en su Fundamento de Derecho Segundo: «...Así, resulta acreditado que la agresión de la que resultó objeto la menor Olatz tuvo lugar en los jardines situados junto a la Catedral Nueva de esta localidad, muy próximos al Centro Escolar al que agredida y agresoras pertenecían pero situados en suma en plena vía pública. Asimismo, los hechos se produjeron por la tarde, una vez finalizada la segunda y última clase y con anterioridad a una actividad extraescolar, clase de lengua alemana, a la que solamente asistía la víc-

(73) SSTs de 10-10-1995 y TSJ de Navarra, de 4-12-1995.

(74) En este sentido, GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentario a la STS de 20-5-1993», en CCJC, núm. 32, 1993, ref. 859, págs. 632-633. El juego peligroso resulta clave en la STSJ de Navarra, de 4-12-1995 y, *a sensu contrario*, en la STS de 28-12-2001.

(75) Se puede comprobar en las SSTs de 10-11-1990 y 15-12-1994.

(76) Siempre dentro de un límite razonable: pensemos cómo la SAP de Álava, de 27-5-1998 extraía del ámbito docente a los alumnos, pues el daño se produce fuera del centro y una vez que los alumnos ya habían sido recogidos por sus padres. Vid. también las SSTs de 4-6-1999 y 31-10-2003.

(77) En este sentido, STS de 15-12-1994, SAP de Navarra, de 15-9-2001 y SAP de Barcelona, de 29-1-2008.

(78) Vid. SAP de Valencia, de 23-5-1996.

(79) Casos de la STS de 3-12-1991 y SSAP de Bilbao, de 20-11-1991, y Barcelona, de 15-7-1995.

(80) En idéntico sentido, MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Responsabilidad de centros docentes...*, cit., págs. 233-237. Vid., en este sentido, la STS de 19-6-1997, sobre el daño producido en una visita organizada.

tima de la agresión, de lo que es dable deducir que sus agresoras al tiempo de producirse aquélla se encontraban ya totalmente desvinculadas del ámbito escolar por haber finalizado su actividad docente». Y la SAP de Soria, de 10-11-1999, establecía expresamente que: «Es indiferente que la agresión se produjera propiamente “fuera” del centro educativo, pues lo verdaderamente relevante en el supuesto que nos ocupa es que la agresión se produjo en horas lectivas, al finalizar la clase de educación física y en los vestuarios, y por consiguiente, los hechos acaecieron dentro del expresado ámbito escolar». DÍAZ ALABART ha sugerido que los centros fijen un tiempo en el que antes y después de finalizar el horario escolar el centro esté abierto, con o sin vigilancia, con la intención de que fuera de esos horarios no deba responder dicho centro (81).

La duda que puede surgirnos es clara, ya se ha sugerido: pese a todo lo indicado, *¿cabe que en algún caso pueda compartirse responsabilidad entre el centro educativo y los padres?* (82). En pura lógica esto puede ser posible, pese a que de algunas sentencias repasadas parezca desprenderse lo contrario (83), así como de los escritos de diversos autores (84): pensemos, por ejemplo, en la culpa *in vigilando* de esos padres que no acuden a tiempo a recoger al menor al colegio, y durante la espera ese menor causa un perjuicio a otro menor o a un tercero, o en la lesión de un menor por utilizar material inadecuado de gimnasia que lleva desde

(81) DÍAZ ALABART, S., *La responsabilidad de los centros docentes...*, cit., pág. 118.

(82) Nos referiremos en todo momento a padres que ostenten y ejerciten la guarda del menor. Recordemos cómo la SAP de Castellón, de 26-1-1999, indicaba que «la injusticia reside en condenar al padre que careciendo de la oportunidad de velar por su hijo y de reprenderle por jugar al balón en un sitio prohibido, tiene que pechar con las consecuencias de las omisiones en las que, en este sentido, ha incurrido el otro progenitor, además de abonarle la oportuna pensión».

(83) Especialmente beligerante, en contra de esta idea, es la SAP de Valencia, de 20-11-1995, en cuyo Fundamento de Derecho Tercero llegamos a leer el siguiente texto: «No puede aceptarse la tesis de que la responsabilidad de los encargados del centro escolar puede concurrir con la responsabilidad de los padres, pues fundada una y otra en el incumplimiento del deber de vigilancia, hay que tener en cuenta quién estaba obligado a vigilar al menor en el momento del hecho, y como esa obligación no era coincidente en el tiempo para padres y profesores, no puede declararse la responsabilidad de quienes, como los padres, no tenían esa obligación cuando aquél se produjo». En Italia, sin embargo, pese a que históricamente también se consideraban responsabilidades excluyentes, hoy día sí se admite en general (ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 484, nota 34).

(84) DÍAZ ALABART ha recopilado los autores que se muestran favorables a la posible responsabilidad compartida, en su caso (DE ÁNGEL YAGÜEZ, ella misma, RUBIO TORRANO, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, MORENO MARTÍNEZ o GÓMEZ CALLE), así como a los que consideran que eso no es posible (ROGEL VIDE, GARCÍA VICENTE, BARCELÓ DOMENECH o NAVARRO MICHEL). Vid. DÍAZ ALABART, S., *La responsabilidad de los centros docentes...*, cit., págs. 129-130, especialmente notas 199 y 200, y también ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 476-491.

casa (85), o bien en esa culpa *in educando* de los padres que provoca que el niño no se comporte adecuadamente en ningún sitio o que vaya al colegio con objetos peligrosos (86). En estos casos diversos la responsabilidad de los padres va a concurrir con la del titular del centro docente, por lo que no cabe concluir que la guarda y, por tanto, posible responsabilidad sea traspasada, sin más, al centro, como defendiera una importante tendencia jurisprudencial (87). Incluso alguna sentencia que, aparentemente, no defiende esta idea, posteriormente abre la puerta a ese deslinde: así, por ejemplo, la SAP de Pontevedra, de 14-12-1999, valora expresamente que el deber de educar va más allá: «...si bien la patria potestad ejercida por el padre y la madre comprende los deberes de educar a los hijos y procurarles una formación integral (art. 154 CC), de tal manera que se comporten civilizadamente en el seno de la sociedad y con el prójimo, no se puede negar que tales obligaciones han sido debidamente cumplidas en este caso, ya que el menor causante del daño observó buena conducta y no protagonizó ningún incidente en el Centro escolar hasta el 30 de enero de 1998». En otras, como en la STS de 23-2-1996, la concurrencia de responsabilidades es claramente admitida.

Por su parte, la SAP de Navarra, de 12-11-2004, es un buen ejemplo de esto que comentamos, al analizar unos daños causados por unos menores que se habían escapado de la escuela, pero en los que se apreciaba un importante déficit educativo: «Para la Sala es evidente que analizando la posible responsabilidad de los padres por los actos ejecutados por sus hijos menores de edad, en periodo de horario escolar, en que el centro educativo ha asumido las labores de vigilancia y control, no puede sustentarse en el incumplimiento de las labores de vigilancia y control, pues como ya dijimos en la anterior sentencia los padres no pueden ejercer evidentemente labor alguna de vigilancia y control por estar cedida al centro educativo, *ahora bien debe valorarse si al margen de esa responsabilidad puede concurrir en los padres una responsabilidad por culpa in educando*, que expresamente no valoramos su incidencia en la anterior resolución. / Esta responsabilidad debe enlazarse evidente en relación con el hecho generador de los daños, así como

(85) Interesante caso el que sugiere MOROZZO DELLA ROCCA: un niño se apropia del arma que los progenitores no han guardado en casa con la oportuna diligencia y la lleva al colegio, ocasionando un daño a otro menor (ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 478, nota 16).

(86) DÍAZ ALABART, S., *Comentario a la STS de 3-12-1991*, cit., págs. 120-121.

(87) En este sentido, por ejemplo, SSTs de 3-12-1991, 15-12-1994, 10-12-1996, 19-6-1997 y 29-6-2000. Siguen esta doctrina, a veces citando expresamente las anteriores sentencias, Sentencias como las SSAP de Málaga, de 31-12-1994; Álava, de 27-5-1998; Valencia, de 14-10-1999; Soria, de 10-11-1999; Pontevedra, de 14-12-1999; Sevilla, de 13-5-2000; Navarra, de 15-9-2001, 12-11-2004, y Sevilla, de 30-11-2007. Tal y como ha demostrado ATIENZA NAVARRO, esta idea es de origen francés (ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 472-475).

con la edad del menor responsable del ilícito, en cuanto no se da en las distintas etapas de la minoría de edad, una misma asunción de los valores sociales derivados de la educación que a los padres corresponde, pues la misma depende del grado de emancipación y de mayor libertad y autonomía que va adquiriendo el propio menor en su crecimiento. / En el caso de autos nos situamos en presencia de la provocación de un incendio por unos menores de entre doce y trece años de edad, *edad adolescente en que evidentemente debe existir ya una asunción de los valores sociales de comportamiento, en los que al margen de la vigilancia y control, por la autonomía adquirida por el menor en esa edad, es de esperar su puesta en juego en la sociedad, aunque no esté bajo la supervisión y vigilancia de los padres, del tutor o del centro educativo, y al margen de la misma, frente a los actos que frente a otras personas o cosas pueda realizar.* / Pues bien como expone el Juzgador *a quo*, y con ello matizamos nuestra anterior doctrina, la conducta en que incurrieron los menores de dar fuego a un spray y sobre él verter un líquido disolvente, en un lugar público, lo que generó una llamarada, unido al hecho de que ese objeto incendiado se dejó en una vía pública, con evidente riesgo de generar daños a los vehículos allí estacionados, *revela una ausencia de formación en valores sociales de comportamiento público no generadores de actos o hechos susceptibles de causar un daño a las personas o cosas, del que evidentemente son, en principio, responsables los padres, como responsables de la educación del menor, lo que revela la concurrencia de una culpa in educando, que sin perjuicio de otras responsabilidades puede ser exigida a los padres en supuestos como el presente de conformidad con lo establecido en el artículo 1.903, párrafo 2 del Código Civil, ya que no consta que los mismos agotaran toda la diligencia exigible para inculcar, como dice el Juzgado a quo, valores de comportamiento social, que hiciese evitable la conducta en que incurrieron los menores, que no queda cumplida por la escolarización de los menores en centros públicos».*

También es útil la SAP de Sevilla, de 30-11-2007, cuando indica que «...no es obstáculo para que, junto a la responsabilidad de los titulares del centro docente, se aprecie, al mismo tiempo la de los padres, operando entonces las reglas aplicables a los casos de concurrencia de varios culpables, si se da el supuesto de que se aprecie que contribuyeron negligeramente, en alguna medida, a la producción del daño. Tal circunstancia es claro que se produce si permiten o no se preocupan de controlar que sus hijos lleven consigo al centro escolar objetos que puedan resultar en sí mismos peligrosos, con los que después resulta que causan daño a otros menores, pero se produce también cuando se aprecia que el daño se debe a una inadecuada educación imputable a los padres».

La sentencia que más claramente admite esta responsabilidad de los padres por el daño sufrido cuando el menor está fuera de su órbita es la STS

de 23-2-1996, en la que unos padres no advirtieron de la enfermedad de su hija a los responsables de un campamento, y ello anudó el resultado de muerte: «...En cuanto a la *conducta negligente o culposa de los padres de la menor fallecida, concurrente a la producción del resultado dañoso* es de tener en cuenta que, como sienta la sentencia de primera instancia y se acepta por la recurrida al referirse el “silencio de los padres”, éstos “no facilitaron historial clínico o información detallada y documental de la enfermedad de la hija, cual requería el carácter crónico e irreversible del padecimiento renal de la misma, sino que ni tan siquiera proporcionaron información alguna a quienes precisaban perentoriamente de la misma para así poder proveer cualquier contingencia desfavorable en la evolución de la enfermedad” y que “los padres eran sabedores de que una actividad física desmesurada estaba desaconsejada para su hija, ya que así les había sido reiteradamente advertido por los responsables médicos del Hospital de Terrassa”; asimismo resulta acreditado que “la fallecida menor, en el momento de acudir a las colonias, presentaba unos valores ligeramente bajos de sodio y potasio”. Incólumes en casación estos hechos, *la conducta de los ahora recurrentes permitiendo que su hija asistiese a la colonia de verano en que los menores asistentes realizarían ejercicios físicos que, aunque soportables por quienes se encontraban en condiciones físicas normales, eran totalmente inadecuados por el riesgo que entrañaban para la salud de quien, como la fallecida, padecía “acidosis tubular renal”, de lo que eran conocedores los padres y que había determinado, como señala la sentencia de primer grado, “que conocedores en el colegio del riesgo que implicaba el ejercicio físico no se le exigía la gimnasia”, tal conducta, se repite, unida al hecho de no suministrar a los responsables de la colonia la información necesaria acerca del estado físico de su hija ha de calificarse de gravemente negligente pues impidió que, producida la crisis que había de conducir al fallecimiento de la menor, se adoptasen desde el primer momento, ello en el supuesto de que no hubiese sido rechazada la asistencia de aquélla a la colonia en el momento de su inscripción, las medidas que hubieran podido evitar el fatal desenlace. Por todo ello, procede desestimar el motivo».*

De las sentencias citadas, si bien excepcionando la última (que se ocupa de otras cuestiones, aunque también relevantes), se deduce que el no poder ejercitar una efectiva guarda y vigilancia en unos momentos concretos no exime necesariamente de responsabilidad a los padres si el daño causado se debe, al menos en parte, a una *defectuosa educación recibida en casa* (88).

(88) En este sentido, GÓMEZ CALLE, E., *La responsabilidad civil de los padres*, cit., págs. 410-414, y comentario a la STS de 10-12-1996, cit., págs. 398-399. También lo admite, aunque creen que es complicado que se dé, DÍAZ ALABART (*Comentario a la STS de 15-12-1994*, cit., págs. 640-641), y NAVARRO MICHEL (*La responsabilidad civil de los padres...*, cit., págs. 122-124).

De aquí se deriva una importante obligación para los padres: entre las tareas derivadas de la patria potestad está la de educar adecuadamente a sus hijos, esforzándose por formarlos para que convivan correctamente en sociedad y no dañen a las demás personas con las que traten. En el caso en que durante la jornada escolar el menor causase un daño y dicho daño fuese producto de una educación defectuosa, al menos en parte, los padres no podrían verse exonerados de responsabilidad más que en el caso en que demostrasen que fueron diligentes con este deber educativo: «Basta con probar que la educación dada, en función de elementos tales como el medio social, la edad, los antecedentes y las ocupaciones del niño, es tal que no puede reprocharse ninguna falta al niño» (89).

Es necesario detenerse en este momento acerca de qué debe entenderse por esa educación que deben inculcar los padres a sus hijos, pues en abstracto podríamos englobar debajo de ese concepto desde las más elementales normas de convivencia democrática hasta conocimientos reglados de Historia, Filosofía o Matemáticas, por ejemplo. Para aclarar la cuestión es necesario partir del propio artículo 154 del Código Civil, que establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres, y que dicha patria potestad, que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica, comprende entre otros deberes y facultades, educar a los hijos y procurarles una formación integral. Esta labor, hoy día con un entronque constitucional evidente (90), esa educación y formación integral engloba diversas actuaciones y contenidos, como hemos apuntado antes con ejemplos llamativos, y por tanto es urgente clarificarlo para saber dónde está la responsabilidad de los padres en este sentido. Así, parece necesario apreciar de entrada la existencia de una «educación formal» (91), integrada por la educación escolar del niño, la formación profesional y los aprendizajes derivados de actividades extraesco-

(89) GARCÍA VICENTE, F., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 1046-1049.

(90) El artículo 27 CE establece en su apartado primero que: «Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza». El apartado segundo establece que: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». El apartado tercero es clave: «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Posteriormente siguen otros siete apartados que ahora no nos van a interesar. No se nos olvide que estamos ante un derecho fundamental. Valora este entronque LÓPEZ PÉREZ, J., *La patria potestad: voluntad del titular*, Universidad de Valladolid, 1982, págs. 70-73, y aporta un excelente trabajo de conjunto (histórico y comparado), aunque algo antiguo en el tiempo, ya, FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986.

(91) Terminología que nos parece acertada y que es utilizada por GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 87-89.

lares. Esta educación, como cabe imaginar, excede de la órbita de la familia y está encomendada a terceros. Respecto de ella, a los padres corresponde decidir en qué condiciones se va a realizar, de acuerdo con el artículo 27 CE y su legislación de desarrollo, y tener una actitud positiva a la hora de valorar su relevancia para el desarrollo del menor (92). La labor de la familia en la educación de los hijos es fundamentalmente otra: la de formar humanamente a ese menor para convivir en una sociedad democrática como la diseñada en la Constitución (sin perjuicio de la labor de los docentes también en esta labor, pero que jamás podrá sustituir la responsabilidad de los padres). Esto se plasma en la inculcación de valores socialmente positivos, y es fundamental que el menor vea el ejemplo en su hogar familiar. Por tanto, por llevar todo esto al ejemplo, si bien es reprochable a los padres que el menor llegue cada mañana al colegio tarde o con una actitud despectiva hacia sus compañeros y les cause daños, por ejemplo, resulta complicado hacerles responsables de la falta de conocimientos biológicos de dicho alumno debido a que esa asignatura le resulta antipática y sólo trabaja lo justo para aprobar.

Cabe deducir de ello que, si bien la culpa *in vigilando* puede ser traspasada del modo descrito por las sentencias (93) (aunque existan casos polémicos que repasaremos a continuación), la responsabilidad *in educando* de los padres permanecerá siempre vigente, ejerza quien ejerza la efectiva vigilancia del menor, pues puede influir en acciones dañosas en todo caso. Por ello, no nos resulta exacto el pronunciamiento de la SAP de Navarra, de 15-9-2001, cuando indicaba que «no siendo achacable culpa alguna a los padres de los menores en relación con los daños y perjuicios causados por los mismos durante el periodo de tiempo en el cual los padres delegaron en un tercero la referida guarda y custodia de los menores, no siendo imputables a los padres ninguna conducta culpable en relación con los perjuicios ocasionados por sus hijos en tal situación, no pudiendo los mismos ejercer en ese periodo de tiempo sus funciones de vigilancia sobre sus hijos menores (...)», no cabe concluir en modo alguno la existencia de culpa achacable a los padres demandados en relación con los perjuicios de que se trata». No en todo caso será así, aunque tampoco deba sobrevalorarse la posible responsabilidad de los padres: responderán en aquellos casos en los que el daño es producto de una actividad que pone de manifiesto la recepción de una defectuosa educación por parte del menor. No será la única causa, pero sí concurrente. Cada intérprete debe valorar esta cuestión en cada caso concreto, atendiendo a todas las circunstancias que se aprecien. Y debe tenerse claro que, en ocasiones, hay características del menor que no existirían si se le hubiese inculcado una

(92) En este sentido, GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos...*, cit., pág. 88.

(93) Vid. la doctrina jurisprudencial antes indicada. Por su especial claridad en este punto, vid. SSTs de 10-12-1996, 29-12-1998 y 29-6-2000.

educación acertada, y de ello deben responder los padres. Por ejemplo, un menor que sea extraordinariamente violento por causa de la dejadez educativa de sus progenitores, que jamás corrigieron dicha tendencia (o no lo hicieron adecuadamente) no puede considerarse un caso a tratar con más cuidado por los docentes por causa de una característica personalísima de ese menor, sino que estamos ante un claro déficit educativo por parte de sus padres, que deben responder en caso de que cause un daño y éste pudiera haberse evitado si esa educación hubiese sido la adecuada.

En cualquier caso, debe estarse al supuesto concreto, valorando todas las características de la situación. Un menor puede haber recibido una educación correcta y, sin embargo, causar un daño puntual porque se une a otros menores y se envalentona en ese momento. En dicho caso, si se comprueba que no existe déficit educativo familiar, no es correcto intentar responsabilizar a los padres parcialmente del daño.

ATIENZA NAVARRO ha defendido también la posible concurrencia de responsabilidades en un profundo trabajo, aunque difiere de nuestra argumentación (94): considera que la clave no es una etérea responsabilidad *in educando* (95), sino por la defensa de un concepto extenso de vigilancia, que abarque también actividades preventivas destinadas a evitar que los menores causen daños. Consideramos que la misma no tiene por qué estar reñida con la operatividad de la responsabilidad *in educando* del modo antes descrito, y por eso no sintonizamos con la escasa importancia que le atribuye la autora citada. Entendemos que puede existir una responsabilidad *in educando*, perfectamente operativa en su caso.

Respecto del otro gran supuesto por el que el centro puede ser declarado responsable, en lo que toca a la *vigilancia del menor*, es evidente que en la mayor parte de los casos sí que la estancia del mismo en el centro escolar, en los momentos indicados, exonerará de responsabilidad a los padres en caso de daño. Para que los padres no se vean exonerados deben concurrir a la causación del daño, y esto no suele ser el caso habitual, salvo que se extienda dicho concepto de la manera en que lo plantea ATIENZA NAVARRO, supuesto en el que puede ser más normal. Imaginemos, por ejemplo, que el menor causa un daño una vez terminada la jornada escolar, mientras espera a que sus padres lo recojan, y todo sucede porque éstos llegan tarde, el menor se aburre y comienza a emplear su tiempo en entretenerse de manera poco razonable, o bien el centro es diligente a la hora de poner al menor en manos de sus padres, informándoles de lo sucedido, y éstos no ser diligentes a la hora de proporcionar al menor la asistencia sanitaria oportuna (96).

(94) ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 471-496.

(95) Demoledora crítica a la misma en ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 479, nota 20.

(96) En este sentido, *a sensu contrario*, STS de 10-6-2008.

GARCÍA VICENTE ha estudiado con detalle el tratamiento jurisprudencial acerca de dónde puede fallar la vigilancia de los padres, dándose, en su caso, tanto culpa *in vigilando* como *in eligendo*, y establece que puede provenir de permitir juegos que sean peligrosos en sí mismos u otros que, sin serlo, puedan provocar daños (97); en segundo lugar, de la permisión de actividades peligrosas en los menores; en tercer lugar, de la existencia de circunstancias peligrosas para ese menor (como, por ejemplo, permitirle ir al colegio solo, etc.); en cuarto lugar, también influirán factores como la edad del menor, su carácter y personalidad o la autorización paterna para realizar actividades (98). Todo ello es traspasable al centro educativo, dentro de su órbita de actuación. MORENO MARTÍNEZ, por su parte, comenta en qué casos debe ser más estricta la vigilancia del docente, aludiendo a aquellos en los que se dan especiales circunstancias en el alumno (carácter violento o difícil, por ejemplo) (99), su reducida edad (100), la realización de actividades deportivas o juegos que se puedan considerar peligrosos, así como otras actividades que exigen precauciones especiales (excursiones, etc.) (101). La STS de 30-12-1999 basa la responsabilidad del centro en la inexistencia de adecuadas medidas de seguridad en habitaciones de un albergue para evitar que los menores pudiesen pasar de una habitación a otra.

Es posible, por tanto, aunque no sea frecuente, la posible concurrencia de responsabilidades entre el centro docente y los padres en caso de daño causado por el menor, si se debe a negligencia en la vigilancia del menor. Normalmente los padres, al colocar al menor en la órbita de actuación del centro, deja de responder por esa vigilancia, pero existen supuestos en los que cabe esa concurrencia.

En conclusión, de lo expuesto cabe extraer que mientras la culpa *in educando* puede seguir existiendo en los padres incluso cuando el menor está en el centro educativo, de la manera que hemos visto, la culpa *in vigilando* la sufren generalmente los responsables del centro educativo en exclusiva, aunque a veces puede concurrir con la de los padres, en supuestos fronterizos concretos,

(97) Sobre ello, STS de 18-10-1999.

(98) GARCÍA VICENTE, F., «La responsabilidad civil de los padres por los actos del hijo menor: causas de exoneración», en *ADC*, 1984, págs. 1036-1046. Sobre la cuestión de la edad, recordemos cómo la SAP de Asturias, de 21-7-1998, indicaba que «la vigilancia resulta más exigible cuando los alumnos son de corta edad».

(99) Vid. ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 219-220. En cualquier caso, esta cuestión nos parece discutible, como ya hemos tratado, pues en estos casos puede existir responsabilidad *in educando* por parte de los padres, en el sentido indicado anteriormente.

(100) La SAP de Asturias, de 21-7-1998, incide expresamente en este dato de la edad para aludir a la especial madurez de los alumnos, que debe conllevar un grado de vigilancia no tan intenso como en el caso de que fuesen menores.

(101) MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Responsabilidad de centros docentes...*, cit., págs. 164-173.

tales como determinados daños producidos durante la recogida de los menores, por ejemplo. Y si los padres debían advertir de determinadas circunstancias especiales del menor, de cara a una adecuada vigilancia del mismo y no lo hacen (caso de la STS de 23-2-1996), deben ser corresponsables del daño.

Por otra parte, y así como hemos comprobado cómo era posible la existencia de responsabilidad en los padres del dañante, también debemos destacar la *posible responsabilidad de los padres del dañado*, en su caso. Es un supuesto que parece más difícil de darse en la práctica, pero que no cabe descartar de entrada, y que encuentra con los mismos problemas antes destacados (102): si los padres ceden el deber de custodia al centro docente, sólo responderán en aquellos casos en que exista responsabilidad propia, *in educando*, del modo ya visto (caso de la STS de 15-12-1994), o *in vigilando*, también en su caso (por ejemplo, en el caso de la STS de 29-12-1998, en la que los padres asisten a la actividad organizada por el centro, o la STS de 29-2-1996, con resultado de muerte).

Por último, en caso de *conurrencia de responsabilidades* con el centro se debe rebajar la reparación conforme a los criterios generales de concurrencia de responsabilidades (103).

5. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *RCDI*, núm. 675, 2003, págs. 11-54.
- ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- «Acerca de la conveniencia de que la Administración responda objetivamente de los daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos. Especial referencia al servicio público educativo», en *RDP*, abril de 2001, págs. 317-341.
- BORRELL MACÍ, A., *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1.902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1.903 a 1.910 del mismo cuerpo legal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958.
- CABALLERO LOZANO, J. M., «Daños causados por los alumnos y responsabilidad civil», en *RDP*, 1991, págs. 907-926.
- CARBAJO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos», en *AC*, 1992-4, ref. XLIV, págs. 729-756.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1987.

(102) En este sentido, GÓMEZ CALLE, E., *Responsabilidad de padres y centros docentes*, cit., págs. 1311-1312.

(103) Responsabilidad que, conforme al criterio jurisprudencial que se sigue en nuestro país, se exigirá solidariamente (ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil...*, cit., págs. 563-578).

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al artículo 1.903», en *Comentario al Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 2003-2034.
- «Comentario al artículo 1.904», en *Comentario al Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 2034-2037.
- «Comentario al artículo 1.903», en *Comentario al Código Civil*, tomo X, Ed. Bosch, Barcelona, 2006, págs. 23-182.
- «Comentario al artículo 1.904», en *Comentario al Código Civil*, tomo X, Ed. Bosch, Barcelona, 2006, págs. 182-194.
- DÍAZ ALABART, S., «Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1.903 del Código Civil», en *Centenario del Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil*, tomo I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 691-706.
- «Notas a la responsabilidad de los profesores tras la nueva Ley de 7 de enero de 1991», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, págs. 439-467.
- «Comentario a la STS de 3-12-1991», en *CCJC*, núm. 28, 1992, ref. 737, págs. 115-121.
- «Comentario a la STS de 15-12-1994», en *CCJC*, núm. 38, 1995, ref. 1026, págs. 631-642.
- «Comentario a la STS de 18-10-1999», en *CCJC*, núm. 52, 2000, ref. 1425, págs. 309-322.
- «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», en DÍAZ ALABART-ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad de la Administración en la Sanidad y en la enseñanza*, Xunta de Galicia-Ed. Montecorvo, Madrid, 2000, págs. 17-175.
- FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986.
- GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- GARCÍA VICENTE, F., «La responsabilidad civil de los padres por los actos del hijo menor: causas de exoneración», en *ADC*, 1984, págs. 1033-1052.
- GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentario a la STS de 20-5-1993», en *CCJC*, núm. 32, 1993, ref. 859, págs. 629-637.
- GÓMEZ CALLE, E., «Comentario a la STS de 27-9-1990», en *CCJC*, núm. 24, 1990, ref. 636, págs. 1023-1032.
- «Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. Ley 1/1991, de 7 de enero. "BOE" de 8 de enero», en *ADC*, 1991-I, págs. 269-288.
- *La responsabilidad civil de los padres*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1992.
- «La responsabilidad civil del menor», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, 1995, págs. 87-133.
- «Comentario a la STS de 10-12-1996», en *CCJC*, núm. 43, 1997, ref. 1174, págs. 385-400.
- «Comentario a la STS de 4-6-1999», en *CCJC*, núm. 51, 1999, ref. 1395, págs. 1187-1195.

- «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 461-538.
- «Responsabilidad de padres y centros docentes», en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 1233-1332.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- LÓPEZ PÉREZ, J., *La patria potestad: voluntad del titular*, Universidad de Valladolid, 1982.
- MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- «Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley penal del menor y sus últimas reformas administrativas)», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.), *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 397-436.
- MORETÓN SANZ, M. F.; RUIZ JIMÉNEZ, J., y TEJEDOR MUÑOZ, L., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2000. La responsabilidad civil de los centros docentes», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 16, 2000, págs. 241-256.
- MUÑOZ NARANJO, A., *Responsabilidad civil de los docentes. Régimen jurídico y jurisprudencia*, Ed. Praxis, Barcelona, 1999.
- NAVARRO BELMONTE, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 10 de noviembre de 1990, y puntualizaciones a la reforma por Ley de 7 de enero de 1991», en *ADC*, 1992-II, págs. 783-801.
- NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- PANTALEÓN PRIETO, F., Voz: «Responsabilidad por hecho ajeno», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Ed. Civitas, 1995, págs. 5955-5958.
- ROCA I TRÍAS, E., «La acción de repetición prevista en el artículo 1.904 del Código Civil», en *ADC*, 1998-I, págs. 7-39.
- RUBIO TORRALVO, E., «Comentario a la Ley 1/1991, de 7 de enero», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 917-944.
- TÁULER ROMERO, M., «La responsabilidad civil en el desarrollo de la actividad educativa privada», en *RDP*, 1994, págs. 639-658.
- TEJEDOR MUÑOZ, L., «Culpa extracontractual: fallecimiento de un menor durante la disputa de un partido de fútbol por caída de portería. Responsabilidad de los codemandados Ayuntamiento (Arrendador) y del arrendatario de la instalación deportiva municipal. Concurrencia de causas. Compensación de culpas (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2004)», en *RCDI*, núm. 686, 2004, págs. 2936-2944.
- ZELAYA ETXEGARAY, P., «La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código Civil español», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 16, 1993, págs. 87-108.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD CIVIL. PADRES, TUTORES Y CENTROS DOCENTES

El estudio de los diferentes supuestos en los que se puede exigir responsabilidad civil a alguien, en general, suele ser una tarea ardua y cargada de situaciones polémicas y/o discutibles. El trabajo que se presenta va a centrarse en el tratamiento de diversos casos polémicos conectados con la posible responsabilidad civil de padres o tutores y de los titulares de los centros docentes respecto de los daños causados por los menores a su cargo. En algunos casos, la responsabilidad de los padres o tutores por culpa in educando o culpa in vigilando puede concurrir con la responsabilidad de los titulares del centro docente, y debe ofrecerse una solución razonable a estos casos polémicos que, por otra parte, tampoco suelen ser tan frecuentes.

Comienza el trabajo repasando, de modo genérico, las ideas configuradoras fundamentales tanto de la responsabilidad de los padres o tutores por los hechos dañosos de sus hijos o pupilos, como de la responsabilidad de los titulares de los centros docentes por los hechos de sus alumnos (tipo de responsabilidad, presupuestos de la misma, posible acción de regreso, etc.). A continuación, se realiza un recorrido por las más importantes sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales atinentes ya al concreto objeto de estudio del trabajo, para conocer qué se viene sosteniendo en nuestra jurisprudencia y jurisprudencia menor sobre estas situaciones.

Por último, se concluye el presente artículo incidiendo en las ideas de mayor interés sobre el caso fronterizo que se estudia, con la intención de calibrar los pronunciamientos jurisprudenciales y su mayor o menor corrección jurídica u oportunidad. En último término, se trata de valorar cómo en determinadas situaciones parece posible la concurrencia de responsabilidades entre padres o tutores y centros docentes, y analizar dichos supuestos.

ABSTRACT

CIVIL LIABILITY. PARENTS, GUARDIANS AND SCHOOL AUTHORITIES

Studying the different events where civil liability can be demanded of someone is generally an arduous task charged with controversial and/or arguable situations. This paper focuses on the handling of a number of controversial cases having to do with the possible civil liability of parents or guardians and school authorities for damages done by minors in their charge. In some cases the liability of parents or guardians through fault in educating or fault in vigilando can be concurrent with the liability of school authorities, and a reasonable solution must be offered for these controversial cases (which, on the other hand, are not frequent).

The paper begins with a generic overview of the fundamental ideas that configure parents or guardians' liability for the damaging acts of their children or wards and school authorities' liability for acts by their students (type of liability, reasons of liability, possible action of recourse, etc.). Next the paper reviews the most important rulings of the Supreme Court and the provincial appellate courts pertaining to this specific object, to see what our case law and minor case law have had to say in such situations.

Lastly, the article concludes by stressing the ideas of greatest interest about the borderline case at issue, with the intention of calibrating court pronouncements and their greater or lesser juridical correctness or appropriateness. Last of all, the paper endeavours to evaluate how, in certain situations, it seems possible for there to be concurrent liability attaching to parents or guardians and schools, and to analyse those scenarios.

(Trabajo recibido el 14-09-08 y aceptado para su publicación el 10-07-09)

Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada. Doctora en Derecho

SUMARIO

INTRODUCCIÓN AL TEMA.

LAS INDEMNIZACIONES ENTRE FAMILIARES EN EL DERECHO COMPARADO: REFERENCIA JURÍDICA-CIVIL.

LAS RECLAMACIONES EN EL MARCO FAMILIAR EN ESPAÑA.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

La problemática que plantea el tema de las indemnizaciones entre familiares es, quizá, uno de los aspectos más interesantes y, desde luego, de actualidad, que plantea el Derecho de Familia.

No cabe duda que hay situaciones que pueden generar unos perjuicios, un daño en la persona y en el patrimonio de un familiar, en relación con otro, y el Ordenamiento Jurídico-Civil español ha de estar al día, ha de dar una respuesta, eficaz y oportuna, a este tipo de situaciones. Es cierto, sin embargo, que es muy poco lo que se ha escrito sobre esta materia por la doctrina. Ha sido, como en otras ocasiones, la doctrina jurisprudencial la que ha venido a entrar en la materia con cierto rigor, debido a las exigencias que plantean determinadas situaciones, tales como, en el seno del matrimonio, el hecho de que el marido de la madre descubra que los hijos habidos constante matrimonio no son suyos, que él no es el padre biológico de los mismos.

Lo primero que cabe preguntarse, en este supuesto, y en otros similares, es si existe responsabilidad civil, si cabe presentar una demanda reclamando una indemnización por los daños sufridos.

Para afrontar este tema y, en concreto, el análisis de una interesante sentencia dictada por una Audiencia Provincial relativa a esta cuestión, me ha parecido oportuno, en primer lugar, realizar un esbozo del Derecho Comparado.

LAS INDEMNIZACIONES ENTRE FAMILIARES EN EL DERECHO COMPARADO: REFERENCIA JURÍDICO-CIVIL

En determinados países, la doctrina ha tenido claro, así como la Jurisprudencia, desde el punto de vista histórico, que no existía responsabilidad civil en el marco del Derecho de Familia y, por tanto, en el seno de las relaciones entre familiares, a pesar de ser éste un ámbito en el que suelen producirse muchos conflictos.

El Derecho anglosajón argumentó, incluso, las razones por las que, entre cónyuges, no existía responsabilidad civil, pero lo hizo de una forma, a mi juicio, bastante extravagante, pues partió del relato del texto del Génesis, 2.24: «Y vendrán los dos a ser la misma carne». Así, se entendió que el principal efecto del matrimonio en el Common Law era la fusión de las personalidades —o de las personas— del hombre y la mujer, pero con la consiguiente pérdida para ésta de su propia personalidad.

A partir de este momento, los autores, unánimemente, citan un texto del famoso jurista inglés del siglo XVIII, BLACKSTONE, que, traducido, dice lo siguiente: «Por el matrimonio, el marido y la mujer son una única persona en el derecho. Así, el ser o la existencia legal de la mujer se suspende durante el matrimonio o, al menos, se incorpora y consolida en el del marido; bajo su ala, su protección y su cobertura, ella lo realiza todo y por tanto es llamada en nuestro derecho *femina viro co-operta*..., y su condición durante el matrimonio es llamada su cobertura. De la aplicación de dicho principio de la unión de las personas del marido y la mujer dependen casi todos los derechos legales, deberes e incompatibilidades que cada uno de ellos adquiere durante el matrimonio».

En el Derecho anglosajón se habló, efectivamente, del *consortium*, entendiendo que éste era el efecto principal del matrimonio. Después, ya en la actualidad, estos efectos fueron disminuidos y se le atribuyeron otros diferentes.

PROSSER, en el marco del Derecho anglosajón, estimaba que cualquier acción entre marido y mujer encontraría, al principio, la doctrina del «Common Law» acerca de la identidad de ambos (1). Según este autor, esta doctrina se basaba en unos argumentos de carácter histórico; en concreto, la Biblia, la doctrina medieval, la posición del padre en la familia romana y

(1) PROSSER elaboró esta tesis en 1971.

el concepto de la familia como una unidad informal de gobierno, que tiene como cabeza visible a la persona más fuerte, o la propiedad feudal. De aquí había que extraer la conclusión de que, en el Common Law no existiesen «torts» entre marido y mujer. Como consecuencia de todo ello, PROSSE estimó que ningún cónyuge podía interponer una acción contra el otro, por un «tort» personal u ocasionado a su propiedad, tanto si se había cometido antes o durante el matrimonio. Estimó, asimismo, este autor, que esta acción no podía tampoco interponerse después del divorcio, que llegó al Derecho inglés más tarde, es decir, tras el establecimiento de estas reglas. La esposa recibía una protección limitada de acuerdo con las reglas del Derecho Penal, la cual no admitió la teoría de la identidad de la personalidad, excepto en aquellos delitos relativos a la propiedad, ni que algunos «torts» cometidos entre marido y mujer fueran considerados como causas de separación o de divorcio.

En el siglo XX, la situación dio un giro —afortunadamente— y, en este sentido, se vio cómo, en Estados Unidos, ya en 1910, el Juez Harlam rechazó los argumentos que justificaban la impunidad entre marido y mujer. En la actualidad, la Married Women's Act admite la acción contra el otro cónyuge por los «torts» ocasionados, sea intencionalmente o por culpa.

En similar sentido se ha manifestado el Derecho en Inglaterra, donde la regla de que no existían daños entre cónyuges fue cayendo en desuso y, finalmente, fue derogada por la Law Reform (Husband and Wife), en 1962, que reconoció a cada cónyuge legitimación para interponer acciones contra el otro como si no hubieran estado casados (2).

Como podemos observar, de una prohibición tajante, absoluta, se ha pasado al giro de la permisividad también absoluta. Apunta Encarna ROCA TRÍAS que una de las razones importantes para el paso hacia la permisividad fueron los accidentes de automóviles, ya que, al no existir el peligro de la disminución del patrimonio familiar, efectivamente, los argumentos sobre la intimidad de la familia difícilmente podían proteger al asegurador, por lo que se reconoció legitimación a la esposa para demandar a la compañía aseguradora de su marido por los daños causados como consecuencia de la conducción por éste (3).

¿Qué sucede con respecto a la situación en la que se plantean daños en las relaciones paternofiliales? Aquí, hay que recordar que seguimos estando dentro del marco de la familia, dentro del ámbito familiar, pero siempre se había admitido la personalidad independiente del hijo, legitimado para adqui-

(2) BROMLEY, en 1998, fue uno de los defensores de esta tesis.

(3) ROCA TRÍAS, Encarna, «La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Ediciones Dykinson, Madrid, 2000.

rir los beneficios de su propiedad, incluyéndose, desde luego, las reclamaciones derivadas de daños causados por sus progenitores (4).

Veamos la situación en España, cómo se desarrollaba en nuestro país.

LAS RECLAMACIONES EN EL MARCO FAMILIAR EN ESPAÑA

En nuestro país nunca se había discutido sobre este tema, si bien hay que resaltar que tampoco se había aplicado, de manera consciente, una doctrina contraria a las reclamaciones e indemnizaciones. Simplemente, no había existido una opinión acerca de este tema.

El Código Penal, de 18 de julio de 1870, contemplaba la exención de la responsabilidad criminal en los delitos económicos entre cónyuges, ascendientes y descendientes. Efectivamente, su artículo 580 establecía que «están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1.º los cónyuges, ascendientes y descendientes, o afines en la misma línea...»

Esta exención de responsabilidad entre familiares se mantiene en todos los Códigos Penales posteriores, e incluso llega hasta el actual, el Código Penal de 1995.

No obstante, hay que observar que, a pesar de la exención de responsabilidad penal, se mantiene, sin embargo, la responsabilidad civil. ¿En qué se basaba esta clase de responsabilidad? Veamos, por citar un ejemplo, a un autor llamado MONTALBÁN, que argumentó afirmando que semejante disposición estaba basada en «leyes romanas, fundadas en motivos de alta conveniencia y que nosotros no podemos menos que elogiar. La persecución criminal en tales casos perjudicaría a veces al ofendido mismo descubriendo sus secretos domésticos, introduciría la consternación en las familias, rompería del todo el vínculo que une a sus individuos y produciría entre ellos un elemento perpetuo de rencores y discordias...», opinión conforme con la de algunos jurisconsultos, que encuentran la causa de que no se permita la persecución criminal, no solamente en un principio de conveniencia, sino también en la alteración que sufren el carácter y la naturaleza de aquella acción en el caso que nos ocupa, llegando a considerar a los cónyuges y a los ascendientes y descendientes como participantes los unos de la propiedad de los otros (5).

El artículo 18 del Código Penal de 1870, ya citado anteriormente, establecía que: «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente». Hay que tener en cuenta, tal como ha puesto de relieve

(4) ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Indemnizaciones entre cónyuges, excónyuges y parejas de hecho*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

(5) MONTALBÁN y GÓMEZ DE LA SERNA mantuvieron esta teoría.

ROCA TRÍAS (6), que, en el Código Penal, existían delitos específicamente familiares, como el abandono de familia o el adulterio, por lo que la conclusión es que, en los daños derivados de los delitos cometidos entre familiares, independientemente del grado de parentesco, ha existido siempre la obligación de reparar el daño causado, lo que se demuestra de forma muy clara en la imposición de responsabilidad civil por hurtos, defraudaciones o daños.

Por su parte, el Código Civil de 1889 contemplaba ciertos daños causados entre cónyuges que no adquieren *per se*, la categoría de delitos, pero que, sin embargo, van a estar tipificados como causales de separación conyugal. La separación, que fue llamada divorcio en el primer texto del Código Civil, tenía como causas legítimas, entre otras allí citadas, las siguientes:

- los malos tratamientos de obra, o las injurias graves;
- la propuesta del marido para prostituir a la mujer.

La tipificación de estas causas de separación da idea de la importancia que, para el legislador, tenían ciertos daños —fuertes— que podían producirse en el seno del matrimonio. Algo semejante, sin duda, aparece en otros preceptos del Código Civil patrio, por lo que respecta a la pérdida de la patria potestad —art. 169—, las causas de desheredación —arts. 853 y 854—, y las de indignidad —art. 756—. Ahora bien, en estos últimos preceptos civilistas citados, lo que se produce es una pérdida de derechos —si entendemos que la patria potestad es un derecho de los progenitores, más que una función instituida en beneficio del hijo menor de edad, o la pérdida de la legítima en el supuesto de los familiares que incurrir en causas, tasadas, de desheredación o de indignidad para suceder.

Parece oportuno, llegados a este punto, examinar ahora cómo se ha resuelto esta problemática en nuestro país, cómo comenzó su andadura y en qué situación nos encontramos hoy con respecto a este interesante y controvertido tema.

Para ello hay que examinar, aunque sea brevemente, dos sentencias que fueron dictadas en nuestro país, ambas en 1999, con escasos días de diferencia entre una y otra.

Veamos, en primer lugar, la sentencia de 22 de julio de 1999. El supuesto de hecho se recondujo a lo siguiente: se trataba de un marido que había tenido hijos constante matrimonio con su esposa, posteriormente se habían separado y, más tarde, habían obtenido el divorcio. Tras la solución jurídica de la crisis matrimonial, se descubre que uno de los hijos habidos durante el matrimonio no era hijo suyo, no era el padre biológico. Sin embargo, creyendo que era su hijo biológico, el presunto padre había contribuido al sosteni-

(6) ROCA TRÍAS, Encarna, *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia...*, obra citada en nota 3.

miento de las cargas del matrimonio, contabilizando, en éstas, las dedicadas al cuidado, alimentación, educación y formación integral —tal como preceptúa nuestro Código Civil en relación con los progenitores— del que creía que era su hijo, sin serlo en realidad. Incluso tras la separación de los cónyuges, el presunto padre había seguido contribuyendo, con sus aportaciones económicas periódicas, a estos menesteres.

¿Cómo se resuelve este supuesto de hecho, sin duda novedoso en España, y, desde luego, poco o nada estudiado?

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 1999, el demandante alegó que el pago de las pensiones alimenticias efectuado a quien, en realidad, no era hijo suyo, había enriquecido el patrimonio de la madre, porque debería haber sido la progenitora la que contribuyera, con sus aportaciones económicas, al sostenimiento del hijo extramatrimonial. A ello, además, había que añadir el daño moral sufrido por el presunto progenitor, al descubrir que el hijo, que él creía suyo, no lo era en realidad.

La sentencia basó su argumentación jurídica negativa, a efectos de conceder la indemnización al demandante, en un cuestión de hecho: en primer lugar, afirma que la esposa —progenitora— no conoció, hasta que se interpuso la reclamación, que el hijo no era de su esposo. Por lo tanto, no hubo mala fe, ni actuación dolosa por su parte, factores éstos que serían los determinantes a la hora de indemnizar. El Tribunal Supremo concluyó su argumentación declarando que «los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1.902 del Texto Legal —se refiere al Código Civil— sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esta aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como queda razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento de la señora C.».

La argumentación realizada por nuestro Tribunal Supremo es, cuanto menos, parca y débil. Se afirma, con contundencia, que la esposa no sabía que la paternidad del hijo no era de su esposo. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente biológico, tendría, al menos, sus dudas, sus vacilaciones respecto a dicha paternidad, ya que había mantenido contacto carnal con otro hombre que no era su marido, y todo ello constante matrimonio, por lo que el hijo, forzosamente, tenía que ser del marido o del hombre con el que, al margen del matrimonio, tenía una relación sentimental. Estas dudas, estas vacilaciones, que hubieran sido propias de cualquier mujer en semejante situación, no fueron comunicadas en ningún momento a su marido, al objeto de que éste hubiera tomado las medidas oportunas y convenientes a efectos de averiguar si, efectivamente, el hijo era, o no, suyo. Hoy en día, con las pruebas biológicas de paternidad, la situación ha avanzado bastante y ya se puede conocer la paternidad. En definitiva, se trata de valorar si era facti-

ble, desde el punto de vista jurídico, conceder una indemnización por daños morales al esposo que, de esta forma ya mencionada, había resultado engañado. Ello me lleva a plantear la controvertida problemática del daño moral.

En primer lugar, hay que resaltar, en oposición al daño patrimonial, el daño moral hay que definirlo como aquel perjuicio que no implica una pérdida económica, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio, o también como aquel daño que no consiste en una pérdida económica o en una falta de ganancia.

La mayor parte de los autores dan del daño moral una definición negativa. Pero contra este concepto, limitado y estrecho de miras, se han emitido críticas, haciéndose notar que una definición negativa puede admitirse solamente cuando se trate de operar en la esfera de fenómenos homogéneos, en tanto que los daños patrimoniales y los daños morales, según la doctrina italiana, constituyen fenómenos completamente diversos (7).

Para configurar el concepto de daño moral, se ha pretendido emplear la distinción establecida en el terreno del derecho subjetivo entre derechos subjetivos patrimoniales y derechos subjetivos no patrimoniales, afirmando que el daño moral es el perjuicio que resulta del atentado o lesión de un derecho extramatrimonial. CHIRONI definía el daño moral como «la lesión a cualquier derecho que pertenezca al estado jurídico de la personalidad» (8).

Estas definiciones tienen el inconveniente de no tener en cuenta que la lesión de un derecho no patrimonial puede llevar consigo el hecho de que se produzcan daños patrimoniales, como ocurre, por ejemplo, en las violaciones de los derechos al honor e imagen. Pero, en idéntico sentido, la lesión de un derecho patrimonial puede dar lugar a que se realicen daños morales.

En la doctrina, se ha extendido la definición del daño moral identificado con el dolor, sufrimiento o padecimiento físico, o psíquico, de una persona, injustamente ocasionado. Así, DE RUGGIERO definía el daño moral como «la perturbación injusta en el estado de ánimo de una persona» (9), y, en términos análogos, ROVELLI y MANDRIOLI lo definieron como «el dolor o padecimiento de ánimo ocasionado por el acto ilícito» (10).

Para SAVATIER (11), es daño moral «todo sufrimiento humano que no resulta de una pérdida pecuniaria».

Estas definiciones, a mi juicio, tienen el inconveniente de enfocar el daño moral como un daño opuesto al daño patrimonial, algo que, en realidad, tal como tenemos ocasión de observar en la práctica forense, no es exacto. Puede existir un daño moral —y, de hecho, existe por lo que respecta al tema que

(7) SCONAMIGLIO, «Il danno morale», en *Rivista de Diritto*, 1957.

(8) CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, Tomo II, 1906.

(9) DE RUGGIERO, *Instituciones*, Madrid, 1961.

(10) ROVELLI y MANDRIOLI, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Turín, 1995.

(11) SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile*, Tomo II, 1951.

estoy analizando—, cuando el presunto padre descubre que la persona que él creía que era hijo suyo, no lo es biológicamente, pero, a un tiempo, ¿cabe dudar, siquiera, que ese daño moral, ese sufrimiento psíquico, no vaya acompañado de una pérdida pecuniaria importante, teniendo en cuenta que ha realizado unos gastos, que ha contribuido al sostenimiento del que creía que era su hijo y que, por tanto, ha experimentado, a lo largo de diversos años, una pérdida económica cuantiosa? ¿Por qué oponer, en la doctrina, el daño moral al daño patrimonial, cuando, en este supuesto, en concreto, van perfectamente enlazados?

Lo que sí es cierto es que los daños morales no son susceptibles de cuantificación económica, porque, ¿cómo se puede reparar íntegramente el sufrimiento padecido al descubrir que el hijo no es suyo biológicamente? Evidentemente, no se puede valorar, desde el punto de vista pecuniario, ese dolor, pero sí se puede reparar, en cierta medida, y dentro de los límites de la razonabilidad, a través de una indemnización que ha de ser fijada, cuantitativamente, por el Juez.

Es interesante la distinción mantenida por algún sector de la doctrina francesa, al considerar que, en el marco de los daños morales, existen dos categorías perfectamente diferenciadas: de un lado, los daños que afectan a la parte social del patrimonio moral, y que atacan a la persona en su honor, reputación y consideración, y, de otra parte, los daños que atañen a la parte afectiva del patrimonio moral y alcanzan a la persona en sus sentimientos y afectos más o menos íntimos. En este sentido, a través de esta sutil distinción, se ha admitido el resarcimiento de los daños que afectan al patrimonio moral, negando, a un tiempo, que sean resarcibles los atentados o lesiones a los sentimientos afectivos, al ser imposible la evaluación económica de los dolores y sufrimientos.

Si atendemos, ahora, a su duración, los daños morales se dividen en transitorios y permanentes, según que, aunque subsistan por un espacio de tiempo más o menos largo, terminen desapareciendo, o bien se mantengan constantemente. Pero, por lo que respecta a los daños morales por lesión a los sentimientos afectivos de la persona, la distinción entre daños permanentes y transitorios pierde, en gran parte, su efectividad, debido a que, si bien, en principio, cabe representarse daños de esta clase que sean permanentes —como, por ejemplo, el dolor por haber creído hijo a quien no lo era—, hay que tener siempre en cuenta la acción lenitiva del tiempo, al actuar éste con una acción calmante sobre los dolores y sufrimientos, a los cuales no cabe duda que amortigua e incluso, en algunos supuestos, llega a hacerlos desaparecer.

La doctrina se ha preocupado de plantear si el resarcimiento del daño moral puede ser incluido dentro de la figura de la indemnización de daños y perjuicios o, si, por el contrario, constituye una institución cuya esencia y características son plenamente diferentes a la indemnización de daños y perjuicios.

En este sentido, son muy numerosos los autores que han mantenido que la reparación del daño moral no puede incluirse en el concepto técnico de indemnización, al entregarse al damnificado, en este supuesto, una suma de dinero como un equivalente que sustituye a la pérdida o al menoscabo del bien lesionado.

En cualquier caso, para que el dinero indemnice por equivalencia, haría falta que se tratara de valores homogéneos, entre los cuales es posible una valoración comparativa. Esta equivalencia, como ya ha quedado reseñado anteriormente, existe cuando se trata de bienes económicos; en cambio, cuando se trata de daños morales, si consideramos las lesiones a los afectos y sentimientos, resulta que la sensibilidad de cada persona, su capacidad de sufrir, su umbral de dolor, son algo absolutamente individuales, variando de unas personas a otras, en función del temperamento, carácter, personalidad, forma de ver la vida, etc. En todo caso, no puede ser medida con criterios objetivos. No es posible expresar en una suma de dinero el grado de sufrimiento, por lo que podría afirmarse que el daño moral no es resarcible pecuniariamente. Pero, desde mi punto de vista, ello no implica que haya de rechazarse la indemnización, sino todo lo contrario, porque, de alguna forma, el Ordenamiento Jurídico ha de buscar salidas, remedios y soluciones para la reparación de esta clase de daños. Además, en cualquier caso, tampoco resulta fácil evaluar los daños patrimoniales, ya que la indemnización no siempre consigue restaurar el patrimonio a la situación anterior a la producción del daño.

La tesis de que la reparación del daño moral desempeña una función cual es la de dar una satisfacción o compensación a la víctima, al perjudicado, ha sido mantenida por gran número de autores. Se funda esta tesis en que el dolor, el sufrimiento, se sosiegan y eliminan con sentimientos contrapuestos de satisfacción. Un dolor puede compensarse y neutralizarse con una alegría. Esta teoría, no obstante, puede llevar a un equívoco, cual es el de poner directamente la alegría o satisfacción en relación con un sufrimiento padecido con anterioridad, afirmando que dicha satisfacción anula y hace desaparecer a aquél. La sensación agradable, de esta forma, se coloca en un plano distinto al sufrimiento, y sería contrario a la lógica y al sentimiento decir que el dinero es apto para procurar placeres capaces de cancelar y neutralizar el dolor.

A esta objeción cabe oponer que, si realmente el dinero no puede borrar ni hacer desaparecer los sufrimientos, es, a pesar de ello, una satisfacción que se concede a la víctima y que, en cierto modo —y únicamente en cierta medida— le va a compensar de sus sufrimientos o, en otros términos, del daño moral sufrido.

A la reparación pecuniaria del daño moral se le ha asignado la función de pena privada, entendiendo que es un mal que se inflige al que ha causado el daño. En este supuesto, se tienen en cuenta la gravedad de la culpa y la

importancia de la falta cometida. Cuanto más grave sea la falta cometida, más elevada será la cuantía de la pena.

Se ha afirmado, asimismo, que la reparación del daño moral es incapaz de conseguir el fin que toda reparación persigue. Las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral, porque este daño no es de naturaleza pecuniaria. Tradicionalmente —hoy en día no es frecuente—, los Juzgados y Tribunales añadían a la condena pecuniaria una enérgica censura en los Considerandos de la sentencia. Se hacía, así, referencia, con matices de reproche, a la conducta culpable, causante del daño. Lo que es evidente, a todas luces, es que la reparación pecuniaria del daño moral es incapaz de hacer desaparecer el perjuicio sufrido y tampoco es eficaz —del todo— para compensarlo, al no haber equivalencia entre el dolor físico y/o psíquico y el dinero. De cualquier modo, la valoración social puede orientarse en el sentido de reducir a términos pecuniarios bienes que, en otras épocas y ambientes sociales, no eran traducibles en dinero.

Otra objeción que se ha puesto a la reparación del daño moral es la dificultad de comprobar que se ha producido el daño, sobre todo si se piensa en la prueba de los sufrimientos y dolores. Para DÍAZ PAIRO (12), que ha estudiado este tema en profundidad, si todo dolor, o sufrimiento, causado injustamente diera lugar a indemnización, la responsabilidad por daño moral sería fuente de multitud de demandas de indemnizaciones arbitrarias y hasta ridículas.

A pesar de este argumento —que tiene, desde luego, una solidez razonable—, se impone la reparación del daño moral y, en la actualidad, se ha abierto paso en la doctrina jurisprudencial y en la legislación de casi todos los países. De lo contrario, la persona no estaría tutelada por entero. Por eso, es lógico que haya lugar a responsabilidad civil.

En nuestro país, por lo que respecta a la legislación sobre este tema, cabe citar, en sede de daños morales contractuales, el artículo 1.101 del Código Civil, y, en sede de daños extracontractuales, el artículo 1.902 del citado corpus legal.

Sin embargo, hay que objetar que, al tiempo de la redacción de estos preceptos citados civilistas, no se planteaba el problema de la reparación del daño moral, por lo que tales normas fueron redactadas pensando en el supuesto, más frecuente, de que el perjuicio causado fuera de orden pecuniario, tal como puso de relieve GARCÍA GOYENA (13). Es, en cambio, en el artículo 1968.2 del Código Civil donde se vislumbra una orientación favorable a la reparación del daño moral. Dicho precepto regula la acción para exigir la responsabilidad civil por calumnia o injuria, señalando el plazo de pres-

(12) DÍAZ PAIRO, *Teoría general de las obligaciones*, Tomo II.

(13) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, Tomo IV, 1852.

cripción de un año, siendo indudable que el ejercicio de esta acción se encamina, principalmente, a obtener la reparación del daño moral.

La sentencia de 7 de febrero de 1962 mantuvo abiertamente la procedencia de la indemnización pecuniaria del daño moral, con independencia de que se hubieran producido, o no, daños patrimoniales. Ya quedó anteriormente apuntado que ambas clases de daños, por lo que respecta al tema que estoy analizando, se dan en conjunción: daño moral, de un lado, daño patrimonial, de otro.

Hay que tener en cuenta que, para que proceda la reparación del daño moral, éste debe haber sido producido por un acto ilícito, prohibido por el Derecho, por lo que, si el daño moral se produce en el ejercicio normal de un derecho, no hay lugar a la reparación. En consecuencia, se puede resaltar la idea de que el daño moral será indemnizable si se ha producido con abuso de derecho.

La necesidad de establecer límites a la reparación del daño moral se manifiesta de forma más acuciante cuando se piensa en el daño moral por lesión a los sentimientos y afectos. La reparación de estos daños morales no puede ser absoluta o general, porque no todo sentimiento merece que se le conceda indemnización. Por ello, son muchos los sufrimientos que las personas se causan unas a otras y que, sin embargo, deben permanecer jurídicamente irrelevantes.

Para que la reparación del daño moral sea procedente, se exige que el dolor experimentado sea intenso, real y profundo, debiendo ser rechazados los casos superficiales. La sentencia de 17 de febrero de 1956 declaró que los daños de carácter moral que experimentan los parientes más allegados de la víctima son indemnizables en dinero.

Legitimada para exigir la reparación del daño moral es la persona que lo ha sufrido. Pero, cuando se considera el daño moral por lesión a los sentimientos y afectos, resulta más complejo hacer esta determinación, porque el dolor, dados los vínculos de parentesco, afecto y simpatía que unen a las personas, tiende a expandirse, a extenderse y difundirse a un grupo de personas más o menos amplio, de modo que un mismo hecho dañoso puede causar sufrimientos, generar dolor, en un gran número de sujetos.

Legitimada pasivamente, es decir, obligada a la reparación de daño moral es, naturalmente, la persona que lo ha causado.

En materia probatoria, para que el órgano judicial pueda condenar a la reparación del daño moral, es requisito ineludible que el actor demuestre su existencia. Evidentemente, hay conductas que, *per se*, son susceptibles de producir daños morales, como lo es, por ejemplo, y por lo que al tema que me ocupa, el conocimiento de no ser el padre biológico de alguien al que se creía que era hijo.

La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha mostrado partidaria de la necesidad de que quede demostrada la existencia del daño moral. Pero no debe confundirse la prueba de la existencia del daño moral con la prueba

de su cuantía y alcance, porque ambas se rigen por criterios diversos, ya que, para que proceda la condena a indemnizar, basta que se deduzca de la prueba practicada la realidad de los daños, sin que, además, se requiera que se demuestre su cuantía exacta y precisa. La valoración del daño moral y la fijación de la cuantía de la indemnización debe hacerse por el órgano judicial con arreglo a la equidad. En cuanto a los elementos de juicio que el Juez debe tomar en consideración para efectuar la liquidación, es necesario combinar varios criterios.

El primer criterio responde a la idea de que la indemnización que se conceda proporcione al perjudicado las satisfacciones y bienes idóneos para compensar el dolor sufrido, aunque sea imposible, como ya apunté, determinar, en forma cuantitativa, los dolores y sufrimientos de la persona.

El segundo elemento de valoración es el hecho de que el Juez ha de tener en cuenta la condición económica de las partes y, muy en especial, de la persona perjudicada.

En tercer lugar, debe atenderse a la mayor, o menor, gravedad de la culpa y, finalmente, tomar en consideración la gravedad del daño causado, la intensidad e importancia de los dolores padecidos y el sufrimiento moral experimentado como consecuencia de esos daños.

Cabría, por fin, preguntarse, si es posible llegar a una valoración objetiva y uniforme del daño moral. En este sentido, la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en materia de liquidación del daño moral, ha establecido que su valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva —sentencia de 19 de mayo de 1934—, por lo que corresponde hacerla al Juzgador, pero conforme a las exigencias de la equidad, según las sentencias de 7 de noviembre de 1919 y 24 de mayo de 1947, debiendo tener en cuenta las circunstancias de la persona perjudicada, su edad y su posición social —sentencias de 6 de diciembre de 1912, 10 de julio de 1928 y 19 de mayo de 1934—, así como la gravedad del perjuicio sufrido y de la conducta —sentencia de 7 de noviembre de 1919—.

Con respecto a la segunda sentencia que he citado anteriormente, la dictada el 30 de julio de 1999, también del Tribunal Supremo, lo primero que hay que resaltar es que se basó en unos hechos parecidos a los ya citados, aunque diferentes, porque, en este supuesto, fue la esposa precisamente la que impugnó la paternidad de los dos hijos del matrimonio, tras haberse producido la crisis matrimonial, declarándose progenitor de los hijos menores a un tercero. El marido, por su parte, interpuso una demanda en concepto de daños patrimoniales y morales —no tienen por qué excluirse mutuamente, porque un daño patrimonial es generador, en muchas ocasiones, de un daño moral—, argumentando, en el recurso de casación, que la violación del deber de fidelidad implicaba un rescimiento y, como este deber es consecuencia del contrato matrimonial, debería aplicarse el artículo 1.101 del Código Civil.

La respuesta del Tribunal Supremo a esta argumentación no fue tampoco demasiado brillante ni clarificadora. Efectivamente; el Supremo reconoció que el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil —deber de fidelidad, entre otros— era merecedor de un innegable reproche ético-social, reproche que el Alto Tribunal entendía que se acentuaba aún más en aquellos supuestos que afectaban al deber de fidelidad —con lo cual estaba reconociendo su indudable carácter vinculante—, cuya consecuencia jurídica, contemplada en la anterior legislación sustantiva, era la de estimar la ruptura del matrimonio, como una de las causas de separación matrimonial del artículo 82 —hoy sin contenido—, pero sin asignar, en contra del cónyuge infractor de ese deber, efectos económicos, los que, de ningún modo, a juicio del Tribunal, es posible comprenderlos dentro del caso de la pensión compensatoria. En el mismo sentido, razonaba el Supremo que no es posible comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1.101 del Código Civil —en sede de responsabilidad contractual—, por más que se estimen contractuales estos deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, ya que admitir lo contrario equivaldría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar. Y ello, añadido yo, sería contraproducente para el fin pretendido y supondría, asimismo, recargar muchísimo el enorme trabajo que ya de por sí tienen —y sufren— los Juzgados de Familia y Juzgados de Primera Instancia de las diversas ciudades españolas.

Si nos detenemos, de nuevo, en estas dos sentencias del Tribunal Supremo, resoluciones que han hecho historia y han sentado un precedente importante en la materia tratada en este trabajo, observamos que ambas sentencias tienen unas características comunes, pero ambas discrepan, también, en lo esencial. En la sentencia de 22 de julio de 1999, el argumento para fundamentar el recurso de casación, fue la mala fe de la esposa, mala fe que no quedó acreditada fehacientemente, por lo que quedó rechazada la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil. Sin embargo, este precepto, como ya he tenido ocasión de exponer anteriormente, no exige el dolo para su aplicación y para la imposición de la obligación indemnizatoria. Simplemente, el precepto se refiere al que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia. No se refiere al dolo, a la mala fe. Basta la culpa, o, en su caso, la negligencia. La culpa va a configurarse, por consiguiente, como título de imputación, pero, tal como ha apuntado Encarna ROCA TRÍAS, ni siquiera la existencia de culpa se considera elemento esencial para imponer al causante del daño la obligación indemnizatoria. El argumento del Supremo, al excluir el resarcimiento por la no concurrencia de dolo, es ciertamente débil, a no ser que hubiera considerado, a juicio de esta jurista que, teniendo en cuenta que el supuesto por el que se reclamaba la indemnización quedaba inserto en las relaciones familiares a las que no se aplica, sin más, el artícu-

lo 1.902 del Código Civil: si se hubiere requerido un plus adicional, como el dolo, el argumento hubiera sido igualmente discutible, aunque hubiera tenido un mayor peso.

Veamos el argumento jurídico del Tribunal Supremo en la segunda sentencia citada, la dictada el 30 de julio de 1999: aquí, el Alto Tribunal hizo una diferenciación —o separación, o distinción clara— entre el incumplimiento, o los incumplimientos, de los deberes del matrimonio, a los que estimó como causas de separación conyugal, y la indemnización propiamente dicha. Es decir; el incumplimiento del deber de fidelidad conyugal, en el supuesto de autos, no constituye un supuesto de responsabilidad contractual, tal como declaró el recurso de casación, sino únicamente causal de separación.

La argumentación, como puede observarse, es muy débil y parca, y hay que hacer hincapié en ello, porque lo que demuestra esta resolución, en definitiva, es, en primer lugar, que el recurso estaba mal planteado por la parte recurrente, mal enfocado, en cuanto reclamaba una indemnización por daños contractuales, daños que, en el seno de las relaciones familiares, entre cónyuges, no estaban previamente establecidos. Otra cosa sería haber planteado el recurso en función del daño moral que el presunto progenitor —que, más tarde, resultó que no lo era—, había sufrido.

Encauzada, desde este punto de vista, la problemática que plantean las demandas que, en este sentido, pudieran, de cara al futuro, producirse, me interesa resaltar una sentencia, bastante reciente, que fue dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, y en la que, efectivamente, se solicitó la indemnización por daños morales, planteando la demanda el marido al descubrir que uno de los hijos nacidos durante su matrimonio no era suyo. En Primera Instancia, el Juzgado de Valencia estimó parcialmente la demanda, condenando a la demanda a hacer pago al demandante de la cantidad de 100.000 euros, y absolviendo del resto de pedimentos.

Contra esta sentencia, y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación. Veamos los Fundamentos de Derecho de esta sentencia.

El recurso se formuló por la parte demandada contra la sentencia que estimó, en parte, la demanda de juicio ordinario instada en reclamación de cantidad por los daños morales, derivados de la situación de depresión, ansiedad y otras dolencias físicas que el actor sufrió al descubrir que el último hijo que tuvo constante matrimonio con la primera, no era suyo, con una sensación de pérdida asimilable a la muerte de éste.

Se funda en que tal resolución incurre en una errónea valoración de las pruebas y en la aplicación del Derecho, resumida en los siguientes extremos:

1.º La jurisprudencia del Tribunal es unánime en la no concesión de indemnización alguna derivada de la infidelidad conyugal, ni por la vía del ar-

título 1.902 del Código Civil —vía extracontractual—, ni por la vía del artículo 1.101 del citado corpus legal —vía contractual—.

2.º De aplicar estas normas, no hubo, según la demandada, ni el dolo, ni la negligencia que exigen, pues no hubo conocimiento, ni ocultación de la no paternidad de su esposo en relación con su tercer hijo, hasta que, en febrero de 2005, manifestadas ya las dudas del presunto progenitor en el proceso de separación instado tras el verano de 2004, a instancias del mismo se hicieron las pruebas biológicas que así lo confirmaron, siendo los únicos que alegaron ese conocimiento previo los testigos tachados por su parte al ser la ex esposa y el hijo del progenitor, y otros amigos y familia de su ex cónyuge, y que sólo conocen el hecho por referencias.

3.º No se ha probado por las periciales médicas de contrario que la depresión, ansiedad y demás enfermedades físicas —la dicción correcta sería haber empleado el término «psíquicas», o, en todo caso, «psicosomáticas»— en las que se basa la indemnización, objeto de la demanda, sean por el hecho citado, ni si existencia se ha probado tampoco, al no haber sufrido el presunto progenitor baja laboral. En idéntico sentido, la ex esposa adujo que la indemnización reclamada, 100.000 euros, era desproporcionada.

La Sala puso de relieve que la demandada, casada con el actor, tuvo su tercer hijo el 18 de febrero de 2004, fruto de la relación extramatrimonial que mantenía con D. J. M., pero inscribiéndole en el Registro Civil como hijo de su marido.

La situación matrimonial de las partes, antes del embarazo, ya estaba deteriorada, y fue a más por las sospechas del actor de esas relaciones y de sus propias dudas acerca de su paternidad. Ambos cónyuges pasaron el verano de 2004 separados e instando el proceso de separación tras él.

D. J. M. no negó a la testigo D. S., como declaró ésta en el juicio, los rumores, ni su relación con la demandada, manifestando incluso su deseo de convivir con ella, ni que el tercer hijo que ésta esperaba no fuera de ambos, siendo tal deponente religiosa del colegio donde ambas prestaban sus servicios profesionales, mereciendo especial valoración precisamente por esa cualidad, frente a los testimonios en igual sentido y con certeza de esa paternidad de la esposa e hijo común del primero, con la obvia relación deteriorada por aquel hecho, al margen de su tacha, irrelevante por admitir ese vínculo en su interrogatorio, y frente a los de otros parientes y amigos del actor, aunque, por otro lado, sólo los que lo sean de las partes podían saberlo y, en lo expuesto, tal relación sentimental y paternidad conocida en el ámbito extramatrimonial son contestes y únicos propuestos los del accionante.

La sentencia de separación se dictó el 4 de febrero de 2005 y, en ese proceso, ya el actor mostró sus dudas sobre su paternidad sobre ese tercer hijo, pese a lo cual se fijaron alimentos a favor del mismo, habiendo instado

las pruebas de paternidad en el mes de enero anterior, a raíz de cuyo resultado negativo y de la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2005 en otro proceso de impugnación de la paternidad, al que se allanó la demandada, se le devolvieron aquéllos.

A un tiempo, constantes los citados hechos controvertidos, el actor se encontraba preparando unas Oposiciones de Secundaria, que las ganó, cambiando entonces su situación laboral, ya que pasó de ser concejal —cargo político— a profesor de Enseñanza Secundaria, y medió su separación, su proceso de divorcio y de nulidad eclesiástica y la asignación de domicilio conyugal a su esposa.

En diciembre de 2004, el mismo actor acudió a la consulta de un médico, siguiendo tratamiento psicológico, tal como se acredita con los informes oportunos, siendo tratado por ansiedad, depresión, trastornos del sueño, cuadro gástrico con brote ulceroso y prurito en tronco y extremidades, dolencias que precisaron de una serie de medicamentos, como Tranquimazin, Atarax y Omeprazol, patologías que continuaron su curso, y subsistentes, durante el siguiente año e inicio de 2006, con altibajos de mejoría y empeoramiento, y derivadas, según los peritos —que se ratificaron, asimismo, en su declaración pericial, con examen del paciente, frente al aportado de contrario, que no lo hizo y las niega— del duelo de pérdida de un hijo, de cuya pérdida nunca se recuperará, por las dudas previas al respecto de su paternidad y por la ruptura matrimonial, aunque por estos motivos nunca haya estado de baja laboral.

La Sala, valorando la resultancia probatoria a la luz de las normas y de la doctrina aplicables, llegó a las siguientes consideraciones:

1.º La Sala se remite a una sentencia de 2 de noviembre de 2004 —citada en la demanda, y dictada en un supuesto semejante al de autos—, para razonar que la infidelidad conyugal no es indemnizable, acogiendo la doctrina mantenida por las sentencias del Tribunal Supremo, ya citadas anteriormente, de 22 de julio y 30 de julio de 1999, que especificaron que el daño moral generado en uno de los cónyuges, por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de ruptura del vínculo conyugal.

2.º Otra faceta, diversa a la anterior, es la de procreación de los hijos, de tres hijos, en este supuesto. En este extremo, la Sala razona afirmando que comparte el criterio del Juzgador de Instancia respecto a la negligencia de los demandados en sus relaciones íntimas, no estimando que actuaran de forma dolosa e intencional, para generar un daño al demandante, al engendrar tres hijos. La demandada invocó que empleaban anticonceptivos, pero que desconocían su ineficacia, extremos éstos que la Sala rechaza, porque estimó probados que los demandados conocieron de forma inmediata que el marido de

la progenitora no era el padre de uno de los hijos y, por tanto, que los medios anticonceptivos utilizados no eran seguros.

3.º La tercera faceta, el ocultamiento de la paternidad, es vista por la Sala en abierta discrepancia con el criterio mantenido por la sentencia de instancia, en el sentido de que la conducta de los demandados fue dolosa, «suponiendo un plus en el elemento subjetivo del hecho enjuiciado», con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2002.

Y, para desarrollar este último extremo, la Sala parte de la sentencia —tantas veces citada— del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 1999, interpretada *a sensu contrario*, porque alude a que «no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a D. M., lo que permite concluir a la Sala que sí sería aplicable el artículo 1.902 del Código Civil, y procedería reparar el daño causado si se acreditara una actuación dolosa.

La Sala, efectivamente, parte, en este extremo tan importante, de tomar en consideración la aparición progresiva, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, de excepciones a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales y que, entre tales excepciones, pueden destacarse la exclusión de los daños dolosos. En esta corriente, la Sala hace referencia al Tribunal Supremo alemán, cuya doctrina ha reconocido, excepcionalmente, el derecho a ser indemnizado por causación dolosa de daños contra *bonos mores*, pero cuando el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso de que se haya engañado al marido sobre su paternidad, estimando que se trataría de un hecho generador de responsabilidad extracontractual y que obligaría a reparar el daño causado.

La Sala entra en la valoración de la prueba practicada y estima acreditado que, si bien los demandados no buscaron a propósito la procreación de los tres hijos, sí conocieron, desde el primer momento, que los mismos eran hijos del demandado, ocultando esta realidad al demandante, conclusión que se alcanza a través de los testimonios. Pese a ello, los demandados permitieron que los menores fueran inscritos en el Registro Civil como hijos del demandante —marido de la madre y presunto progenitor al haber sido concebidos los hijos constante matrimonio—, y que pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitieron con los tres niños y que han mantenido desde 1996 hasta octubre de 2002. En este actuar consciente —y permanente, habría que decir—, la Sala estima que radica el dolo de los demandados, que ha generado, al romperse el vínculo afectivo que nació entre los menores y el demandante, el propio de una relación paterno-filial, un daño moral que debe ser resarcido.

Por su parte, los demandados invocan que, desde un punto de vista formal y objetivo, sólo se ha destruido la apariencia de una paternidad biológica, pudiendo subsistir la afectiva, pero la Sala, obviamente, analiza en profundo la situación generada por este comportamiento omisivo de los demandados y estima que no se puede prescindir del normal desarrollo de las relaciones afectivas y sociales, pudiendo mantenerse, tan sólo como mera hipótesis, sin alteración alguna las relaciones del demandante con unos menores que no son sus hijos biológicos. Pero, como declara la Sentencia con gran acierto, la realidad lleva a otra conclusión muy distinta, es decir, a la imposibilidad psicológica y social de que ello ocurra, al menos hasta que todos los implicados, incluidos los menores, superen el impacto emocional que la situación ha generado, pero que, en todo caso, no alteraría lo ya padecido.

La Sala estimó, en consecuencia, probado que los demandados habían actuado de forma negligente en la concepción de los hijos, además de dolosa en la ocultación al actor de su no paternidad, y que el posterior conocimiento de la verdad ha sido el desencadenante de un daño al actor que debe ser resarcido, por lo que la Sala entró a realizar unas consideraciones y valoraciones respecto al daño moral, a los efectos de determinar si la situación vivida por el demandante podía, efectivamente, encuadrarse en dicho concepto.

La Sala estima que hubo negligencia por parte de la demandada —progenitora—, y dolo, porque ocultó a su esposo su no paternidad, un hecho que conocía, según los testimonios aportados en el proceso, y permitió, asimismo, que los menores fueran inscritos en el Registro Civil como hijos biológicos de su esposo, a pesar de las dudas que debía albergar, y las propias manifestaciones que su esposo, en este sentido, llevó a cabo.

Igualmente, permitió que se le asignaran alimentos a los hijos en la sentencia de separación durante su tramitación en primera y segunda instancia, y pese a la denuncia de ello por el marido, y que instara éste un proceso de impugnación de la paternidad, admitiendo inexistente ésta solamente tras la realización de las pertinentes pruebas biológicas llevadas a cabo.

La Sala estima que la consecuencia procedente, en este supuesto, no es otra que la indemnización, la obligación indemnizatoria, y por el concepto reclamado de daño moral, con cita de la sentencia de 2 de noviembre de 2004, al señalar: «estimamos adecuado realizar un examen sobre la consideración del daño moral, a los efectos de determinar si la situación vivida por el demandante puede encuadrarse en dicho concepto. Sobre esta materia consideramos necesario hacer hincapié en la doctrina emanada del Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 9 de diciembre de 2003, en la que se indica: “Nuestro Código Civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1.107 impone el resarcimiento de ‘todos’ y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo

—que ha de estudiarse conjuntamente con el tercero por infracción de los arts. 1.101 y 1.106 del Código Civil— la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas sentencias de 6 de diciembre de 1912 y de 19 de diciembre de 1949, declarando que si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, cuando efectivamente han concurrido (sentencias de 3 de junio de 1991, 3 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 19 de octubre de 2000) y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo e ilegal de otro. En términos generales, como de manera exhaustiva analiza la sentencia de 22 de febrero de 2001, el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece...”

2.º Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre, que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado, temporal o definitivamente, de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones o por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa, y de más parientes, o incluso, a veces, por relaciones de propia amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudoparentales...»

La Sala estimó que había quedado probado, partiendo de los dos informes periciales citados, el padecimiento que el demandante había sufrido como consecuencia del conocimiento de la no paternidad de los tres menores, que él creía que eran hijos biológicos suyos, y la pérdida de su contacto, así como de los lazos afectivos que mantenía con ellos, lo cual, según los facultativos que depusieron en el correspondiente proceso judicial, genera un sufrimiento que puede ser incluso superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida.

Añade la Sala que a esta Jurisprudencia ya citada, cabe añadir la relativa a que, si bien, como toda indemnización, el daño moral ha de ser probado por quien lo reclama, por mor del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, cuando, sin embargo, emane de un daño material —según la sentencia de 19 de octubre de 1996—, o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, o cuando

depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad —sentencias de 15 de febrero de 1994, 11 de marzo de 2000—, no es exigible una concreta actividad probatoria.

La doctrina de la denominada *in re ipsa loquitur* quiere decir que «la cosa habla por sí misma», o «la situación dice mucho en sí misma», si me atengo a una traducción que no tiene por qué ser literal. En el supuesto de autos comentado, es evidente que «la cosa habla por sí misma»: el engaño sufrido por el presunto padre biológico —que, luego, resultó no serlo—, generó, efectivamente, un daño moral indiscutible, porque la relación que mantenía con los menores era la propia de un progenitor con sus hijos. Una vez descubierta esta falsedad, es obvio que las consecuencias fueron: depresión, ansiedad, sentimiento de frustración y de pérdida de los hijos, y todo ello sin poder asimilar el duelo.

La Sala estimó que, aunque los trastornos físicos y psíquicos del actor no le produjeron baja laboral y pudieron obedecer no sólo al duelo de pérdida de un hijo, de lo que nunca se recuperará, sino a los otros factores, también citados, como el cambio de su cargo político de concejal a profesor de enseñanza secundaria, su separación, su proceso de divorcio y de nulidad eclesiástica, la asignación de domicilio conyugal a su esposa, y todo ello dentro del marco de sus fuertes creencias religiosas, por lo que, lógicamente, su situación depresiva derivó del dolor inferido al sufrimiento, tristeza, desazón e inquietud, lo que, evidentemente, constituye un daño moral, además de notorio en sí, digno de ser resarcido o, de alguna forma, compensado.

La Sala, no obstante, estimó que había transcurrido un escaso tiempo de convivencia del actor con el menor, así como que aquél estaba convencido, desde su nacimiento, de que no era hijo biológico suyo, e igualmente fue escasa la duración del proceso que tuvo lugar hasta tener la completa certeza de ello —el menor nació en febrero de 2004 y un año más tarde ya el actor sabía que no era hijo biológico suyo—. En consecuencia, la cuantía de la indemnización estimó que no se podía fijar en los 100.000 euros reclamados y que señala la resolución apelada, cantidad ésta que fue fijada en la sentencia, también citada, de 2 de noviembre de 2004, pero, en aquel supuesto, los hijos cuya paternidad se había ocultado al demandante de esa litis y todos con una mayor edad y consecuente relación paterno-filial.

En conclusión, a la vista de los planteamientos realizados, de la doctrina y de la jurisprudencia, se puede llegar a afirmar que, en la actualidad, no hay por qué excluir las acciones de responsabilidad civil por daños ocasionados en el seno de las relaciones conyugales, ya que las relaciones familiares no tienen por qué llevar aparejada una inmunidad correlativa.

RESUMEN

INDEMNIZACIONES. CÓNYUGES Y EX
CÓNYUGES

La problemática que plantea el tema de las reclamaciones e indemnizaciones entre cónyuges y ex cónyuges es una de las más apasionantes y polémicas que presenta, en la actualidad, en nuestro país, el Derecho de Familia. Será la doctrina jurisprudencial la que vaya perfilando este tema. La autora, especializada en los problemas del derecho de familia, aborda la cuestión abogando por la concesión de indemnizaciones entre esposos y ex esposos, cuando se ha producido un daño a uno de los consortes frente al otro. Poco a poco, aunque con ciertas reticencias y timidez, se va abriendo paso la idea de que también en el seno de la comunidad familiar se deben dar lugar a indemnizaciones, superando así un viejo prejuicio.

ABSTRACT

INDEMNITIES. SPOUSES OR EX-
SPOUSES

One of the topics that is currently arousing the most passions and debate in Spanish family law is that of the problems posed by claims and indemnities amongst spouses or ex-spouses. It will be case-law that eventually firms up the guidelines. The author, a specialist in family law problems, tackles the question by advocating the awarding of indemnities amongst spouses and ex-spouses when there have been damages inflicted on one of the spouses vis-à-vis the other spouse. Although progress is being made a little reticently and shyly, the idea that indemnities can be claimed for what goes on in the family community as well is gaining ground bit by bit, thus overthrowing an old prejudice.

*(Trabajo recibido el 07-07-08 y aceptado
para su publicación el 10-07-09)*

DICTÁMENES Y NOTAS

Los supuestos especiales de tramitación y adjudicación de fincas en la reparcelación y la problemática relativa a las fincas y aprovechamientos de origen

por

Dra. CAROLINA DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universitat de València

SUMARIO

- I. CONSIDERACIÓN GENERAL.
- II. INMATRICULACIÓN, RECTIFICACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN REGISTRAL Y FORMACIÓN DE LAS FINCAS DE ORIGEN.
 1. INMATRICULACIÓN DE FINCAS DE ORIGEN.
 2. RECTIFICACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS FINCAS DE ORIGEN.
 3. FORMACIÓN DE LAS FINCAS DE ORIGEN.
- III. REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO SOBRE LAS FINCAS DE ORIGEN.
 1. SUPUESTO EN EL QUE LOS TÍTULOS PÚBLICOS INTERMEDIOS TAN SÓLO ESTUVIEREN PENDIENTES DE INSCRIPCIÓN.
 2. SUPUESTO EN EL QUE LA INSCRIPCIÓN CONTRADICTORIA TENGA MÁS DE TREINTA AÑOS DE ANTIGÜEDAD.
 3. SUPUESTO EN EL QUE LA INSCRIPCIÓN CONTRADICTORIA TENGA TREINTA AÑOS O MENOS DE ANTIGÜEDAD.
 4. OTRAS CONSIDERACIONES EN ORDEN A LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO SOBRE LAS FINCAS DE ORIGEN.
- IV. SUPUESTO DE DOBLE INMATRICULACIÓN DE LAS FINCAS DE ORIGEN.

- V. SUPUESTO DE FINCAS DE TITULARIDAD DESCONOCIDA O CUYO TITULAR SE ENCUENTRE EN IGNORADO PARADERO.
- VI. SUPUESTO FINCAS DE ORIGEN DE TITULARIDAD CONTROVERTIDA. TITULARIDAD CONTROVERTIDA, LITIGIOSA Y DUDOSA EN LOS PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 103.4 DEL REGLAMENTO DE GESTIÓN URBANÍSTICA Y 10.3 DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO.
 - 1. SUPUESTO DE DISCREPANCIA ENTRE LOS TÍTULOS Y LA REALIDAD FÍSICA DE LAS FINCAS.
 - 2. SUPUESTO DE CONTROVERSIA EN LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS.
 - 3. LA DISPOSICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 10.3 DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO, Y EL ALCANCE DE LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 103.4 DEL REGLAMENTO DE GESTIÓN URBANÍSTICA. LA DISTINCIÓN ENTRE TITULARIDAD DUDOSA, LITIGIOSA Y CONTROVERTIDA.
- VII. RÉGIMEN DE LAS TITULARIDADES LIMITADAS Y DE LOS DERECHOS Y GRAVÁMENES INSCRITOS SOBRE LAS FINCAS DE ORIGEN.
 - 1. TITULARIDADES, DERECHOS REALES Y CARGAS INCOMPATIBLES CON LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA.
 - 2. TITULARIDADES, DERECHOS REALES Y CARGAS COMPATIBLES CON LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA.
 - 3. IMPOSIBLE SUBSISTENCIA DE DETERMINADOS DERECHOS Y CARGAS COMPATIBLES CON LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA.
- VIII. EL SUPUESTO ESPECIAL DE LAS FINCAS EDIFICADAS.
- IX. CONCLUSIONES.
- X. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

La materialización de los planes urbanísticos encuentra un escollo importante cuando, en los proyectos de reparcelación, las fincas de aportación presentan situaciones especiales, anómalas o incluso patológicas registrales, que en la práctica dificultan las operaciones de equidistribución por cuanto que, en tales casos, las normas del Derecho Privado resultan habitualmente insuficientes para resolver, de manera definitiva y en el momento en que se producen, las situaciones (conflictuales o no) planteadas, lo que impone acudir al recurso de la solución ofrecida por el Tribunal competente (la jurisdicción civil) cuya cadencia resolutoria a menudo entra en contraste necesario con la inveterada agilidad que reclama el ritmo del proceso urbanístico. Con el propósito de ofrecer vías de solución que, sin prejuzgar la definitiva situación consolidada judicialmente, permitan el avance en la ejecución urbanística, el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hi-

potecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en adelante, RD 1093/1997), establece normas específicas, en función de cada uno de los supuestos en él considerados, que permiten la consolidación física de las fincas de resultado (y con ello la culminación del proceso urbanístico), sin perjuicio de que la determinación última de las titularidades correspondientes a las mismas pueda quedar pendiente de una ulterior declaración judicial. Tal situación de pendencia determina en ocasiones la configuración de unas titularidades que participan de la misma consideración, en definitiva de situaciones jurídicas pendientes por presentarse con un titular determinado —o indeterminado— provisionalmente, cuya concreción se producirá más adelante, pero sin que tal circunstancia frene la velocidad del proceso de urbanización. En efecto, el artículo 10 del RD 1093/1997, de 4 de julio, declara en su encabezamiento: *«Cuando la finca incluida en el proyecto de equidistribución hubiere sido objeto de doble inmatriculación, resultare ser de titular desconocido o registralmente constare que su titularidad es controvertida, se aplicarán las siguientes reglas: ...»*. En este orden de cosas, por su parte, el artículo 103 del Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por RD 3288/1978, de 25 de agosto (en adelante, Reglamento de Gestión Urbanística), diferencia según que la discordancia se produzca entre las titularidades y la realidad física de los inmuebles, o únicamente en el ámbito de las titularidades de los derechos que, en tales situaciones, se presentan enfrentadas. Y, en tal sentido, establece: *«En caso de discordancia entre los títulos y la realidad física de las fincas, prevalecerá ésta sobre aquéllos en el expediente de reparcelación»* (art. 103.3), aunque *«las cuestiones de linderos podrán resolverse en el propio expediente de reparcelación, si media la conformidad de los interesados, acreditada mediante la comparecencia o en cualquier otra forma fehaciente»* (art. 103.5). Pero: *«Si la discrepancia se plantea en el orden de la titularidad de los derechos, la resolución definitiva corresponde a los Tribunales ordinarios. El proyecto de reparcelación se limitará, en tal caso, a calificar la titularidad de dudosa o litigiosa, según proceda. La Administración actuante asumirá la representación de los derechos e intereses de esas titularidades a efectos de la tramitación del expediente. Los gastos que sean imputables a las titularidades referidas podrán hacerse efectivos por la vía de apremio en caso de impago»* (art. 103.4).

Pero el repertorio de cuestiones de interés que la ordenación urbanística plantea en relación con los inmuebles de partida no se agota con la indicación expuesta. En otro orden de consideraciones, de otro lado, el artículo 8.1 del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (en adelante, RD Legislativo 2/2008) declara como facultad incluida en el derecho de propiedad del suelo: «c) La de par-

ticipar en la ejecución de las actuaciones de urbanización a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 14 (1), en un régimen de *equitativa distribución de beneficios y cargas* entre todos los propietarios afectados *en proporción a su aportación*» (subrayado por mí). Esta idea del reparto equitativo entre los propietarios de los beneficios y cargas derivados de la actuación urbanística en proporción a sus *aportaciones* se repite en algunos otros preceptos que integran el articulado de la vigente normativa estatal (2). Pues bien, con el propósito de alcanzar un efectivo cumplimiento del mandato legal en orden a la distribución de los beneficios y cargas entre los propietarios, en todo caso proporcional a sus aportaciones, resulta de todo punto necesario que las referidas aportaciones consten determinadas con la mayor precisión posible. En definitiva, se trata de que las fincas afectadas por la actuación urbanística, incluidas por tanto en la unidad de ejecución, no planteen dudas en orden a la determinación de su realidad tanto física como jurídica. Tal exigencia comporta la verificación, en el procedimiento de equidistribución, de las correcciones que resulten pertinentes para que los datos registrales de las fincas de aportación se adecúen a la realidad extrarregistral de las mismas, tanto en su dimensión física como en la jurídica. Únicamente de esta manera la ejecución del proyecto de equidistribución culminará su pretensión final en la que, como medio necesario para esa tan reiterada distribución justa de beneficios y cargas, resulta imprescindible la subsanación de las desigualdades existentes entre los titulares de los diversos derechos reales afectados por el mismo. Precisamente, como corolario de lo anteceden- temente expuesto, el artículo 54.5 del RD Legislativo 2/2008 declara que «el

(1) El artículo 14.1 del RD Legislativo 2/2008 dispone lo que, a los efectos de la norma, se entiende por actuaciones de transformación urbanística, entre las que se comprenden: «a) *Las actuaciones de urbanización, que incluyen: 1) Las de nueva urbanización, que suponen el paso de un ámbito de suelo de la situación de suelo rural a la de urbanizado para crear, junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente y conectadas funcionalmente con la red de los servicios exigidos por la ordenación territorial y urbanística. 2) Las que tengan por objeto reformar o renovar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado*».

(2) Cfr. artículos 18.1, 27.1, 28 y 54.5 del RD Legislativo 2/2008. E igualmente afecta a la Administración Pública respecto de los inmuebles por ella adquiridos a título oneroso e incluidos en la unidad de actuación o afectados por ésta y, en este sentido conviene tener presente la disposición contenida en el artículo 190 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, por cuya virtud: «Cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística» (subrayado por mí).

título en cuya virtud se inscribe el proyecto de distribución de beneficios y cargas será suficiente para la modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones registrales, inmatriculación de fincas o de excesos de cabida, reanudación del tracto sucesivo, y para la cancelación de derechos reales incompatibles, en la forma que reglamentariamente se determine». Desde su inclusión en el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992 (art. 310.5), el precepto transcrito planteaba algunos problemas interpretativos respecto de cuestiones que, no obstante, venían suscitándose incluso antes de la entrada en vigor de dicha norma. Así por ejemplo, por una parte, el de concretar si la corrección de las posibles situaciones de inexactitud o discordancia entre los títulos debía materializarse respecto de las fincas de origen o, diversamente, procedía su verificación directamente sobre las fincas de adjudicación surgidas como efecto del replanteamiento de la titularidad dominical (3); lo que de conformidad con la doctrina más autorizada debe resolverse en el sentido de considerar que las rectificaciones se tienen que materializar sobre las fincas de origen (4). De otro lado, también se cuestionaba si la norma, con su referencia al «*título en cuya virtud se inscribe el proyecto*», otorgaba virtualidad en orden a la corrección de las situaciones registrales al *título en sentido formal* (5); en este sentido, parece evidente que úni-

(3) Cfr. ARNÁIZ EGUREN, R., *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1995, pág. 234.

(4) Al respecto, GARCÍA GARCÍA, J. M., «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril de 1985, núm. 565, págs. 1401-1402, con destacada antelación al planteamiento de la cuestión suscitada en la consideración de la norma, ya señalaba que: «aunque el título de reparcelación sigue siendo *inmatriculador* por aplicación de esta característica que le asigna el Reglamento de Reparcelaciones (art. 28.8), cabría plantear si no será más adecuado inscribir directamente las nuevas fincas resultantes en base a tal título inmatriculador, en lugar de dar el rodeo de inscribir previamente las fincas antiguas y luego cancelarlas e inscribir las nuevas por subrogación real. No obstante, en base a la idea de la subrogación real, estimo más adecuado practicar previamente la inmatriculación de la finca antigua y seguidamente cancelar su hoja registral y abrir la que corresponda a la nueva finca que la haya sustituido». Con precisa referencia a la situación posterior, ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Madrid, 1999, pág. 117, al comentar el artículo 103.4 del RGU, señala que el precepto «está pensando en la técnica antigua, es decir, en el sistema en el que las discordancias registrales se resolvían en la inscripción de las fincas de resultado. *En el que ahora se establece, la controversia debe hacerse constar en la finca de origen*» (subrayado por mí).

(5) Título formal (o título inscribible) es el documento en que se consigna un acto susceptible de inscripción. Al mismo se refiere el artículo 52 del RD Legislativo 2/2008, en los siguientes términos: «*Salvo los casos en que la legislación establezca otra cosa, los actos a que se refiere el artículo anterior podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa expedida por el órgano urbanístico actuante, en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo*». El contenido de este precepto (anteriormente recogido en el art. 308 del RD Legislativo 1/1992) aparece desarrollado por el artículo 2 del RD 1093/1997. En este punto, viene siendo doc-

camente el *título en sentido material* (6) resulta idóneo para la realización de las rectificaciones.

Sentado cuanto antecede, de entrada, con el claro propósito de solucionar las dudas interpretativas y dificultades reales planteadas por las situaciones y cuestiones anteriormente descritas, se localizan los artículos 8, 9 y 10 del RD 1093/1997 que, en desarrollo de la norma ahora contenida en el artículo 54.5 del RD Legislativo 2/2008 (antes 310.5 TRLS de 1992), ofrecen inicialmente dos importantes conclusiones. Por una parte, expresamente refieren las indicadas rectificaciones a las fincas de aportación, en tanto que, por otra, consideran título suficiente para verificarlas «*la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución*» (7). Además, los artículos 11 y 12 del RD 1093/1997 regulan la cuestión relativa al régimen de las titularidades limitadas y de los derechos y gravámenes inscritos sobre las fincas de origen, materia que también suscita aspectos de interés en el ámbito que nos ocupa. Sin que, por otra parte, se deba descuidar la problemática en torno al supuesto especial de las fincas edificadas, al que se refieren los artículos 89 y 90 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Pues bien, a la consideración de las indicadas situaciones y su problemática más destacada dedico las siguientes páginas.

trina común interpretar que el título formal que recoge el acto inscribible viene determinado por la naturaleza de éste, de lo que resulta que la certificación administrativa es el título formal adecuado para los actos administrativos, pero no para las resoluciones judiciales ni para los negocios jurídicos civiles, que deberán constar, respectivamente, en los correspondientes documentos judiciales o notariales, considerando que la excepción que se contiene al inicio del transcrito artículo 52 se refiere a los actos administrativos (cfr. PAREJO GÁMIR, R., «Perspectivas notariales en la nueva Ley del Suelo», en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, pág. 210, y, en el mismo sentido, ARNÁIZ EGUREN, R., *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 147). El criterio expuesto resulta conforme con el contenido del artículo 3 de la LH, que dispone el argumento de la necesidad de la documentación pública de los actos que pretenden ingresar en el Registro de la Propiedad, así como la categoría documental que a cada uno corresponde.

(6) Al respecto, el artículo 51 del RD Legislativo 2/2008 enumera los actos jurídicos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, y el artículo 1 del RD 1093/1997 recoge igualmente dicha enumeración, con el claro propósito de concretar y corregir, en determinados aspectos, los defectos sistemáticos de la norma del actual artículo 51 del RD Legislativo 2/2008, cuyo contenido se corresponde con el del artículo 307 del TRLS de 1992. Con precisa referencia a esta materia, cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., «Actos inscribibles en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo», en *Actualidad Administrativa*, núm. 14, quincena del 16 al 31 de julio de 2009, tomo 2, Ed. La Ley, págs. 1619-1642.

(7) Cfr., al respecto, artículo 7.2 y 3 del RD 1093/1997.

II. INMATRICULACIÓN, RECTIFICACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN REGISTRAL Y FORMACIÓN DE LAS FINCAS DE ORIGEN

Las tres situaciones indicadas son objeto de regulación en el artículo 8 del RD 1093/1997. Conviene referirse por separado a cada una de ellas.

1. INMATRICULACIÓN DE FINCAS DE ORIGEN

De conformidad con la disposición contenida en el artículo 54.5 del RD Legislativo 2/2008, el artículo 8 del RD 1093/1997 declara que la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución es título suficiente para «*la inmatriculación de fincas que carecieren de inscripción*» (apartado 1). La declaración transcrita resulta coincidente con el encabezamiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor se refiere a la «*inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna*». Y ambas normas bien pudieran sorprender en una primera lectura por cuanto que la mención, en las mismas contenida, a la carencia de inscripción de las fincas de referencia se presenta de todo punto como innecesaria, pues la situación de inmatriculación precisamente implica que la finca no ha accedido al Registro de la Propiedad. Cabría entender, tal vez, que la acusada redundancia (presente también en el tenor del art. 198 de la LH) obedezca a la pretensión de diferenciar esta situación de las otras dos a que el precepto se refiere —rectificación de la descripción registral y modificación de entidades hipotecarias necesaria para la formación de las fincas de origen—, caracterizadas ambas por integrar supuestos de alteraciones verificadas sobre fincas ya inscritas, lo que supone una evidente distinción con el supuesto de la inmatriculación, en el sentido de que, especialmente en el caso de la modificación de entidades hipotecarias necesarias para la formación de fincas que han de ser incluidas en la unidad de ejecución (situación determinante del nacimiento de nuevas fincas registrales), la primera inscripción dominical practicada deberá respetar el principio de tracto sucesivo, a diferencia del supuesto de inmatriculación al que, por lo expuesto, la legislación hipotecaria otorga un tratamiento jurídico diverso.

En principio no parece que para este supuesto, por tratarse de un caso de inmatriculación por título público, resulte exigible el requisito de la publicación por edictos, establecido en los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento, por cuanto que el referido artículo 8 del RD 1093/1997 declara terminantemente que la aprobación definitiva del proyecto es *título suficiente* para la inmatriculación de fincas, sin hacer constar expresamente ninguna otra exigencia legal a tal efecto, adicional ni complementaria, en definitiva «*sin necesidad de otro requisito*» (apartado 1). A lo que cabe añadir la disposición de que «*cuando el proyecto se hubiere llevado a cabo por*

acuerdo unánime de los interesados o a instancia de propietario único, para que produzca los efectos previstos en este párrafo deberá someterse al trámite ordinario de información pública previsto en la legislación urbanística para los proyectos de equidistribución» (apartado 1, inciso último). Esta previsión confirma la innecesariedad de la publicación de edictos, sin duda justificada por la tan reducida publicidad añadida que los mismos supondrían con relación al efecto general de conocimiento generado por el propio expediente de equidistribución sometido a información pública, y a su específico trámite de alegaciones y procedimiento de aprobación.

Por otra parte, pudiera plantear duda la aplicación al supuesto ahora considerado de la típica consecuencia prevista por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria para la inmatriculación por título público, consistente en la suspensión respecto de terceros de los efectos de la inscripción *«hasta transcurridos dos años desde su fecha»*, lo que determina dejar en suspenso la eficacia del artículo 34 de la Ley durante el plazo establecido (8). Esta consecuencia, legalmente consagrada, encuentra justificación en la evidente facilidad concedida por la legislación hipotecaria para materializar la inmatriculación de fincas por el indicado procedimiento del título público que, por tal motivo, resulta merecedor de desconfianza (9), diversamente a lo previsto cuando la inmatriculación de fincas se verifica mediante expediente de dominio por cuanto que este procedimiento se considera por el legislador como más seguro (10). No obstante, entiendo que la misma seguridad cabría deducir también del procedimiento de inmatriculación de fincas dimanante de los proyectos de equidistribución, y este criterio aparece confirmado no sólo por la conclusión anteriormente apuntada acerca de la superflua exigencia de la publicación mediante edictos, sino también y muy especialmente de la circunstancia de que ni el artículo 8 del RD 1093/1997 ni tampoco el artículo 54.5 RD Legislativo 2/2008 dispongan la suspensión de los efectos protectores de la fe pública registral que, sin embargo, sí establece expresamente el artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

En relación con la exigencia inmatriculadora de las fincas de origen se presenta la cuestión relativa a si, por idénticos argumentos, se debe proce-

(8) Considero que tal consecuencia no resulta extensible al tercero del artículo 32 LH, por cuanto que en esta hipótesis no concurre el requisito de haber adquirido el derecho *«de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo»* que, diversamente, sí aparece establecido en el artículo 34 y que, evidentemente, no reúne quien inmatricula a través del procedimiento revisado, por la propia idiosincrasia de este medio ahora considerado.

(9) Cfr., por todos, ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1995, 8.^a ed., tomo II, pág. 532.

(10) Conclusión que se alcanza si consideramos que, en este sentido, el artículo 207 de la LH únicamente dispone la suspensión respecto de las *«inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores»* que, como ya apunté, se refieren a la inmatriculación por título público.

der necesariamente a la inmatriculación de los bienes de dominio público incluidos en la unidad de ejecución. Al respecto, conviene considerar que el RD Legislativo 2/2008 declara la inscribibilidad de «*las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico*» (art. 51.2 TRLS), previsión que doctrinalmente plantea la duda acerca de si la obligatoriedad debe entenderse referida a la inscripción o a la propia cesión; duda que, en todo caso, en mi opinión debe resolverse en el sentido de considerar la obligatoriedad referida a la cesión (entre otros argumentos porque, en nuestro sistema, salvo contadas hipótesis de inscripción constitutiva en que, por tal motivo, el derecho real se entiende que nace dentro del Registro de la Propiedad —hipoteca, superficie—, rige el principio de voluntariedad). Y es que no cabe desconocer la existencia de supuestos de excepción en los que la inscripción de los bienes se impone de manera obligatoria, siendo uno de ellos, precisamente, el relativo a los bienes de la Administración, que necesariamente deben constar inscritos en el Registro de la Propiedad. Ciertamente, en la actualidad esta excepción encuentra fundamento legal en diversas normas, aunque históricamente no siempre ha aparecido con la misma cobertura normativa (11). Con carácter general la legislación hipotecaria dispone

(11) Como referencia histórica respecto de la evolución en torno a la exigencia de inscripción de los bienes de la Administración, conviene considerar que la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, desde su entrada en vigor ya recogía como derechos susceptibles de inscripción en el Registro «*los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado*» (art. 2.6.º). Por su parte, el artículo 5 del Reglamento Hipotecario, de 14 de febrero de 1947, originariamente establecía: «*...quedan exceptuados de inscripción: 1. Los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código Civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio. 2. Los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial*». Durante esta etapa, la normativa reguladora del patrimonio de las Administraciones Públicas habitualmente establecía remisiones a la legislación hipotecaria (vgr., art. 36 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales). Sin duda, esta regulación sirvió para fundamentar jurídicamente una de las notas típicas de los bienes de dominio público: la publicidad posesoria, en virtud de la cual a los bienes de dominio público les era atribuido un sistema de publicidad distinto y al margen del Registro de la Propiedad, por cuanto que su extracomerciability y su destino público conferían al dominio público una protección superior a la que comportaba la publicidad registral. Conviene reparar en que la referencia legal se venía extendiendo únicamente a los bienes de dominio público, pues los títulos de los bienes patrimoniales de la Administración desde siempre han tenido acceso al Registro. En la práctica la solución provocaba efectos nada deseables, por permitir el acceso al Registro de concretas titularidades que entraban en contradicción con la condición pública de los bienes demaniales. El propósito de paliar las indicadas consecuencias determinó la aparición de determinadas normas sectoriales permisivas del acceso del dominio público al Registro de la Propiedad (cfr. Ley de Costas, Ley de Vías Pecuarias...), resultando finalmente que, por RD 1867/1998, de 4 de septiembre, se modificó el artículo 5 del Reglamento Hipotecario, cuyo tenor actual mantiene que «*los bienes inmuebles de dominio*

la inscripción de los bienes del Estado en los artículos 2.6.º de la Ley y 24 del Reglamento. Más específicamente, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 36 consagra la obligatoriedad de la inscripción. En apoyo de tal interpretación cabría aducir, además, el tenor del artículo 29 del RD 1093/1997 que, al iniciar el Capítulo IV por el que se regula la inscripción de las cesiones obligatorias, declara imperativamente que las mismas «*se inscribirán* a favor de la Administración actuante». Volviendo a la cuestión que nos ocupa, sin duda, la necesaria inmatriculación de los bienes de dominio y uso público encuentra fundamento también en el artículo 4 del RD 1093/1997, en el que terminantemente se declara que «*quedarán sujetos al procedimiento de equidistribución que resulte aplicable las fincas, partes de fincas o derechos de aprovechamiento urbanístico, comprendidos dentro de los límites de la unidad de ejecución*». Por otra parte, igualmente incide en la conclusión apuntada el tenor del artículo 5 del Reglamento Hipotecario, por cuya virtud: «*Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial*» (12). En el mismo sentido, justificativo del criterio precedentemente expuesto, operaba la norma del artículo 6 del mismo texto legal (13) que, superando anteriores controversias interpretativas, imponía la constancia registral de los cambios de propiedad privada a pública en el título de expropiación, deslinde, cesión obligatoria o cualquier otro del que resultara tal condición. Este último precepto resultó anulado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 31 de enero de 2001.

público también podrán ser objeto de inscripción conforme a su legislación especial». Posteriormente la STS de 31 de enero de 2001 declaró nulos los artículos del RD 1867/1998, que imponían la obligación de inscribir en el Registro los bienes de las Administraciones Públicas, por considerar que invadían el ámbito del régimen jurídico de los bienes de dominio público reservado a la ley. Actualmente, la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 36.1 impone a todas las Administraciones Públicas la obligación de inscribir todos sus bienes (demaniales y patrimoniales). Esta previsión tiene carácter básico, según declara la Disposición Adicional 2.ª de la Ley que, en su Disposición Adicional 5.ª, establece un plazo de cinco años para cumplir con la obligación de inscripción de los bienes impuesta en el artículo 36 (obviamente, respecto de los bienes no inscritos, por cuanto que las nuevas adquisiciones accederán ya directamente al Registro de la Propiedad en cumplimiento de la previsión legal).

(12) La redacción actual de la norma es debida al RD 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuya Exposición de Motivos la admisión de «la posibilidad de inscripción de los bienes públicos con arreglo a su legislación especial» aparece justificada «siguiendo las legislaciones especiales sobre Patrimonio del Estado y de las entidades locales».

(13) Igualmente redactado por RD 1867/1998, de 4 de septiembre.

2. RECTIFICACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS FINCAS DE ORIGEN

Según tuve ocasión de señalar, el artículo 8 del RD 1093/1997 (como también el art. 54.5 del RD Legislativo 2/2008) atribuye al proyecto de equidistribución, una vez resulte aprobado definitivamente, virtualidad suficiente para, en relación con las fincas, proceder a «*la rectificación de su extensión superficial o de sus linderos o de cualquier otra circunstancia descrita, sin necesidad de otro requisito*». Por su parte, el artículo 7 del mismo texto legal establece que, sin perjuicio de los requisitos establecidos por la legislación urbanística aplicable, el título inscribible deberá contener las circunstancias que resultan exigidas por la legislación hipotecaria, entre las que especialmente el precepto se refiere a la siguiente: «3. *Especificación respecto de cada finca de origen de las modificaciones que se produzcan en su descripción o en su titularidad, cuando los datos resultantes del Registro no coincidieren con los del proyecto*». Ordinariamente las circunstancias que demandan rectificación son las atinentes a la concreción de la superficie de las fincas y a la determinación de sus linderos, por ser aspectos ambos susceptibles de error en su verificación o, en otras ocasiones, porque intencionalmente los datos de la realidad son falseados al ingresar en el registro de la Propiedad. En todo caso, conviene tener en cuenta que si la discordancia en los datos apuntados derivara en un litigio dirigido a precisar la superficie o los linderos del inmueble tal situación nos conduciría a alguno de los supuestos prevenidos en el artículo 10 del RD 1093/1997, al que posteriormente me refiero. En este sentido sin duda resulta mucho más problemático el desajuste superficial de la finca que implica exceso respecto de su cabida real, por cuanto que el procedimiento judicial que tal situación pudiera eventualmente determinar podría afectar a las titularidades de los inmuebles colindantes. Diversamente, el indicado perjuicio no se derivaría de la rectificación en menos de la cabida que, en todo caso, habría que diferenciar del supuesto de segregación de fincas en los casos en que únicamente una porción de la inicialmente indicada debe constar incluida en la unidad de ejecución. A este último supuesto me refiero más adelante.

Tras la especificación apuntada, con carácter residual el artículo 8 se refiere, además, a la rectificación de «*cualquier otra circunstancia descriptiva*» de la finca. En tal situación se encuentran, por ejemplo, los supuestos de edificaciones anteriores al expediente de equidistribución no inscritas o cuya descripción registral resulta discordante con la realidad extrarregistral de dichas construcciones, entre otras.

3. FORMACIÓN DE LAS FINCAS DE ORIGEN

Finalmente, el artículo 8 del RD 1093/1997 declara que la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución será título suficiente para: «2. La realización de las operaciones de modificación de entidades hipotecarias que sean precisas para la formación de las fincas que han de ser incluidas en la unidad de ejecución». En este punto, la norma se refiere a las modificaciones formales de fincas inscritas, en las que se produce una alteración en su realidad registral (14), como sucede en los supuestos de *agrupación* y *segregación* de fincas, a los que seguidamente me refiero:

1.º *Agrupación de fincas.* Con precisa referencia a la agrupación de fincas, el artículo 7.5 del RD 1093/1997, al mencionar las circunstancias que ha de contener el título, dispone que «en el caso de que en el proyecto se lleve a cabo la agrupación instrumental de la totalidad de las fincas de origen que forman parte de la unidad de ejecución, se describirá la finca agrupada, que deberá comprender solamente los terrenos físicamente incluidos en la unidad de que se trate». Y, a tenor de lo establecido en el artículo 18.2 del mismo texto legal, en el caso de haberse agrupado en el proyecto las fincas de origen, «la inscripción de la agrupación se practicará a favor de la comunidad de los interesados en el procedimiento y en la nota de referencia se hará constar su carácter instrumental».

2.º *Segregación de fincas.* Como anticipé, cabe la posibilidad de que únicamente una parte de la finca inscrita deba quedar incluida en la unidad de ejecución, debiéndose proceder en consecuencia a la segregación de esa parte de la finca registral que es la que sólo debe quedar afectada al proyecto. Al respecto, con carácter general, el artículo 47 del Reglamento Hipotecario establece que «se inscribirá la porción segregada con número diferente, expresándose esta circunstancia al margen de la inscripción de propiedad de la finca matriz, así como la descripción de la porción restante, cuando esto fuere posible o, por lo menos, las modificaciones en la extensión y lindero o linderos por donde se haya efectuado la segregación. En la inscripción de la nueva finca se expresará la procedencia de ésta y los gravámenes vigentes de la finca matriz» (párr. 1.º). Conviene precisar que, como cualquier otro supuesto de alteración formal del inmueble, la segregación presupone que el inmueble modificado esté inmatriculado. Únicamente en tales condiciones procedería la inclusión del supuesto en la previsión del artículo 8.2 del RD 1093/1997, ahora considerado. De procederse a la segregación de una finca inexistente registralmente pero afectada por el proyecto de equidistribución

(14) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2003, 2.ª ed., revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría y Joaquín Rams Albesa, págs. 67-71.

ción, sería de aplicación el artículo 8.1, anteriormente revisado, regulador de la inmatriculación de las fincas de origen, respecto de la cual sólo sería título suficiente el proyecto definitivamente aprobado con precisa referencia al inmueble resultante de la segregación, pero no con relación al resto de la finca matriz cuyo ingreso en el Registro de la Propiedad no sería obligatorio al no tratarse de un inmueble afectado por el proyecto.

III. REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO SOBRE LAS FINCAS DE ORIGEN

Por aplicación del principio de legitimación registral que se contiene en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, las actuaciones derivadas del proyecto de equidistribución han de seguirse con los titulares registrales de las fincas de origen. Pero cabe la posibilidad de que concurra al expediente quien justifique mejor titularidad de dominio sobre el inmueble que el titular registral. En tales situaciones se produce una interrupción del tracto sucesivo, puesto que el necesario encadenamiento de títulos en que se materializa el citado principio padece una ruptura. Y de este modo se provoca una inexactitud registral, para cuya corrección se precisa la inscripción debidamente ordenada de todos los títulos traslativos del dominio del inmueble hasta el último, correspondiente al titular actual. A fin de evitar un procedimiento costoso —en términos económicos— y, en ocasiones, de muy difícil verificación material —especialmente en aquellos casos en los que el último asiento registral practicado resultara ser de fecha muy antigua—, la legislación hipotecaria establece dos posibles procedimientos de reanudación del tracto (15): 1.º El expediente de domino (16); 2.º El acta de notorie-

(15) Según declara el artículo 200, párrafo 1.º de la LH: «*La reanudación del tracto sucesivo interrumpido se verificará mediante acta de notoriedad o expediente de dominio*». No obstante, como precisan LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *ob. cit.*, págs. 343-346, resulta más exacto referirse a la reanudación de la vida registral y no del tracto sucesivo interrumpido, por cuánto que éste no se reanuda sino que más bien renace, aspecto éste último en que radica su utilidad. Así, en esta nueva fase del historial hipotecario, resulta que la primera inscripción no trae causa en el último asiento de la fase anterior sino que lo cancela. Resulta, pues, que, aunque dentro de cada una sí lo haya, entre ambas fases no hay tracto sucesivo, de manera que éste no se reanuda sino que más bien se reinicia.

(16) Al expediente de dominio se refiere el artículo 201 de la LH, desarrollado por los artículos 272 a 286 del RH. Resulta de interés señalar que los trámites de la legislación hipotecaria no han resultado afectados por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, pues se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria de carácter registral, en definitiva no regulado por la misma (cfr. art. 2.182 LEC de 1881). Por su parte, el artículo 202 de la LH precisa que: «*Los expedientes tramitados con arreglo al artículo anterior serán inscribibles, aunque en el Registro apareciesen inscripciones contradictorias, siempre que*

dad (17). Pero ambos procedimientos, tradicionalmente considerados (18), se presentan inconvenientes en el contexto del proceso urbanizador (cuya se-

éstas tengan más de treinta años de antigüedad y el titular de las mismas haya sido citado en debida forma y no hubiere formulado oposición» (párrafo 1.º). A la vista de la norma precitada es posible concluir que si el titular registral formulara oposición, habría que sobreseer el expediente, considerando, además del contenido del párrafo transcrito, el artículo 82 de la LH y el carácter de jurisdicción voluntaria del expediente de dominio. En principio, entiendo que el Juez puede resolver a pesar de la oposición de otros titulares, aunque esto pueda resultar discutible, pues en el siguiente párrafo únicamente se establece que los titulares de menos de treinta años sean *oídos*. En efecto, el párrafo 2.º del artículo 202 establece: *«También serán inscribibles, aunque las inscripciones contradictorias sean menos de treinta años de antigüedad, si el titular de las mismas o sus causahabientes hubieren sido oídos en el expediente»*. Además: *«Si el titular del asiento contradictorio de menos de treinta años de antigüedad o sus causahabientes no comparecieren después de haber sido citados tres veces —una de ellas, al menos personalmente—, se les tendrá por renunciantes a los derechos que pudieran asistirles en el expediente, y éste será también inscribible»* (art. 202, párrafo 3.º).

(17) Según lo establecido en el artículo 203 de la LH, las *«actas de notoriedad, a que se refiere el artículo 200, se tramitarán con sujeción a las reglas establecidas en la legislación notarial y a lo prescrito en»* este precepto, que encuentra desarrollo en los artículos y 288 a 297 del RH. Por su parte, el artículo 204 de la LH dispone que las *«actas de notoriedad tramitadas a fines de la reanudación del tracto sucesivo sólo podrán inscribirse cuando las inscripciones contradictorias tengan más de treinta años de antigüedad, sin haber sufrido alteración, y el Notario hubiese notificado personalmente su tramitación a los titulares de las mismas o a sus causahabientes»*.

(18) En efecto, según la previsión del artículo 200, párrafo 1.º, de la LH, el adquirente de una finca inmatriculada en el Registro de la Propiedad, y cuyo tracto sucesivo registral se encuentra interrumpido, puede verificar la inscripción de su derecho mediante expediente de dominio o acta de notoriedad. Pero cabría plantearse si la sentencia firme recaída en un proceso declarativo también puede servir para inscribir el derecho a favor del último adquirente. La cuestión, sin lugar a dudas sugerente, ha sido abordada por la doctrina habitualmente en sentido negativo, básicamente por entender que, además de que la reanudación del tracto tiene tratamiento específico en la legislación hipotecaria, el restablecimiento de la concatenación de títulos exigida registralmente determina la insuficiencia del consentimiento del titular del asiento contradictorio para la reanudación del tracto, resultando que éste sería el único sujeto cuyos intereses aparecerían valorados de producirse un litigio (cfr., por todos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.ª ed., Madrid, 2001, págs. 556-557). Este criterio resulta acogido con claridad, entre otras, en las Resoluciones de la DGRN de 7 y 8 de abril de 2003. Sin embargo, más recientemente al respecto resulta muy significativa la Resolución de la DGRN, de 11 de julio de 2008, por la novedad que su doctrina incorpora. El supuesto que en la misma se plantea sugiere que es preciso diferenciar entre la situación de reanudación del tracto sucesivo y aquella en la que la inscripción a favor del último adquirente se materializa mediante el normal cumplimiento del tracto registral. De manera sucinta, en la referida Resolución de 11 de julio de 2008, el supuesto resuelto es el siguiente: se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de elevación a público de documento privado en la que se protocoliza una sentencia firme dictada en juicio verbal. En la sentencia se estima la demanda del comprador y se ordena la elevación a público del documento privado de venta, así como la reanudación del tracto sucesivo interrumpido de determinada finca inscrita a favor de persona distinta del vendedor. En el procedimiento se ha demandado a los titulares registrales y a los transmitentes intermedios. Además, se acredita la existencia y validez de los sucesivos títulos traslativos. El Registrador no

cuencia temporal demanda agilidad y rapidez ejecutiva) pues, aparte de su complejidad técnica y ordinariamente dilatada proyección temporal, imponen la intervención del órgano judicial y la consiguiente exigencia de su necesario pronunciamiento. Tal circunstancia justifica la previsión de carácter general contenida en el artículo 54.5 del RD Legislativo 2/2008, según la cual el título en cuya virtud se inscribe el proyecto de distribución de beneficios y cargas será suficiente para la reanudación del tracto sucesivo en la forma que reglamentariamente se determine. Y de igual manera funda la específica reglamentación que con relación a la *«reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre las fincas de origen»*, se contiene en el artículo 9 del RD 1093/1997 (19), precepto que dispone una regulación diferenciada según se trate de cada uno de los supuestos a los que seguidamente me refiero. En efecto, el precitado precepto dispone que *«cuando alguna de las fincas incluidas en la unidad de ejecución constare inscrita a favor de persona distinta de quien justificare en el expediente mejor derecho de propiedad sobre aquélla, la reanudación del tracto sucesivo interrumpido podrá realizarse conforme a las siguientes reglas»*.

1. SUPUESTO EN EL QUE LOS TÍTULOS PÚBLICOS INTERMEDIOS TAN SÓLO ESTUVIESEN PENDIENTES DE INSCRIPCIÓN

Esta situación aparece regulada en el artículo 9.1 del RD 1093/1997, a cuyo tenor: *«Cuando los títulos públicos intermedios tan sólo estuviesen pendientes de inscripción, se procederá previamente a la práctica de ésta. Si fuese preciso, para la obtención de copias de tales títulos tendrá interés legítimo para solicitar su expedición el órgano actuante, la Junta de Compensación o la entidad competente para la ejecución de la unidad»*.

En este caso, los títulos públicos únicamente reclaman su ingreso en el Registro de la Propiedad pues, por constar en el idóneo soporte documental que justifica su favorable *calificación* (20) para poder beneficiarse de

practica la inscripción porque considera que ésta debería realizarse por los medios prevenidos en el artículo 200, párrafo 1.º, de la LH para la reanudación del tracto interrumpido sucesivo (expediente de dominio y acta de notoriedad). Pero el comprador interpone recurso ante la DGRN que lo estima, con la consecuente revocación de la nota calificadora del Registrador.

(19) Con precisa referencia a este precepto, en la EM del RD 1093/1997 se declara: *«En cuanto a la reanudación del tracto interrumpido y la cancelación de asientos contradictorios se han establecido soluciones inspiradas en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria...»*.

(20) Al respecto conviene tener en cuenta que el artículo 18, párrafo 1.º de la LH dispone que los Registradores de la Propiedad: *«calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes, y la validez de los actos*

la protección de la fe pública registral (21) (en cumplimiento, además, de la previsión legal en orden a su inscripción), resulta evidente que, en la situación ahora analizada, son conocidos todos y cada uno de los titulares de la finca de origen que se han venido sucediendo en el tiempo hasta el que consta y comparece como actual en el expediente.

2. SUPUESTO EN EL QUE LA INSCRIPCIÓN CONTRADICTORIA TENGA MÁS DE TREINTA AÑOS DE ANTIGÜEDAD

Este caso se recoge en el artículo 9.2 del RD 1093/1997, que dispone lo siguiente: *«Si la inscripción contradictoria con la titularidad alegada en el expediente tuviera más de treinta años de antigüedad, se citará al titular registral en el domicilio que constare del asiento y si tal circunstancia no resultare en el Registro, por edictos. Si dicho titular no compareciere, ni tampoco formulare oposición el Ministerio Fiscal, la inscripción de la finca de origen se practicará a favor de quien hubiere justificado su derecho por cualquier título. De la misma forma se practicará la inscripción en caso de*

dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». Como es sabido, este precepto sienta el principio de legalidad en su proyección de calificación registral, implantando esta verificación de legalidad en las consecuencias que nuestro sistema registral hace derivar de las inscripciones por virtud básicamente de los principios de legitimación, fe pública registral y cierre registral, así como también por efecto de la protección judicial de los asientos. Desde esta perspectiva la calificación registral constituye requisito formal para la práctica de la inscripción y de sus efectos, aspecto éste que entronca de manera singular con la protección que se ofrece al tercero hipotecario amparado por el artículo 34 de la LH. Con precisa referencia a la calificación registral de los documentos administrativos conviene tener en cuenta que el artículo 99 del RH dispone que la misma *«se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del procedimiento, a los trámites esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro».* El fundamento de la calificación registral de los documentos administrativos se localiza básicamente en la circunstancia de que mediante la inscripción se establecen efectos que sobrepasan la mera eficacia administrativa que el procedimiento despliega entre las partes, pues atendiendo a las presunciones registrales de los asientos éstos alcanzan a terceros que, por serlo, no fueron parte en el expediente. Es por lo que, con carácter de principio general, la presunción de legalidad del acto administrativo se extiende únicamente a los efectos de las partes que lo fueron en el procedimiento (en este sentido, resulta de interés la Resolución de la DGRN de 23 de marzo de 1999).

(21) En este sentido conviene tener presente que el artículo 3 de la LH declara que: *«para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma en que prescriban sus Reglamentos».* La norma transcrita se refiere al título en sentido formal, en definitiva, el documento que integra la acreditación del acto o contrato a efectos registrales. Pero resulta de interés poner de relieve que el objeto de la inscripción siempre es el derecho real (cfr., al respecto, arts. 9.4.º, 13, 38.1.º y 327.5.º de la LH).

que el titular hubiere comparecido en el expediente y no se opusiera al contenido del proyecto».

Según se deduce de su tenor, el precepto únicamente prescribe la citación del propio titular registral. Pero cabe considerar la posibilidad —fundadamente previsible, por otra parte, atendida la circunstancia de la dilatada vigencia temporal del asiento contradictorio al que el supuesto se refiere— de que el titular que aparece en el Registro hubiere fallecido, circunstancia ésta en la que habría que plantearse la procedencia de citar a sus sucesores, previsión que, no obstante, la norma explícitamente no contempla. En este punto, habida cuenta de que la Exposición de Motivos del RD 1093/1997 manifiesta expresamente que las soluciones del ahora considerado artículo 9 se inspiran en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, resulta idóneo acudir a la legislación hipotecaria (Ley y Reglamento) para decidir la solución más atinada al respecto. Inicialmente podemos comprobar que el artículo 202 de la Ley Hipotecaria no menciona a los herederos del titular registral. No obstante, por aplicación de alguna de las previsiones contenidas en los artículos 285 y 279 del Reglamento es posible concluir, creo que atinadamente, que si el titular registral ha fallecido deberán ser citados quienes aparezcan como sus herederos en el momento de practicarse la inscripción a favor del ya difunto. A este respecto, el artículo 285, párrafo 3.º, del Reglamento Hipotecario, dispone que: *«será aplicable a los causahabientes del titular inscrito lo dispuesto en el artículo 279 para los de la persona de quien procedan los bienes, sin que se pueda exigir al que promueva el expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho»*. Por su parte, el artículo 279 del mismo cuerpo legal —al que por remisión se refiere el precedentemente transcrito— establece que *«a los efectos de la regla 3.ª del artículo 201 de la Ley, se considerarán causahabientes de la persona de quien proceden los bienes sus herederos, los cuales serán designados por el solicitante en el escrito inicial del expediente, si fueren conocidos, expresando en caso contrario que son personas ignoradas»* (párr. 1.º). Además, el precepto especifica: *«No será preciso justificar documentalmente la cualidad de herederos o causahabientes; pero los citados deberán manifestar al Juzgado, si comparecen en el expediente, los nombres, apellidos y domicilio de las demás personas que tuvieran el mismo carácter, si las hubiere»* (art. 279, párr. 2.º).

Para el supuesto de que los citados (ya sea el titular inscrito o sus herederos) no comparecieran ni tampoco el Ministerio Fiscal formulare oposición, el artículo 9 del RD 1093/1997 dispone que la inscripción de la finca de origen se practicará *«a favor de quien hubiere justificado su derecho por cualquier título»*. Sin duda, una correcta fijación de la proyección y alcance de esta previsión demanda algunas consideraciones en relación con el propósito de la norma. En principio pudiera pensarse que la finalidad del trámite

dispuesto sea la declaración de la titularidad dominical sobre la finca de origen. Entiendo que no es ésta la finalidad perseguida por el precepto, pues tal extremo encuentra adecuada sede de solución en el ámbito del procedimiento declarativo que, a tales efectos, resultara idóneo procesalmente. Descartada la consecuencia de obtener la declaración en orden al derecho de propiedad sobre la finca de origen, parece que el fin perseguido por la norma no puede ser otro que el de acreditar la concurrencia de un acto que tenga virtualidad para determinar la adquisición del dominio pleno sobre el inmueble. A mi juicio, ésta y no otra es la intención pretendida por la norma. Por ello, el precepto admite la posibilidad de que quien pretende la inscripción de su titularidad dominical sobre el inmueble de origen pueda justificar su derecho «*por cualquier título*». Y, en consecuencia, para conseguir este propósito, podrá presentarse y deberá admitirse cualquier categoría de documento mediante el cual conste debidamente acreditada la adquisición del derecho por parte de quien interesa ahora su ingreso en el Registro de la Propiedad. Como ya anticipé, la determinación de la titularidad dominical a favor —o no— de quien en el expediente de equidistribución manifiesta ser propietario es cuestión que deberá solventarse en el juicio declarativo correspondiente que, seguido a instancia del titular registral o de cualquier otro que aparezca como interesado, en todo caso podrá originar una situación de titularidad controvertida sobre la finca de origen. Pero a este supuesto, también contemplado por las normas, me refiero más adelante.

Finalmente, y atendida la previsión final del artículo 9.2 del RD 1093/1997, cabe concluir que de la misma manera se practicará la inscripción a favor de quien acredite la existencia de un título idóneo que justifique adecuadamente su adquisición, aunque el titular registral hubiere comparecido en el expediente pero siempre y cuando «*no se opusiera al contenido del proyecto*». De lo que se deduce que para que el titular registral pueda obstaculizar la práctica de la inscripción a favor de quien presenta título contradictorio, no basta con que el titular inscrito plantee cualquier motivo de oposición (por ejemplo, el de no haber quedado suficientemente acreditada la invocada transmisión de su contradictor) sino que necesariamente deberá oponer la reivindicación del que estima que es su derecho de propiedad. En mi opinión, únicamente concurriendo esta circunstancia el titular registral podrá impedir que la inscripción se verifique a favor de su oponente.

3. SUPUESTO EN EL QUE LA INSCRIPCIÓN CONTRADICTORIA TENGA TREINTA AÑOS O MENOS DE ANTIGÜEDAD

A este supuesto se refiere el artículo 9.3 del RD 1093/1997, por cuya virtud: «*Si la inscripción contradictoria tuviera treinta o menos de treinta*

años de antigüedad, la reanudación del tracto interrumpido dentro del expediente sólo podrá tener lugar cuando conste que el titular registral se ha dado por enterado personalmente y no ha formulado oposición». Se aprecia con claridad el diverso tratamiento otorgado por el legislador en este supuesto respecto del contemplado en el número precedente. Sin duda, la menor antigüedad de la inscripción ampara la diferente previsión legal por cuanto que parece más probable que el asiento en cuestión otorgue publicidad a una titularidad que previsiblemente aún sea actual, quiero decir vigente en el momento en que la contradicción se produzca.

Atendida la previsión normativa, en este caso la reanudación del tracto demanda la concurrencia de dos requisitos legalmente formulados: 1.º Se precisa que el titular registral (o, en su caso, sus herederos) se haya dado por enterado personalmente. Esta exigencia impone la constancia del conocimiento personal por parte del titular inscrito (o de sus sucesores) de la pretensión mediante la que se contradice su titularidad, lo que implica, a estos efectos, la admisión de cualquier medio por el que se acredite tal extremo en orden a que el contenido de la citación ha llegado de manera efectiva a conocimiento del citado. 2.º Igualmente se exige que el titular registral no formule oposición. A este segundo requisito le son de aplicación las condiciones ya precisadas al tratar de las posibilidades de oposición que le asisten al titular registral en la hipótesis del artículo 9.2, anteriormente considerada.

4. OTRAS CONSIDERACIONES EN ORDEN A LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUPTO SOBRE LAS FINCAS DE ORIGEN

Con carácter general conviene considerar el sentido y alcance de las restantes previsiones que se contienen en el artículo 9 del RD 1093/1997. Son las siguientes:

1.^a *Competencia para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre las fincas de origen.* Para la realización de los trámites del procedimiento dirigido a la reanudación del tracto sucesivo, el artículo 9.4 declara competente a la Administración actuante. Además, el resultado del procedimiento «se incorporará al acuerdo de aprobación definitiva del proyecto, que deberá contener la referencia a los documentos en que se apoya la reanudación del tracto, a las notificaciones realizadas, a su destinatario y a las comparecencias que, en su caso, hayan tenido lugar por parte de los interesados» (22).

(22) Como precisa ARNAÍZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 108, «se trata de trámites que han de justificarse con toda precisión, sin que quepa la utilización de la expresión «se han cumplido los trámites de modificación» u otras

2.^a *Previsión de incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para la tramitación de la reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre las fincas de origen.* Conviene anticipar que si el resultado de la tramitación arroja consecuencias favorables en orden a la reanudación de la existencia registral de la finca de origen, el nuevo titular registral no podrá beneficiarse de la protección de la fe pública que confiere el Registro, por no aparecer constancia del mismo como causahabiente del anterior titular. En todo caso, según previene el artículo 9.5, si no se cumplen los requisitos del procedimiento para la reanudación del tracto, en el acuerdo de aprobación definitiva del proyecto: «la Administración actuante adjudicará las fincas de resultado al titular registral de las de origen, haciendo constar en el título inscribible que el expediente se ha entendido con persona distinta». Además: «El Registrador de la propiedad hará la inscripción sin indicación alguna de la posible contradicción».

3.^a *Supuesto de procedimiento tramitado por Notario.* El artículo 9.6 del RD 1093/1997 contempla la posibilidad de que el procedimiento para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre las fincas de origen, regulado en los apartados 2 a 5 del referido precepto, pueda ser tramitado por Notario que, en todo caso, deberá ser competente para actuar en el distrito donde se sitúe la finca (23). Al respecto conviene precisar que cuando se trate de una finca ubicada en más de un distrito notarial el acta de notoriedad podrá ser instruida por cualquier Notario del lugar donde radique la parte principal (24). En este

similares» y, además, «la incorporación de los documentos justificativos deberá realizarse por el órgano administrativo o por la entidad colaboradora que tramite el expediente, sin perjuicio de su incorporación a la certificación del acto de aprobación definitiva».

(23) Esta posibilidad alejada de la técnica procedimental administrativa, que constituye una novedad del RD 1093/1997, como señala ARNAIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, cit., pág. 109, responde a un criterio de eficiencia plausible, en cuanto aprovecha todas las posibilidades existentes para la solución de un problema que se ha convertido en uno de los obstáculos clásicos en la inscripción de este tipo de actos. En efecto, el Notario, tradicionalmente considerado como colaborador en el contexto de los actos de jurisdicción voluntaria, con actuaciones ocasionalmente sometidas a la aprobación judicial, por el sistema de competencias organizado según este precepto del RD 1093/1997, se convierte en directo colaborador de la actividad administrativa pura.

(24) En atención a esta circunstancia, el artículo 288 del RH establece que «*las actas de notoriedad, para obtener la reanudación del tracto sucesivo interrumpido o para inscribir el exceso de cabida de las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad, a que se refiere el artículo 203 de la Ley, serán autorizadas por cualquier Notario hábil para actuar en el lugar donde estén situadas las fincas. Cuando se trate de una finca situada en más de un distrito o zona notarial, lo será cualquier Notario del lugar donde radique la parte principal, conforme a lo prescrito en el artículo 210, regla 1.ª, de dicha Ley*». Por su parte, el artículo 210 de la LH, al que la anterior norma remite, dispone que «*los expedientes de liberación se tramitarán con sujeción a las siguientes reglas: 1.ª Será Juez competente cualquiera que sea la cuantía del gravamen a cancelar, el de primera instancia de partido en que radiquen los bienes, y si la finca que se pretende liberar está situada en dos o más partidos, el de aquél en que esté la parte principal, considerándose como*

supuesto «*el Notario requerido dará cuenta del hecho al órgano actuante y el resultado del expediente se formalizará en acta de notoriedad, cuya primera copia se remitirá, asimismo, al órgano actuante, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución*». En todo caso, esta hipótesis procederá a instancia del titular de la finca incluida en la unidad de ejecución, precisamente porque el propósito del acta de notoriedad se localiza, por una parte, en la acreditación del «*hecho*» atinente a la concurrencia de un acto o negocio jurídico adecuado para la adquisición de la titularidad dominical y, por otra, en la verificación de la situación actual de finca objeto de esa titularidad notoria. Una vez tramitado el expediente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del RD 1093/1997, el resultado del mismo se incorporará al acta notarial en la que el Notario autorizante hará constar si considera o no suficientemente acreditado el hecho integrante de su objeto, o bien si considera por concluida el acta a causa de la comparecencia y oposición del titular registral en las condiciones ya revisadas. El acta notarial se incorporará al protocolo, asignándosele el número correspondiente a su fecha de conclusión y, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución, el Notario autorizante deberá remitir primera copia del documento a la Administración actuante.

IV. SUPUESTO DE DOBLE INMATRICULACIÓN DE LAS FINCAS DE ORIGEN

La doble —o múltiple— inmatriculación integra una situación de inexactitud registral relativamente frecuente en nuestro sistema, fundada en circunstancias tales como la simplicidad de los medios de inmatriculación, la inexistencia de una sólida estructura catastral y la carencia de rigor en el control de la existencia y características de los inmuebles respecto de los cuales se interesa el ingreso en el Registro de la Propiedad (25). En atención a la misma,

tal la que contenga la casa-habitación del dueño o, en su defecto, la casa-labor, y, si tampoco la hubiere, la parte de mayor cabida. Si la liberación se ha de referir a un ferrocarril, canal u otra obra de análoga naturaleza que atraviese varios partidos, se considerará parte principal aquella en que esté el punto de arranque de la obra».

(25) Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 4.^a ed., Madrid, 1995, págs. 361-363, quien explica que, con carácter general, se denomina doble inmatriculación al hecho de que una misma finca se encuentre inmatriculada en dos folios diferentes e independientes uno de otro, concurriendo tal circunstancia cuando las fincas son absolutamente idénticas entre sí, aunque sus respectivas descripciones (linderos, etc.) estén hechas de una manera distinta, así como también si una de las fincas coincide sólo parcialmente o se encuentra superpuesta con respecto a otra. Al respecto, vid. también, por todos, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, pág. 94 y sigs.; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. V, 3.^a ed., Pamplona, 1983, pág. 394 y sigs.; CLEMENTE MEORO, M. E.,

y considerada la inexactitud cuando se produce con referencia a alguna de las fincas de origen, el artículo 10.1 del RD 1093/ 1997, dispone lo siguiente: «*Si la finca constare doblemente inmatriculada, por haberse practicado la nota correspondiente con anterioridad a la iniciación del procedimiento de equidistribución, o dicha doble inmatriculación resultare probada como consecuencia de las operaciones del propio proyecto, deberán considerarse interesados en el proceso los titulares registrales de la finca doblemente inmatriculada, según cada inscripción, lo que supondrá el mantenimiento de dicha situación en la adjudicación de las fincas de resultado y en su inscripción registral, la cual se practicará a favor de quien acredite mejor derecho en el juicio declarativo ordinario que corresponda por su cuantía en el orden jurisdiccional civil. Todo ello, sin perjuicio del convenio entre los titulares afectados formalizado en escritura pública*» (26). En la inscripción de las fincas de resultado se harán constar las circunstancias correspondientes a las fincas de origen que hubieren sido objeto de doble inmatriculación». A pesar de que la referencia no conste de forma expresa, cabe concluir que el precepto atribuye a la Administración actuante la competencia para constatar la situación de doble inmatriculación, distanciándose en este punto del criterio adoptado por la legislación hipotecaria (art. 313 del RH) que otorga esta competencia al Juez de Primera Instancia, en procedimiento seguido a instancia del «*titular de cualquier derecho real inscrito sobre las fincas afectadas por la doble inmatriculación*». La norma contempla el problema que registralmente se plantea cuando el inmueble aparece inmatriculado, en folios independientes, a favor de titulares distintos. Por consiguiente, queda fuera del ámbito de aplicación del precepto la situación generada por la doble inmatriculación en los supuestos en que la finca resulte inmatriculada en folios distintos a favor de un mismo titular (27).

Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad, Valencia, 2007, 2.ª ed., págs. 17-24; LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *ob. cit.*, págs. 205-211; ROCA SASTRE, R. M.ª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo III, 8.ª ed., Barcelona, 1995, pág. 259 y sigs.; y RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág. 99 y sigs.

(26) En efecto, a pesar de la doble inmatriculación, no se genera cuestión alguna si los diversos titulares enfrentados están de acuerdo en la determinación del titular legítimo. Al respecto conviene tener en cuenta la norma general contenida en el artículo 40 de la LH cuando dispone que la rectificación registral sólo podrá ser interesada por el titular del dominio o derecho real no inscrito o que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará de acuerdo con las reglas siguientes: «d) Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, *la rectificación precisará el consentimiento del titular* o, en su defecto, resolución judicial» (párrafo 1.º, subrayado por mí).

(27) En estos supuestos, según reiterada doctrina de la DGRN, la pauta de solución acogida imponía trasladar el contenido de la hoja más moderna al de la hoja más antigua, por certificación de asientos y extendiendo en la primera la oportuna nota de cierre. Este criterio resultó legalmente recogido en el artículo 313, regla 1.ª del RH, según redacción

Por otra parte, tampoco se plantea cuestión —y, en consecuencia la situación queda también fuera del ámbito resolutivo de la norma— cuando, a pesar de la doble inmatriculación, los diversos titulares que aparecen en los folios contradictorios convienen en la determinación del quien sea el titular legítimo, en cuyo caso el artículo 10 del RD 1093/1997 exige que el convenio celebrado entre los titulares afectados se formalice en escritura pública (28).

El precepto establece como posible alternativa acreditativa de la situación de doble inmatriculación, la siguiente:

1.º *Nota marginal de doble inmatriculación.* En este caso la finca consta doblemente inmatriculada *«por haberse practicado la nota correspondiente con anterioridad a la iniciación del proyecto de equidistribución»*. En definitiva, se trata de la nota marginal a que se refiere el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, practicada mediante mandamiento judicial y a solicitud del titular de cualquier derecho real inscrito sobre las fincas registrales afectadas por la doble inmatriculación.

2.º *Proyecto de equidistribución.* En este supuesto la doble inmatriculación *«resulta probada como consecuencia de las operaciones del propio proyecto»*. En este sentido, ciertamente la Administración actuante tiene facultades para apreciar la realidad física de la doble inmatriculación (cfr. art. 103.3 RGU), pero no le compete resolver esta cuestión que, necesariamente, ha de derivar a los tribunales ordinarios (art. 103.4 RGU). En esta situación, aunque el precepto expresamente no lo disponga, parece evidente que el acuerdo de aprobación definitiva del proyecto será título suficiente (sin que se precise la concurrencia de intervención judicial al respecto) para tomar nota, al margen de ambas fincas de origen, de la anómala circunstancia registral concurrente, y esta nota *«caducará al año de su fecha, salvo que antes se hubiere anotado la demanda interpuesta en el correspondiente juicio declarativo»* (art. 313, regla 3.ª, párr. 2.º del RH).

Con precisa referencia a la práctica del asiento registral caben dos posibilidades:

dada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, a cuyo tenor: *«Cuando la finca o, en su caso, las cuotas o participaciones indivisas inscritas en diferentes folios, lo estuvieren a favor de la misma persona, la contradicción podrá salvarse, a solicitud de ésta, mediante el traslado en su caso por el Registrador, de las inscripciones o asientos posteriores al folio registral más antiguo, extendiendo al final del más moderno un asiento de cierre del mismo. Si hubiere titulares de asientos posteriores afectados por el traslado será preciso el consentimiento de éstos expresado en escritura pública»*.

(28) Con carácter general, esta exigencia se contiene en el artículo 3 de la LH y también aparece recogida en la regla 2.ª del artículo 313 del RH, a cuyo tenor: *«Si la doble inmatriculación lo fuere a favor de personas distintas y existiere acuerdo entre ellas, a solicitud suya y con la conformidad, en su caso, de todos los interesados, expresada en escritura pública, se procederá a cancelar o rectificar el folio convenido»*.

- a) En el supuesto de seguirse el procedimiento de cancelación de folios de las fincas de origen y apertura de hoja a las fincas de resultado, a que se refiere el artículo 18.3 del RD 1093/1997 (29), en cada una de las fincas de origen se ha de proceder a la cancelación de su folio registral siguiendo las reglas ordinarias, aludiendo en cada cancelación a la misma finca de resultado.
- b) En el supuesto de seguirse el sistema de agrupación instrumental y ulterior división de la finca, a que se refiere el artículo 18.2 del RD 1093/1997 (30), se practicará nota marginal de la citada agrupación en las dos fincas de origen que suponen doble inmatriculación, haciendo mención de ambas en el asiento de agrupación y constituyendo por división una sola finca en sustitución de las dos fincas de origen.

Acreditada la doble inmatriculación, y su constancia en las fincas de origen, tendrán la consideración de terceros interesados en el proceso los titulares registrales de la finca doblemente inmatriculada según cada inscripción. En todo caso, la situación de doble inmatriculación deberá mantenerse en la adjudicación de la finca o fincas de resultado generadas por subrogación de la de origen doblemente inmatriculada y en su correspondiente inscripción registral, en la que también se harán constar las circunstancias correspondientes a las fincas de origen objeto de doble inmatriculación (art. 10.1 del RD 1093/1997), pues la incertidumbre pendiente sobre la titularidad del inmueble va a persistir hasta que la misma resulte despejada por resolución judicial. Y, finalmente, considerada la situación de relativa indeterminación del titular registral, procederá la práctica de la inscripción *«a favor de quien acredite mejor derecho»* en el correspondiente juicio declarativo ordinario a tramitar ante la jurisdicción civil.

V. SUPUESTO DE FINCAS DE TITULARIDAD DESCONOCIDA O CUYO TITULAR SE ENCUENTRE EN IGNORADO PARADERO

El artículo 10.2 del RD 1093/1997 declara: *«Cuando la finca de origen fuere de titular desconocido, la finca de resultado se inscribirá a favor de la*

(29) El artículo 18.3 del RD 1093/1997 establece que *«si no se agruparan las fincas de origen, en la cancelación de los asientos se harán constar los datos de las fincas de resultado que el proyecto adjudique, por subrogación real, a su titular y, en su caso, la finca de resultado a que ha sido trasladada cada carga o derecho compatible con la ordenación. Las fincas de resultado se inscribirán en folio y bajo número independiente, con traslado de las cargas que le corresponden»*.

(30) El artículo 18.2 del RD 1093/1997 dispone que *«si se hubieran agrupado en el proyecto las fincas de origen, la inscripción de la agrupación se practicará a favor de*

Administración actuante, con carácter fiduciario y para su entrega a quien acredite mejor derecho sobre la misma. Si el titular de la finca de origen estuviere en ignorado paradero, la defensa de sus intereses, durante la tramitación del proceso, corresponderá al Ministerio Fiscal, salvo que el ausente tuviese designado representante con facultades suficientes». La norma recoge la regulación de dos supuestos diferenciados que son los siguientes:

1.º *Supuesto de fincas de titularidad desconocida* (31). En esta hipótesis el ámbito aplicativo del precepto se circunscribe a los supuestos en los que se plantee alguna duda en orden a la determinación del titular dominical del inmueble, quedando fuera del mismo los supuestos dudosos respecto a la determinación de la titularidad dominical entre dos posibles titulares conocidos (como sucede en los casos de doble inmatriculación) (32). Con el propósito de solventar los inconvenientes que se derivarían de la situación de desconocimiento de su titular y su repercusión en la tramitación del procedimiento de equidistribución, el precepto impone la inscripción de la finca de resultado con carácter fiduciario a favor de la Administración actuante, permitiendo asimismo su tenor concluir la triple exigencia de que, previamente, la finca de aportación: a) deba *inmatricularse*, b) también a *favor de la Administración actuante*, y c) *con el mismo carácter fiduciario*. Esta adjudicación, legalmente ordenada, de la finca de resultado a la Administración actuante, encuentra fundamento en el propósito de que sea esa entidad pública la que entregue el inmueble que corresponda por subrogación real del inmatriculado al titular que acredite mejor derecho sobre la misma, sea éste un particular o el propio Estado. Por otra parte, también se excluyen del ámbito de aplicación de la norma las situaciones de renuncia o abandono de la finca por parte de su dueño, por cuanto que, en estos casos, el inmueble pertenece al Estado por ministerio de la ley, en virtud de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (33).

la comunidad de los interesados en el procedimiento y en la nota de referencia se hará constar su carácter instrumental».

(31) En la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, para el supuesto de fincas de titularidad desconocida se aplica el mismo régimen de representación, adjudicación y contribución a las cargas que en los casos de titularidad dudosa o litigiosa —cfr. art. 172.2.b) de la LUV—, al que me refiero más adelante.

(32) Cfr., al respecto, la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2.ª Recurso núm. 168/2002. Ponente: Excm. Señora Doña María Desamparados Iruela Jiménez), de 10 de junio de 2004, en la que se declara conforme a Derecho que el Ayuntamiento demandado calificara de titularidad desconocida la parcela inicial mencionada, y se adjudicara la parcela de resultado con carácter fiduciario para su adjudicación definitiva a favor de quien acreditase mejor derecho sobre la misma en el correspondiente proceso civil.

(33) En efecto, el artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, con precisa referencia a los inmuebles vacantes, dispone: «1. *Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren*

2.º *Supuesto de fincas cuyo titular se encuentre en ignorado paradero.* En este supuesto el titular del inmueble no es desconocido sino que lo que sucede es que no se sabe dónde se encuentra y, en consecuencia, en el ámbito del procedimiento de equidistribución resulta que sus intereses se encuentran desprovistos de las adecuadas defensas. Con el propósito de solucionar esta situación, durante la tramitación del proceso, el precepto atribuye la defensa de los intereses del titular de la finca de origen al Ministerio Fiscal, a no ser que el ausente tuviese designado representante con facultades suficientes. Conviene precisar que, a pesar de que el titular en ignorado paradero resulte considerado por la norma como «ausente», parece evidente que el precepto no se refiere a la situación de ausencia en sentido técnico, pues en la situación de ausencia legalmente declarada el declarado ausente no requiere la defensa el Ministerio Fiscal ya que necesariamente tiene un representante (34). Finalmente, resulta de interés reparar en la exigencia de que el representante del ausente tenga «*facultades suficientes*», lo que conduce a considerar el ámbito y alcance que deberá tener su poder de representación. En este sentido, habida cuenta de que el proyecto de equidistribución ordinariamente va a determinar

de dueño. 2. La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquélla a través de los trámites prevenidos en el párrafo d del artículo 47 de esta Ley». La anterior mención debe completarse con la disposición contenida en el artículo 190 bis de la referida Ley 33/2003 (precepto incorporado a la misma inicialmente por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo —en su Disposición Adicional cuarta.2— y, posteriormente ratificada la adición por el RD Legislativo 2/2008 —igualmente, en su Disposición Adicional cuarta.2—), a cuyo tenor: «Cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

(34) Al respecto, el artículo 181 del Código, en su párrafo 1.º dispone que «desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias, podrá el Juez, a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave», quedando exceptuados de la anterior previsión «los casos en que aquél estuviese legítimamente representado o voluntariamente conforme al artículo 183», pudiendo, además, el órgano judicial «adoptar, según su prudente arbitrio, las providencias necesarias a la conservación del patrimonio» (art. 181, párr. 3.º del CC). En cualquier caso, el recurso a la mención de la situación de «ausencia» en sentido no técnico (del mismo modo que ocurre también respecto de la situación de «incapacidad») no resulta nuevo en el articulado de nuestro Código Civil. Así sucede también, por ejemplo, en el artículo 156, párrafo 4.º, por el que se atribuye el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres «en defecto o por *ausencia*, incapacidad o imposibilidad» del otro.

la reorganización y una cierta afectación de la propiedad inmobiliaria, en cumplimiento del criterio del equitativo reparto de los beneficios y las cargas —cfr. art. 8.1.c) del RD Legislativo 2/2008—, parece lógico concluir que el ámbito de la representación deberá abarcar la posibilidad de actuación por parte del representante en el ejercicio de las facultades dispositivas —y no sólo de mera gestión o administración— del representado (35).

VI. SUPUESTO DE FINCAS DE ORIGEN DE TITULARIDAD CONTROVERTIDA. TITULARIDAD CONTROVERTIDA, LITIGIOSA Y DUDOSA EN LOS PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 103.4 DEL REGLAMENTO DE GESTIÓN URBANÍSTICA Y 10.3 DEL RD 1093/1997, DE 4 DE JULIO

En mi opinión, el supuesto ahora revisado es el que más interés plantea de entre los considerados, y buena prueba de ellos es su verificable trascendencia práctica, confirmada por las abundantes resoluciones judiciales en que se aborda.

En sentido estricto, el supuesto de titularidad controvertida se plantea cuando, precisamente por constar anotación preventiva de demanda de propiedad (36), la existencia de un conflicto litigioso sobre la atribución de la titularidad dominical del inmueble trasciende al Registro de la Propiedad antes de principiar el proceso urbanístico. En estos casos, la constancia registral del inmueble determina que, en principio, su titular se beneficie de la presunción de que la titularidad dominical sobre la finca le pertenece en la forma determinada por el respectivo asiento (cfr. art. 38, párr. 1.º, de la LH) (37), sin que a tal efecto las dudas que pudiera proyectar la existencia

(35) En la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, el supuesto de fincas de titular con domicilio desconocido se encuentra regulado en los artículos 172.4, párrafo 2.º, y 172.2.a). En esta situación la representación la ostenta el Ministerio Fiscal, se retribuye en terrenos al urbanizador y, además, si el derecho resultante no permite adjudicación de parcela independiente, procederá una indemnización económica sustitutoria.

(36) Como señala ROCA SASTRE, R. M.^a, *ob. cit.*, tomo VI, pág. 359, la anotación preventiva de demanda constituye un instrumento de publicidad registral de la existencia de una posible causa de nulidad, rescisión o revocación de la titularidad inscrita. En el mismo sentido, cfr., PARDO NÚÑEZ, C. R., en su comentario al artículo 42 de la Ley Hipotecaria, en los «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo VII, vol. 5.º, *Artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 2000, pág. 2 y sigs.; y LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *ob. cit.*, págs. 223-227.

(37) El artículo 38, párrafo 1.º, de la LH, establece que: «a todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo...». Este precepto, junto con el

de la anotación preventiva alcancen plasmación material alguna en tanto no se dicte sentencia (y ésta consiga firmeza) que determine la práctica de la pertinente inscripción o cancelación.

Con carácter general y atendiendo a las situaciones de discrepancia que pudiera generar la combinación de títulos y datos físicos de las fincas, el ya citado artículo 103.3 del Reglamento de Gestión Urbanística declara que «*en caso de discordancia entre los títulos y la realidad física de las fincas, prevalecerá ésta sobre aquéllos en el expediente de reparcelación*». Pero cuando la discrepancia se plantee en el orden de la titularidad de los derechos, según la disposición del artículo 103.4 del mismo texto legal, la resolución definitiva corresponde a los Tribunales ordinarios (38), a lo que se añade que, en

párrafo 3.º del artículo 1 y el artículo 37 de la LH recogen el principio de legitimación registral como presunción *iuris tantum* de exactitud.

(38) Con carácter general, el reconocimiento de la competencia del orden jurisdiccional civil para resolver los conflictos de titularidades suscitados en el ámbito del proceso urbanístico aparece recogido por la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo que, de manera recurrente, remite la cuestión a los Tribunales Civiles para su definitiva solución. En este sentido, la sentencia del TSJ de Madrid, de 10 de febrero de 2006 (Sección 1.ª, recurso núm. 570/2000), en su Fundamento de Derecho Segundo, declara que: «...no corresponde al orden contencioso-administrativo resolver la discrepancia en orden a la titularidad de los derechos, cuya resolución corresponde al orden civil, tal y como resulta del apartado 4 del artículo 103 del Reglamento de Gestión Urbanística...», resultando «doctrina jurisprudencial reiterada la que expresa la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para dilucidar las discrepancias que en orden a la titularidad de los bienes afectados se originan en un expediente de reparcelación...», pues «el artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción excluye del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civiles, penales y social, aunque estén relacionados con la actividad de la Administración, y no debe ofrecer duda alguna que el pronunciamiento sobre la titularidad de la parcela litigiosa es una cuestión estrictamente de Derecho Civil». En el mismo sentido, se manifiestan las SSTs de 19 de julio de 1985, 23 de abril de 1992, 24 de noviembre de 2000 y 3 de mayo de 2002, entre otras muchas. Por otra parte, y completando el sentido y alcance del criterio anterior, resulta de interés considerar la doctrina sentada a partir de la STS de 6 de julio de 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso núm. 3695/1993. Ponente: Excmo. Señor don Manuel Vicente Garzón Herrero), a tenor de la cual: «cuando las titularidades implicadas se plantean como dudosas, esa declaración es la que debe formular la Administración, reservando a las partes el derecho a acudir ante la jurisdicción competente, absteniéndose de discutir o negar las titularidades dudosas, cuya representación y defensa corresponde a la Administración. En estos casos, esto es, si las titularidades son dudosas, la Administración ha de formular ese pronunciamiento, el cual determinará el alcance y extensión de la duda, resolución que, en lo que atañe a la duda, será susceptible de control jurisdiccional» pero, en todo caso, «no es función de la Administración decidir, con ocasión de la aprobación de bases y estatutos de una unidad de actuación, la persona que resulte titular de terrenos comprendidos en la unidad de actuación» y «del mismo modo, no es competencia de los Tribunales contencioso-administrativos decidir sobre la existencia de titularidades dominicales en el ámbito de la unidad de actuación pronunciamiento que es de la exclusiva incumbencia de los tribunales civiles» (F.J. 3.º). Esta misma doctrina se reitera, entre otras, en la STS de 19 de abril de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso núm. 525/2002. Ponente:

tales supuestos, el proyecto de reparcelación se limitará «a calificar la titularidad de dudosa o litigiosa, según proceda». Por su parte, el artículo 10.3 del RD 1093/1997 establece: «*Se considerará que existe titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad. En este caso, la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma conste practicada*». La consideración conjunta de la regulación expuesta permite la referencia diferenciada de los siguientes supuestos.

1. SUPUESTO DE DISCREPANCIA ENTRE LOS TÍTULOS Y LA REALIDAD FÍSICA DE LAS FINCAS

En este caso, la desavenencia se materializa entre los títulos que respaldan los derechos de los titulares y los datos dimanantes de la realidad física de los inmuebles en cuestión. A su vez, el supuesto ahora considerado permite diferenciar dos situaciones:

1.^a *Controversia judicial sobre los linderos de la finca de origen*. En este supuesto, la norma del artículo 103.3 del Reglamento de Gestión Urbanística resulta especificada por la previsión contenida en el número 5 del mismo precepto, a cuyo tenor: «*las cuestiones de linderos podrán resolverse en el propio expediente de reparcelación, si media la conformidad de los interesados, acreditada mediante comparecencia o en cualquier otra forma fehaciente*». Pero en el caso de no alcanzarse acuerdo, sin duda la cuestión deberá ventilarse ante los Tribunales ordinarios, es decir, la jurisdicción civil, pues la Administración carece de competencia para resolver la controversia.

2.^a *Controversia judicial sobre la extensión superficial de la finca de origen*. Entiendo que en estas situaciones conviene diferenciar los supuestos en que la superficie del inmueble de origen haya provocado una cuestión litigiosa constante registralmente (mediante la anotación preventiva de demanda) de aquéllos otros casos en los que no se haya declarado una controversia judicial, registralmente constatada, previa al comienzo del proceso urbanístico. En la primera hipótesis considero que habrá que aplicar lo dispuesto en el artículo 10.3 del RD 1093/1997 y, por consiguiente, esperar a que recaiga sentencia firme en el orden jurisdiccional civil. Diversamente, para la segunda de las hipótesis apuntadas, resultaría de aplicación el artículo 103.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, y, por prevalecer la realidad física de la finca en el expediente de reparcelación, entender atribuida la

te: Excmo. Señor don Rafael Fernández Valverde), así como también en la citada del TSJ de Madrid, de 10 de febrero de 2006 (Sección 1.^a, recurso núm. 570/2000) (F.J. 3.º).

competencia para resolver al órgano actuante, cuya resolución, en su caso, podrá ser combatida en el orden contencioso-administrativo mediante los medios de impugnación que resulten ejercitables en el caso concreto frente al acto administrativo de aprobación del expediente (39). Finalmente, también cabría considerar la hipótesis de que la controversia en torno a la determinación de la superficie de la finca de origen generará una situación mixta, resultando que el inmueble únicamente plantee discrepancia superficial en una de sus partes o porciones, en cuyo caso en el expediente procederá diferenciar, en la finca de reemplazo adjudicada por subrogación real de la de origen (cuya superficie se debate), dos cuotas de dominio, proporcionales a cada una de las dos porciones (la debatida y la no discutida), debiéndose trasladar a ambas las dos categorías de titularidad (la controvertida y la que no lo está), y, en todo caso, aplicando el criterio de solución que dispone el artículo 11.5 del RD 1093/1997 (40), al que me refiero más adelante.

2. SUPUESTO DE CONTROVERSIAS EN LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

Es precisamente en las situaciones seguidamente consideradas en las que propiamente se genera un supuesto de *titularidad controvertida*, pues la *controversia* judicial se plantea en orden a la determinación de las titularidades y, además, consta practicada la anotación preventiva de demanda (de propiedad) pues, a tenor de la disposición contenida en el artículo 10.3 del RD 1093/1997, únicamente en este supuesto la Administración actuante va a poder considerar la titularidad como controvertida. Aunque la norma últimamente citada no lo haga (por referirse tan sólo a la hipótesis en que la titularidad de origen conste inscrita), sin duda el supuesto de referencia se completa con la necesaria distinción de dos situaciones diversas a las que seguidamente me refiero:

(39) Este es el supuesto resuelto por la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª Recurso núm. 143/2006. Ponente: Excmo. Señor don José Félix Martín Corredra) de 2 de febrero de 2006, en la que, constatados los pasos seguidos para determinar la superficie real de las fincas, se concluye que «es evidente que el sistema seguido que acaba de exponerse, por el grado de precisión que en la actualidad es posible realizar a través de la fotogrametría digital y las restituciones efectuadas, se considera correcto por la imposibilidad de realizar una topografía clásica. Por ello, se considera correctamente aplicado el artículo 103.3 del RGU del que resulta que en caso de discordancia entre la superficie registral y la real prevalece la última, que es lo que se ha hecho en el proyecto» (F.J. 3.º).

(40) Conviene anticipar que el artículo 11.5 del RD 1093/1997, establece que «cuando al mismo titular de dos o más fincas de origen le correspondiera la adjudicación de una única finca de resultado, el proyecto deberá determinar respecto de ésta la cuota porcentual que corresponda a cada una de las de origen. Determinada dicha cuota, el Registrador trasladará los derechos o cargas preexistentes sobre cada una de las fincas de origen sobre la cuota porcentual que corresponda a aquélla en la finca de resultado».

1.^a *Titularidad controvertida sobre fincas de origen previamente inmatriculadas.* De conformidad con lo que señalé al comienzo de este epígrafe, en esta hipótesis (que, por otra parte, es la específicamente considerada por el art. 10.3 del RD 1093/1997) resultan de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria (y sus concordantes) (41) y, en consecuencia, los efectos propios de la aplicación del principio de legitimación registral. Por consiguiente, por una parte, la inscripción determina para el titular registral el efecto favorable que le permite beneficiarse de la presunción de que el derecho inscrito existe y su titularidad le pertenece en los mismos términos que resulten de su asiento registral y, por otra parte, la constancia de anotación preventiva de demanda tan sólo provocará el traslado de dicho asiento provisional a la finca o fincas de resultado hasta que la contienda judicial quede definitivamente resuelta. Conviene poner de relieve que en este caso la anotación preventiva de demanda de propiedad consta previamente a la iniciación del expediente urbanístico, pues el litigio se generó antes del arranque del proyecto. Pero cabe la posibilidad de que el pleito se suscite una vez ya ha comenzado el proceso de urbanización, en cuyo caso entiendo que el supuesto quedaría excluido del ámbito de aplicación del artículo 10.3 del RD 1093/1997 pero, no obstante, el órgano actuante deberá considerar la existencia del nuevo asiento (supuesto el ingreso en el Registro de la noticia del litigio), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 del RD 1093/1997 (42).

2.^a *Titularidad controvertida sobre fincas de origen no inmatriculadas.* Sin duda, por lo ya expuesto y revisado, esta hipótesis queda excluida del ámbito de aplicación del artículo 10.3 del RD 1093/1997. Pero, habida cuenta de que «*los propietarios y titulares de derechos afectados por la reparcelación están obligados a... declarar las situaciones jurídicas que conozcan y afecten a sus fincas*» (art. 103.1 del RGU), cuya «*omisión, error o falsedad... no podrá afectar al resultado objetivo de la reparcelación*» (art. 103.2 RGU),

(41) Específicamente, tras declarar, en su párrafo 1.º, la presunción de existencia y pertenencia del derecho, como manifestación primera del principio de legitimación registral, el artículo 38, párrafo 2.º, dispone que, como consecuencia de la disposición anterior, «*no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que, previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero*».

(42) El artículo 14.1 del RD 1093/1997, con precisa referencia a la práctica de los asientos posteriores a la nota marginal de iniciación del proyecto, establece que «*si el proyecto adjudicare las fincas de resultado a los titulares de las fincas de origen, según los asientos vigentes en el momento de la presentación del título de equidistribución en el Registro, la inscripción se practicará a favor de éstos, aunque fueren distintos de los que constaban como titulares en el momento de la expedición de la certificación y de la práctica de la nota*».

es claro que puede llegar a producirse y, en consecuencia, conviene considerarla. En esta situación, por no ser operativa la disposición del artículo 10.3 del RD 1093/1997, no cabe sino entender que será de aplicación la disposición del artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística y, en consecuencia, considerar que *«la resolución definitiva corresponde a los Tribunales ordinarios»*. Además, el precepto establece que *«La Administración actuante asumirá la representación de los derechos e intereses de esas titularidades a efectos de la tramitación del expediente. Los gastos que sean imputables a las titularidades referidas podrán hacerse efectivos por la vía de apremio en caso de impago»*. Según tuve ocasión de anticipar al comienzo de este trabajo, en la actualidad es opinión común considerar que, en nuestro sistema, la corrección de las posibles situaciones de inexactitud o contradicción entre el Registro y la realidad extrarregistral debe verificarse sobre las fincas de origen. Atendido este dato, en la situación que ahora considero conviene precisar que si la finca de origen no está inmatriculada debe procederse a la materialización de su ingreso en el Registro y su primera inscripción (a favor de todos los posibles titulares, que serán precisamente aquellos que en el expediente habrán exhibido sus títulos y declarado las situaciones jurídicas afectantes a sus fincas —cfr. art. 103.1 del RGU—) deberá contener la referencia a la situación de controversia que afecta a la finca de origen, que deberá trasladarse a la de resultado y que resultará finalmente resuelta a favor de quien beneficie la sentencia firme por la que se declare la titularidad dominical en el procedimiento ventilado ante el orden jurisdiccional civil. En la situación ahora considerada y para el caso de que la controversia surgiera únicamente respecto de una porción de la finca de origen, entiendo que no procede la fijación de cuotas en la inscripción inmatriculadora de la finca de origen, que tan sólo deberá constatar la existencia de controversia sobre la porción debatida, si bien la fijación de cuotas sí deberá constar posteriormente sobre el inmueble de reemplazo.

3. LA DISPOSICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 10.3 DEL RD 1093/1997, DE 4 DE JULIO, Y EL ALCANCE DE LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 103.4 DEL REGLAMENTO DE GESTIÓN URBANÍSTICA. LA DISTINCIÓN ENTRE TITULARIDAD DUDOSA, LITIGIOSA Y CONTROVERTIDA

Como se vio, con carácter general, el ejercicio de cualquier acción contradictoria del dominio sobre los bienes inmuebles inscritos exige, por expresa disposición legal, la interposición de la correspondiente demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correlativa (cfr. art. 38 de la LH) De conformidad con esta previsión, el RD 1093/1997, en su artículo 10.3 ahora considerado, incorpora el concepto de titularidad controvertida, con precisa

referencia a la situación en la que la titularidad del inmueble sometido a la ordenación urbanística reúna la doble condición de: 1.º Debatirse ante los Tribunales (ordinarios). Y 2.º Haber dado lugar a una concreta medida cautelar: la anotación preventiva de demanda de propiedad (43). En consecuencia, cabe concluir que el supuesto de la titularidad controvertida únicamente se originará cuando conste anotación preventiva de demanda *de propiedad* (que es la dispuesta en el art. 42 de la LH) (44), constante la cual se prevé su traslado por subrogación real a las fincas de reemplazo (de acuerdo con lo establecido en el art. 18 del RD Legislativo 2/2008) (45). Y, diversamente, que cuando no conste anotación preventiva de demanda de la propiedad de la finca, no se podrá considerar que estamos ante un supuesto de titularidad controvertida. Por otra parte, conviene considerar que la Disposición Derogatoria Única del RD 1093/1997, establece la derogación de todas las disposi-

(43) No está de más reincidir en que, en todo caso, esta exigencia se manifiesta conforme con el principio de legitimación registral, que resulta de los artículos 38 y 1.3 de la LH, pues si la Administración actuante calificara de controvertida la titularidad registral por la sola circunstancia de concurrir al respecto alguna alegación por parte de cualquiera de los intervinientes en el proceso de ordenación urbanística, sería el propio órgano actuante el que impondría una limitación no inscrita, y tal efecto, vulnerando el citado principio de legitimación registral, implicaría una extralimitación competencial por cuanto que el asiento del Registro únicamente está «*bajo la salvaguardia de los Tribunales*» produciendo «*todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley*» (cfr. art. 1, párr. 3.º, de la LH).

(44) Conviene reparar en que, según declara el precepto, para que la titularidad registral se califique de controvertida (o litigiosa) la anotación preventiva de demanda debe serlo de *propiedad*, por cuanto que las demandas de otra clase no afectarían a la titularidad del dominio (pleno) sino a derechos reales limitados y, en tal caso, la previsión legal es otra, precisamente la que se contiene en los artículos 11 y 12 del RD 1093/1997, en los que se establece el régimen de los derechos reales, cargas y situaciones jurídicas inscritas sobre las fincas de origen. Con precisa referencia al alcance de la expresión «*demanda de propiedad*», LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *op. cit.*, pág. 224, consideran que el artículo 42.1.º de la LH admite igualmente la acción reivindicatoria de uno que es ya propietario y desea recuperar la posesión de su finca, como la de quien habiendo comprado el inmueble en documento privado y abonado el precio convenido se encuentra con la negativa de su vendedor a entregárselo y también a otorgar escritura pública de venta. En esta segunda situación la acción proviene de quien todavía no ha adquirido el derecho de propiedad sobre la finca sino que pretende la transmisión de la misma en cumplimiento de un contrato previo. En consecuencia, no existe acción real, sino que el comprador se dirige contra su vendedor (titular inscrito) por acción personal, pero la hipótesis descrita cabe en la amplia redacción del artículo 42.1.º de la LH, y la acción personal puede ser objeto de anotación en el Registro de la Propiedad. De lo que resulta que debe considerarse «*demanda de propiedad*», a estos efectos, tanto la que alberga una acción reivindicatoria como una personal en la que se reclama la transmisión de una finca comprada. Por otra parte, el artículo 9 del RH, aunque niega la inscribibilidad de obligaciones o derechos personales, lo hace «*sin perjuicio de que, en cada uno de estos casos... se tome anotación, cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley*».

(45) Tales requisitos afectan directamente al título inscribible en los términos que dispone el artículo 7 del RD 1093/1997.

ciones contenidas en el Reglamento de Gestión Urbanística, de 25 de agosto de 1976, en cuanto se refieren al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

Por lo expuesto, bien podría concluirse que el precepto del artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística quedó derogado expresamente por la Disposición Derogatoria del RD 1093/1997, además de por el propio contenido del artículo 10.3 del mismo texto legal que, imponiendo la exigencia de la anotación preventiva de la demanda de propiedad, en todo caso, es norma especial y posterior. En mi opinión tal conclusión no resulta tan evidente, especialmente si se considera la posibilidad de que las fincas comprometidas no se encuentren ambas inmatriculadas, en cuyo caso resultaría plenamente de aplicación el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, según tuve ocasión de exponer anteriormente (46).

Ciertamente, atendida —a los efectos de la calificación del título inscribible— la regulación de la titularidad controvertida en el RD 1093/1997, no resulta de recibo la consideración de la situación (de titularidad controvertida) cuando no concurre la circunstancia de que el Tribunal ordinario haya acordado la anotación preventiva de demanda de propiedad (a mayor abundamiento, por aplicación de los principios de legitimación registral y el criterio de salvaguarda judicial de los asientos del Registro, tantas veces referidos). En efecto, si quien tiene atribuida competencia de decisión sobre la titularidad de la finca no acuerda la constancia registral del procedimiento ante él mismo seguido, resulta inadmisibles pretender que el ordenamiento consienta que quien carece de la referida competencia pueda decidir, contra el criterio del Tribunal competente, la constancia registral de la pretensión de un tercero ajeno al titular que figura en el Registro de la Propiedad. A pesar de ello, conviene reparar en la disposición contenida en el artículo 51.1 del

(46) En sentido, ya con anterioridad a la aprobación y entrada en vigor del RD 1093/1997, de 4 de julio, ARNÁIZ EGUREN, R., *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, cit., pág. 251, en relación con el artículo 103.4 del RGU, señalaba que, al considerar la distinción entre fincas de titularidad dudosa y de titularidad litigiosa, «la cuestión debería haberse planteado en otros términos. En efecto, si la finca de origen consta inscrita en un solo folio, no se plantean problemas de doble inmatriculación y no existe tracto sucesivo interrumpido, no cabe hablar de titularidad dudosa, dada la presunción contenida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria... Por tanto:

— Si la finca consta inscrita sólo cabe hablar de titularidad litigiosa cuando se hubiese impugnado la titularidad registral, dado lo dispuesto por el citado artículo 38... Por tanto, el órgano actuante no tiene, en esta materia, facultad de calificación de la titularidad litigiosa. Para que ésta pueda ser apreciada, será necesario que conste del Registro que se ha tomado la anotación de demanda en el juicio correspondiente.

— Si la finca no aparece inmatriculada, la cuestión es distinta, puesto que no existe presunción registral alguna que ampare a los que pretenden su titularidad. En este caso, la duda o el posible litigio podrán ser apreciados directamente por el órgano actuante, con las consecuencias que señala el artículo 103 citado».

RD Legislativo 2/2008, por cuya virtud, al declarar inscribibles los actos firmes de aprobación de los expedientes de equidistribución «*en cuanto supongan... la atribución del dominio o de otros derechos reales*» sobre las fincas, expresamente se está atribuyendo a la Administración la capacidad para, siquiera provisionalmente y de manera preventiva, reconocer situaciones determinantes de una consideración en el acuerdo administrativo respecto de la concreción de las titularidades últimas sobre los inmueble afectados por la unidad de ejecución, todo ello en el ejercicio de una función que directamente la norma le asigna. Ahora bien, a pesar de que la atribución (siquiera cautelar) del dominio integra una de las facultades reconocidas a la Administración en los procesos de reparcelación (47), corresponde igualmente a la misma procurar su prudente ejercicio y, en consecuencia, asumir su incompetencia para, de conformidad con la legalidad vigente (cfr. art. 1, párr. 3.º de la LH), abstenerse de suplantar la actuación de los Tribunales ordinarios y, por el contrario, remitir a los mismos la resolución de una situación jurídica dudosa.

Llegados a este punto, cabría recapitular indicando que, en la materia que nos ocupa, concurren tres conceptos que inicialmente conviene diferenciar. A saber:

1.º *Titularidad controvertida*. Es la que se proyecta sobre el inmueble sobre el que consta registralmente la situación de litigiosidad, materializada en una anotación preventiva de demanda de propiedad que se trasladará a las fincas de reemplazo (48).

2.º *Titularidad dudosa*. En esta situación al menos uno de los dos inmuebles comprometidos no consta inmatriculado (pues, de estarlo, se produciría un supuesto de doble inmatriculación —reconducible al art. 10.1 del RD 1093/1997—) pero se constata una situación aparente de doble titularidad, aunque el debate sobre los títulos no haya trascendido judicialmen-

(47) Y, en tal sentido, el artículo 7.2 del RD 1093/1997, al considerar las circunstancias que ha de contener el título inscribible (es decir, en principio «*la certificación de la Administración actuante acreditativa de la aprobación definitiva del proyecto*» o, en su caso, «*la escritura pública otorgada por todos los titulares de las fincas y aprovechamientos incluidos en la unidad, a la que se acompañe certificación de la aprobación administrativa de las operaciones realizadas*» (subrayado por mí) —cfr. art. 6 del RD 1093/1997 y, en el mismo sentido, el artículo 52 del RD Legislativo 2/2008—, expresamente se refiere a la *especificación* de la *titularidad* de las fincas.

(48) Conviene precisar que, constando la situación de titularidad controvertida, la Administración actuante no puede pretender convertir en dudosa la propiedad de unos terrenos que se presenta como indiscutible, ni transformar en litigiosa una titularidad que consta en el Registro de la Propiedad. Así lo declaran las sentencias del TSJ de las Palmas (Sede Canarias. Recurso núm. 2662/1998. Ponente: Excm. Señora doña Inmaculada Rodríguez Falcón), de 25 de mayo de 2001, y del TSJ de Castilla-León (Sede en Burgos. Recurso núm. 51/2003. Ponente: Excm. Señora M. Begoña González García), de 11 de junio de 2004.

te (49). En todo caso, presupuesto de la declaración de titularidad dudosa es la certeza de la situación de las fincas (50).

3.º *Titularidad litigiosa*. Se proyecta sobre fincas entre las que consta controversia judicial, pero sin que ninguno de los inmuebles conste inmatriculado (51). Y con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1093/1997

(49) Como declaraba la STS (Sala 3.ª), de 23 de abril de 1992, el artículo 103.4 del RGU, contempla situaciones que no son propiamente litigiosas, pues la norma «no exige el que la titularidad discrepante se encuentre sometida al conocimiento de los tribunales civiles para que pueda tenerse en cuenta y actuar en consecuencia, siendo suficiente con su existencia, como la alternativa dudosa o litigiosa que el artículo utiliza da claramente a entender, independientemente de que la intervención de tales tribunales se haya producido o vaya a producirse». En la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, se entiende por titularidad dudosa aquella sobre la que ha existido discrepancia en el periodo de información pública o la que el urbanizador califique como tal, debiendo motivarlo. La parcela, o porción de las mismas, cuya superficie tenga el carácter de dudosa se incluye en el proyecto con esa calificación, actuando la Administración como representante de quien sea su titular, retribuyendo al urbanizador en terrenos y si, como consecuencia de ello, su derecho no permite una adjudicación de finca de resultado independiente, se recibirá una indemnización económica que será consignada por el urbanizador a resultas de lo que se resuelva de la duda —arts. 172.2.b) y c), y 172.4 de la LUV y 401.3.b) del ROGTU—. Pero si el urbanizador renuncia a la adjudicación, la misma se distribuirá proporcionalmente entre el resto de propietarios, que también deberán contribuir a las cargas que genere esta adjudicación superior (art. 402.2 del ROGTU).

(50) Así lo establece la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1.ª Recurso núm. 193/2003. Ponente: Excm. Señora doña Francisca María Rosas Carrión), de 24 de noviembre de 2006, que declara la inexistencia de un supuesto de titularidad dudosa (pretendido por los recurrentes) por cuanto que «ni lo actuado en el expediente administrativo ni las pruebas practicadas en este proceso conducen a la conclusión de que los terrenos de los recurrentes se encuentren situados en un punto concreto de la UE 6» (F.J. 4.º), por lo que «de lo expuesto hasta ahora se sigue la conclusión de que los demandantes no justificaron la situación concreta de la finca de su propiedad en vía administrativa ni la han acreditado en este proceso; es más, no existe un principio de prueba o un mero indicio con fuerza bastante para suscitar a la Sala dudas razonables acerca de su posible ubicación dentro de las fincas de aportación número 016 o número 017, por lo que no es procedente declarar a ninguna de las dos de titularidad dudosa en una extensión de 4.100 m², lo que implica la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo, al no haber quedado desvirtuados en este proceso los fundamentos de la decisión administrativa impugnada» (F.J. 5.º).

(51) La STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1.ª Recurso núm. 386/2006. Ponente: Excm. Señora doña Francisca María Rosas Carrión), de 9 de marzo de 2006, desestima el recurso contencioso y confirma el acuerdo municipal de aclaraciones a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad del acuerdo de aprobación definitiva del expediente de modificación parcial de un proyecto de reparcelación, toda vez que la Administración recurrida ha apreciado la existencia de una discrepancia que se fundamenta por el recurrente en la contradicción de su título de adquisición con el considerado en el proyecto, estándose en el caso de no poderse resolver la controversia con la simple comparación de las escrituras e inscripciones registrales, porque la nueva finca incorporada a aquél no estaba inmatriculada y porque se hacen precisas operaciones de carácter técnico para determinar si su superficie correspondía a las cuatro fincas segregadas o quedó como un resto indiviso, por lo que resultaba obligada la *declaración de litigiosidad de la finca* con su correspondiente reflejo en el Registro de la Propiedad.

(puesto que únicamente existía esta categoría como opuesta a la de titularidad dudosa —cfr. art. 103.4 del RGU—) el supuesto comprendía tanto a la actualmente denominada titularidad controvertida como las situaciones de doble inmatriculación, y cualquier otra en las que la titularidad dominical se debatía judicialmente, incluso aunque no constara asiento de anotación preventiva o ni siquiera inmatriculación de los inmuebles (52).

Atendida la realidad normativa vigente, considero que el problema se concreta de manera esencial en la calificación de aquellas situaciones en las que la titularidad registral se enfrenta a una titularidad especialmente protegida por el ordenamiento (vgr., el dominio público, inscrito o no) o a otra que se reclama en una contienda judicial respecto de la que no consta anotación preventiva de demanda. En definitiva, en la constatación de la situación que el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística califica de *titularidad dudosa*, cuya vigencia (en los términos dispuestos por referida disposición normativa, de manera necesaria interpretada sistemáticamente en relación con el precepto del art. 10.3 del RD 1093/1997) resulta puesta en entredicho por algún sector de la doctrina que considera el supuesto embebido en el concepto de titularidad controvertida (53). Pues bien, en tales supuestos parece que lo procedente es que la Administración califique la titularidad del inmueble en cuestión como *dudosa* y, en todo caso, para la solución del conflicto se acuda a los Tribunales ordinarios, en definitiva, nuevamente los órganos del orden jurisdiccional civil. Considero, en consecuencia, que el supuesto de *titularidad dudosa*, a que se refiere el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, no aparece en la actualidad carente de contenido, de tal manera que es posible afirmar que la referida norma sigue conservando su vigencia. Por otra parte, en esta circunstancia en la que las *titularidades* presentan *dudas*, la jurisprudencia, con posterioridad a la entrada en vigor del RD 1093/1997, se ha manifestado en reiteradas ocasiones que van conformando un interesante cuerpo de doctrina que permite sostener la

(52) En la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, se considera titularidad litigiosa aquélla sobre la que conste inscrita una anotación preventiva de demanda en la que se debata o reivindique la titularidad dominical de la finca. La parcela, o porción de ellas, cuya superficie tenga el carácter de titularidad litigiosa se incluye en el proyecto con esta calificación, actuando la Administración como representante de quien sea su titular, retribuyendo al urbanizador en terrenos y si, como consecuencia de ello, su derecho no permite adjudicación de finca de resultado independiente, se recibirá una indemnización económica que será consignada por el urbanizador a resultados de lo que se resuelva en el litigio —arts. 172.2.b) y c), y 174.4 de la LUV, y 401.3.b) del ROGTU—. Y si el urbanizador renuncia a la adjudicación, la misma se distribuirá proporcionalmente entre el resto de propietarios, que también deberán contribuir a las cargas que genere esta adjudicación superior (art. 402.2 del ROGTU).

(53) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, *Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999, pág. 213.

vigencia actual de la indicada situación de *titularidad dudosa* y, por ende, la de la norma que la recoge. Así, como declaraciones más destacadas, resulta de interés la selección de las siguientes:

- La *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª Recurso núm. 3695/1993. Ponente: Excmo. Señor don Manuel Vicente Garzón Herrero) de 6 de julio de 1999*, con cita expresa del artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, declara que «cuando las titularidades implicadas se plantean como dudosas, esa declaración es la que debe formular la Administración, reservando a las partes el derecho a acudir ante la jurisdicción competente, absteniéndose de discutir o negar las titularidades dudosas, cuya representación y defensa corresponde a la Administración. Si las titularidades son dudosas la Administración ha de formular ese pronunciamiento, el cual determinará el alcance y extensión de la duda, resolución que, en lo que atañe a la duda, será susceptible de control jurisdiccional, No es función de la Administración decidir, con ocasión de la Aprobación de Bases y Estatutos de una Unidad de Actuación, la persona que resulte titular de terrenos comprendidos en la Unidad de Actuación. Del mismo modo, no es competencia de los Tribunales contencioso-administrativos decidir sobre la existencia de titularidades dominicales en el ámbito de la Unidad de Actuación, pronunciamiento que es de la exclusiva incumbencia de los Tribunales civiles. La única reserva que podría formularse contra dicho razonamiento es el de que las titularidades afectadas por la Unidad de Actuación no son dudosas para los demandados. El Ayuntamiento de Ávila afirma, sin embargo, en su escrito de casación que: “no ha negado en momento alguno que los recurrentes sean propietarios de unos terrenos en la zona de la Unidad de Actuación o en sus cercanías, únicamente ha entendido que no han acreditado suficientemente dicha titularidad, cuando ésta es una carga que deben cumplimentar precisamente las propias recurrentes”. Ello constituye una confesión paladina de la naturaleza dudosa de las propiedades controvertidas, no sólo en lo referente al “cuánto”, sino al “dónde” y del exceso en que ha incurrido en el acto impugnado al afirmar que la demandante: “no ha acreditado suficientemente dicha titularidad...”. Pero no es solamente el Ayuntamiento quien sostiene la naturaleza dudosa de los derechos de los demandantes, sino que también la otra parte recurrente afirma en el escrito de interposición del recurso de casación: “...los hipotéticos derechos de propiedad que puedan ostentar la referida Comunidad Religiosa, se enfrentan con una situación incierta: se cedió o no en su día el terreno para hacer la calle, o se compensó con aquél sobre el que finalmente

se ha ejecutado ésta; y en su caso ese terreno físicamente identificado se enajenó después, o queda todavía, y está dentro o fuera de los límites de la Unidad de Actuación”. El exceso, sin embargo, no sólo se produce en el acto impugnado, sino que también concurre en la sentencia recurrida que ordena la inclusión de la actora en la Unidad de Actuación, por “conservar titularidad suficiente” sobre los terrenos, conclusión que se obtiene a la vista del examen de la documentación e informe pericial obrante en autos. Es, justamente, esa valoración dominical la que no corresponde efectuar a los Tribunales contenciosos, razón por la que en este punto el recurso de casación ha de ser estimado» (F.J. 3.º). Puede apreciarse que el Tribunal Supremo califica como dudosas las titularidades en situaciones en las que no existe controversia judicial pero respecto de las que procede razonablemente que la Administración las reconozca como tales, en el ejercicio de la facultad de «atribución del dominio» que le atribuye el artículo 51.1 del RD Legislativo 2/2008, cuya prudente consideración ajustada a la demanda de la legalidad declarada por la legislación hipotecaria exige su reenvío a la jurisdicción civil a los efectos de su definitiva solución, pues los asientos referidos a derechos inscribibles únicamente «están bajo la salvaguarda de los Tribunales» —no de la Administración actuante— y, en consecuencia, «producen sus efectos mientras no se declare su inexactitud» por resolución judicial firme (art. 1, párr. 3.º de la LH).

- La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª Recurso núm. 1606/2000. Ponente: Excmo. Señor don Jesús Ernesto Pérez Morate), de 10 de marzo de 2003, acuerda que el motivo de casación alegado por ambas partes no puede prosperar «porque el Tribunal a quo, reconociendo que carece de jurisdicción para pronunciarse acerca del dominio del suelo incluido en el proyecto de reparcelación, se ha limitado a declarar, según establece el artículo 103.4 el Reglamento de Gestión Urbanística, como dudosa la titularidad del terreno reclamado por la Comunidad de Regantes dado que corresponde a la jurisdicción civil la resolución definitiva sobre la propiedad del suelo en el litigio y, por consiguiente, ha anulado el acuerdo municipal aprobatorio del mencionado proyecto de reparcelación a fin de que, como establece el expresado artículo 103.4..., se incluyan en la reparcelación los terrenos en cuestión como de dudosa titularidad hasta que se pronuncie la jurisdicción civil» (F.J. 1.º). En este caso, es el Tribunal del orden contencioso-administrativo que endereza la calificación de la Administración y, anulando el acuerdo municipal por el que se aprueba el proyecto, califica la titularidad como dudosa, si bien remite a los Tribunales ordinarios para la definitiva atribución de la

titularidad sobre la finca. En el supuesto es parte la Comunidad de Regantes de la Acequia del Mestalla a la que, con carácter inveterado y por pública notoriedad se le reconoce la cualidad de expropiado a título de propietario, lo que determina la aplicación al supuesto de la calificación de dudosa en la titularidad de los bienes, lo que constituye principio de no ser admisible equiparar la falta de presentación de cumplida acreditación del dominio con la inexistencia del mismo cuando, como principio de prueba, concurre la propia realidad y la notoriedad aludida que, unido a la persistencia impugnatoria de la Comunidad actora, impone la calificación de dudosa titularidad de los bienes (alternativa a la consecución de un acuerdo con la Comunidad de regantes para la transmutación de sus supuestos derechos dominicales por el equivalente económico aceptable). No habiéndose procedido a esta solución, el Tribunal Supremo entiende que ha de mantenerse la pretensión impugnatoria de la Comunidad (estimada en la Sentencia recurrida), pues es evidente que, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse por el orden jurisdiccional civil en un eventual proceso, el acuerdo reparcelatorio desconoce, respecto de bienes incluidos en la unidad de ejecución, unas titularidades dominicales, sobre las que existen suficientes indicios de preexistencia.

- La STS (*Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª Recurso núm. 3097/2000. Ponente: Excmo. Señor don Pedro José Yagüe Gil*), de 30 de abril de 2003, desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad «Inmobiliaria IMASA, S. A.» que, habiendo comparecido como codemandada en los recursos contencioso-administrativos, no impugnó el acto administrativo de aprobación del proyecto en el que se declaró como dudosa la titularidad de la finca núm... y pretende hacerlo ahora, declarando el Tribunal a estos efectos que «en consecuencia, esa mercantil no puede discutir ahora el hecho de que la finca núm... se haya declarado de titularidad dudosa, *sino que sólo puede discutir aquello en lo que la Sala de instancia modificó el acto impugnado, es decir, la superficie afectada*» (subrayado por mí), contra lo que, sin embargo, la recurrente nada argumenta.
- La STS (*Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª Recurso núm. 2161/2001. Ponente: Excmo. Señor don Segundo Menéndez Pérez*), de 27 de enero de 2004, declara que «la dudosa titularidad es una hipótesis a la que prestan amparo, en principio y sin perjuicio de lo que en definitiva resulte a la luz de todos los elementos de juicio necesarios, tanto lo dispuesto en el artículo 1.959 del Código Civil, relativo la usucapión ordinaria sobre bienes inmuebles, como el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, en la medida en que contempla las posibilidades de una usucapión contra tábulas» (F.J. 4.º).

- La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a Recurso núm. 525/2002. Ponente: Excmo. Señor don Rafael Fernández Valverde), de 19 de abril de 2005, declara que «al margen de las certificaciones registrales y planos catastrales, el resultado de la prueba pericial no puede ser más significativo. En las diversas respuestas y aclaraciones dadas por el perito, en el dictamen emitido en autos, se expresa que la superficie registral de la finca núm. 002 es coincidente con la superficie señalada para la parcela núm. 000 (de 1.462 m²) en el Plano de Fincas Aportadas del Proyecto de Compensación —que es la finca cuya titularidad cuestiona la Junta de Castilla y León—, poniendo, sin embargo, a continuación, de manifiesto sus discrepancias en cuanto a linderos y agrupaciones y exponiendo que la matriz de la segregada núm. 004 (núm. 003) parece tener subsumida en su totalidad a la citada núm. 000. En concreto se expresa que “existen fundadas dudas sobre si realmente la finca agrupada de la 1 y 2 de 731 m² es la resultante de ambas, ya que los linderos finales son imposibles desde el punto de vista de los iniciales”. Las dudas —e, incluso, las propias conclusiones— expuestas por el perito ponen de manifiesto que el Acuerdo del Ayuntamiento de Burgos, confirmando lo previamente acordado por la Junta de Compensación, debió dar crédito a la solicitud de la Junta recurrente dadas las discrepancias suscitadas en relación con la titularidad de la finca mencionada. Es evidente que serán los Tribunales de la Jurisdicción Civil los que, en su caso, y de forma definitiva, se pronunciarán sobre la titularidad cuestionada, pero lo que no resulta ahora discutible es que la duda sobre tal titularidad existe, y existía en el momento de la adopción de los acuerdos cuya legalidad parcialmente se discute. No se trata, pues, de una simple cuestión de linderos, para la que el apartado 5 del artículo 103 permite su definitiva resolución en el propio expediente de reparcelación, sino de una discrepancia en orden a la titularidad de los derechos, correspondiendo, en consecuencia, a la jurisdicción ordinaria, en su caso, su resolución definitiva, y a ésta el comprobar que la Administración actuante procedió, como debió, a calificar la titularidad de dudosa (no pudiendo calificarse de litigiosa ante la ausencia de acreditación alguna en tal sentido)» (F.J. 6.º) (subrayado por mí).
- La STSJ de Madrid (Recurso núm. 570/2000), de 10 de febrero de 2006, declara que el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbánica no ha sido totalmente derogado por el RD 1093/1997, de 4 de julio, sino únicamente respecto de aquellas situaciones de litigiosidad sobre fincas inscritas o sobre aquella porción de los inmuebles protegida por el principio de legitimación registral que únicamente debe-

rían considerarse cuando concurre anotación preventiva de demanda (por aplicación de las previsiones contenidas en los arts. 1 y 38 de la LH y 9 y 22 de la LOPJ, que establecen la reserva a favor de los Tribunales Civiles en relación con las cuestiones de Derecho Civil e Hipotecario). Esta sentencia resuelve la impugnación de un proyecto de compensación basada en «la disconformidad de la recurrente con el reconocimiento que como titular de los restos segregados de la finca registral... se realiza a favor del Ayuntamiento de Madrid, que se considera disconforme a Derecho, interesándose el dictado de una sentencia por la que se anule la aprobación del Proyecto de Compensación, declarando el derecho de los recurrentes a ser reconocidos como propietarios de las parcelas restos de la matriz..., por una superficie de..., y el reconocimiento de sus derechos o, en todo caso, que tales parcelas sean declaradas en litigio a instancias de lo que resuelva en su día la jurisdicción civil si no quedara resuelta la propiedad a favor de los mismos» (F.J. 1.º). La resolución judicial falla la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, con anulación parcial de la aprobación definitiva del Proyecto de Compensación, «por considerarla contraria a Derecho, en el extremo relativo al reconocimiento que como titular de los restos de la finca matriz... y por una superficie de... se realiza a favor del Ayuntamiento, sin hacer especial condena en costas». La estimación del recurso se basa en la consideración de la eventual calificación en el Proyecto de Compensación de la finca como dudosa o litigiosa, a pesar de asumir la falta total de jurisdicción para la concreción de cuál de los litigantes tiene mejor derecho, pues esta cuestión compete exclusivamente a la jurisdicción civil.

- La *STJ de Andalucía (Sede Sevilla) (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª Recurso núm. 202/2003. Ponente: Excmo. Señor don José Antonio Montero Fernández)*, de 7 de marzo de 2006, estima el recurso contencioso y anula la aprobación definitiva de un proyecto de compensación, toda vez que cuando las titularidades, no sólo en caso de reparcelaciones, sino también en supuestos de ejecución del sistema de compensación, son dudosas, la Administración debe limitarse a formular dicha declaración, reservando a las partes el derecho a acudir ante la jurisdicción competente, y absteniéndose de discutir o negar las titularidades dudosas. En tal sentido se declara que «si las titularidades son dudosas, ha de acudirse al criterio manifestado en el expresado artículo 103.4 del RGU, absteniéndose la Administración, directa o indirectamente, de otorgar la propiedad a una de las partes en conflicto. El problema se traslada en este caso a lo que debemos entender por titularidad dudosa. El propio artículo 103.3 distingue

el supuesto de titularidad dudosa, con el de discrepancia entre los títulos y la realidad física, que en este caso debe prevalecer esta sobre aquélla. A este supuesto es al que alude la parte demandada, que se decanta por considerar que, dadas las discrepancias entre el Registro de la Propiedad y la realidad, lo único que se ha plasmado en el Proyecto de Compensación es la realidad existente. Desde luego, a nuestro entender, ya se ha dicho, la tesis de la parte demandada, tal y como se formula, a falta de datos objetivos que la apoyen, ya se ha dicho anteriormente y lo señala expresamente el perito, si bien es un de las tesis posibles, esto es que las fincas sobrantes de la matriz no se corresponden con la superficie real sobrante, no tiene más basamento que un puro acto de voluntad, que a la postre no puede perderse de vista que procede del propietario mayoritario en superficie y porcentaje en la Junta de Compensación que puede imponerse al resto. *Mas de la confrontación de las certificaciones registrales, y los evidentes excesos de cabida, y el resultado de la prueba pericial, ya comentada, donde se llega a justificar una deducción inversa a la de la implícita en el Proyecto de Compensación y explicada en la contestación a la demanda, esto es no que las fincas sobrantes de la matriz arrojen un exceso de cabida real respecto de la registral, sino que las superficies registradas no se ajustan a las segregaciones realizadas por TREINA, S. A., lo que pone en evidencia no es que estemos ante una simple discordancia entre Registro de la Propiedad y realidad, sino que existen más que razonables dudas sobre las titularidades de las superficies en controversia, o lo que es lo mismo, lo que se ha puesto en cuestión es quién es el titular de los 12.445,69 m² referidos. Como se ha indicado, no es labor de la Sala dilucidar esta cuestión, serán en todo caso, los Tribunales Civiles los que habrán de pronunciarse en su caso, pero lo que parece fuera de toda discusión es que la duda sobre tal titularidad existe, y existía al tiempo de la aprobación del Proyecto de Compensación. Y no es, como sostiene la parte demandada, una simple cuestión de discrepancia entre realidad y Registro de la propiedad en cuanto a superficie, que facultaría para su resolución en el Proyecto de Compensación, sino de una discrepancia en orden a la titularidad de la citada superficie, cuestión ajena al presente, pero que debe servir de base para anular el Proyecto de Compensación, puesto que la Administración debió de declarar dicha superficie de titularidad dudosa y actuar en consecuencia» (F.J. 3.º).*

- La STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª Recurso núm. 716/2006. Ponente: Excmo. Señor don Rafael Salvador Manzana Laguarda), de 28 de junio de

2006, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento sobre aprobación del Proyecto de Reparcelación, anulando el acuerdo impugnado por existir duda sobre la titularidad de los bienes, sin que se trate de un simple cuestión de linderos que pueda ser resuelta en el expediente de reparcelación sino de una discrepancia sobre la titularidad de derechos, correspondiendo previamente su resolución definitiva a la jurisdicción ordinaria *comprobando que la Administración procedió a calificar la titularidad de dudosa*.

- La STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a Recurso núm. 223/2003. Ponente: Excmo. Señora doña Francisca María Rosas Carrión), de 22 de noviembre de 2006, estima en parte el recurso contencioso y anula el acuerdo impugnado en el particular relativo a no haber calificado como dudosa la titularidad de 2.125,04 metros cuadrados incluidos en el ámbito de una unidad de ejecución y reconoce a la recurrente el derecho a la precitada calificación, ordenando la rectificación de los correspondientes asientos registrales. La Sala, considerando que la existencia misma de la duda sí resulta susceptible de control por la jurisdicción contenciosa establece que, conforme al resultado de las pruebas practicadas, la duda existe, y también existía en el momento en que se adoptó el acuerdo impugnado, como pone de relieve la documentación obrante en el expediente y el requerimiento de aclaración hecho por el Ayuntamiento a la Junta de Compensación, así como la circunstancia de que las partes codemandadas contemplen en sus escritos de contestación y de conclusiones la posibilidad de que se le reconozca a la recurrente un eventual derecho a indemnización.
- La STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a Recurso núm. 49/2007. Ponente: Excmo. Señor don José Félix Martín Corredra), de 12 de enero de 2007, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo municipal, por el que se aprobó definitivamente el Proyecto de Compensación, anulando el acto impugnado únicamente en el extremo relativo a la parcela a que se refiere el recurso, debiendo declararse la titularidad dudosa de la misma. A juicio de la Sala, el ente municipal, como lo revela la prueba practicada, se ha irrogado la titularidad de los terrenos cuando esa titularidad era más que dudosa, sin que la Administración actuante estuviera habilitada para resolver la duda. Lo procedente, por lo tanto, es anular el proyecto en el particular relativo a los terrenos que Renfe defiende como suyos, que deben ser declarados de titularidad dudosa en la superficie y ubicación reclamados por Renfe, debiendo estarse, en definitiva, a lo que las partes

acuerden al respecto para resolver la duda o lo que, en todo caso, se determine por el orden jurisdiccional civil.

- La *STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª* Recurso núm. 49/2007. Ponente: Excmo. Señor don José Félix Martín Corredera), de 6 de junio de 2007, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid, por el que se estimó parcialmente el recurso de reposición deducido contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno en el que se aprobó definitivamente el proyecto de reparcelación, con desestimación de las alegaciones formuladas por la recurrente, disponiendo que la finca controvertida sea considerada como propiedad dudosa al amparo del artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, anulando el proyecto de reparcelación aprobado en el punto relativo a la titularidad de la finca de reemplazo, cuya titularidad a través de operaciones complementarias habrá de reconocerse a favor de los actores, adjudicándoles los aprovechamientos correspondiente en fincas de reemplazo o, si ello no fuera posible, fijándose la indemnización sustitutoria y, sin perjuicio de que el Ayuntamiento pueda reclamar la titularidad del terreno ante la jurisdicción civil. Esta sentencia resulta especialmente interesante por cuanto que insiste en la diferencia entre titularidad controvertida y titularidad dudosa (aunque por mi parte, por lo antecedentemente expuesto, no comparta la ecuación que la misma contiene entre titularidad controvertida y titularidad litigiosa), declarando al efecto que «el caso que nos ocupa ha de resolverse en sede de la legislación hipotecaria y ha de decirse sin ambages que en el acuerdo impugnado ha sido infringido el artículo 10.3 del RD 1093/1997 ...En efecto, cuando la finca o fincas comprometidas se encuentran inscritas, como ocurre en el caso, sólo cabe hablar de titularidad litigiosa cuando se hubiese impugnado la titularidad registral, en aplicación de lo establecido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, según el cual no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a favor de persona o entidad determinada sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente ...La Disposición Derogatoria Única del... RD 1093/1997 establece la derogación de todas las disposiciones contenidas en el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, en cuanto se refieran al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. No puede olvidarse que por la fecha de aprobación del instrumento de equidistribución... resultaba plenamente aplicable el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria... *No se trata tanto de que haya sido*

derogado el Reglamento de Gestión en su artículo 103.4, pues puede ocurrir que las fincas comprometidas eventualmente no estén inmatriculadas, pero lo cierto es que el artículo 10.3 del Reglamento Hipotecario Urbanístico lo que hace es desarrollar los efectos que incorpora el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Pues bien, de acuerdo con el régimen más depurado del Reglamento Hipotecario Urbanístico, se considerará que existe titularidad controvertida —léase litigiosa— cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad (art. 103). En este caso —añade dicho artículo— la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma coste practicada. Además, ninguna incidencia tienen para la resolución del asunto la posibilidad de que la usucapición se hubiera producido a favor del Ayuntamiento con la calificación del bien como demanial, porque las prerrogativas de la administración (autotutela administrativa) en orden a sus bienes... no pueden alterar la propiedad ni el régimen de posesión definitiva, para lo cual las administraciones locales han de acudir al orden civil... En definitiva, aunque no es competencia del orden contencioso, sino incumbencia exclusiva del orden civil, decidir sobre la posible existencia de usucapición, en orden al proyecto de equidistribución, cuando no existe anotación preventiva de demanda interpuesta por el Ayuntamiento, quien se atribuye la titularidad en virtud de usucapición, ha de considerarse como titular de la finca aportada, el que figure en el Registro de la Propiedad como titular, lo que evidentemente ha sido infringido en la resolución impugnada, lo cual sin necesidad de mayores razonamientos conduce a la estimación del recurso» (F.J. 2.º) (subrayado por mí).

- La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª Recurso núm. 2923/2004. Ponente: Excmo. Señor don Rafael Fernández Valverde), de 4 de junio de 2008, también con evidente propósito clarificador, contiene la interesante declaración de que no «puede aceptarse que los conceptos de “titularidad dudosa o litigiosa”, que se contienen en el artículo 103.4 del RGU, son similares al de “titularidad controvertida” del artículo 10.3 del RD 1093/1997, de 4 de julio, ya que éste, claro es, no es el caso que nos ocupa de contradicción entre dos fincas, sino, si bien se observa, el de un clásico supuesto de litigio sobre la titularidad de una única, concreta y determinada finca. Por ello, el precepto concluye señalando que “la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma resulte practicada”, y, por ello,

el mismo precepto señala que sólo existe “titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad”, ya que, *desde la perspectiva que el precepto contempla el conflicto —la controversia— sólo aflora al ámbito registral cuando se produce la anotación preventiva, mas, sin que tal supuesto excluya otros supuestos —sin duda dudosos y litigiosos— como pudiera ser el de autos, con manifiesta contradicción entre dos inscripciones registrales.* En la STS de 23 de abril de 1992, *en relación con el artículo 103.4 del RGU ya se dijo que “este precepto no exige que la titularidad discrepante se encuentre sometida al conocimiento de los Tribunales civiles para que pueda tenerse en cuenta y actuar en consecuencia”, siendo suficiente con su existencia, cual la alternativa “dudosa o litigiosa” que el artículo utiliza claramente da a entender, independientemente de que la intervención de tales Tribunales se haya producido o vaya a producirse»* (F.J. 6.º) (subrayado por mí).

En definitiva, considero que resulta fundada la conclusión que permite sostener la vigencia de la disposición contenida en el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, en los términos precedentemente expuestos. Por otra parte, resulta de interés precisar que en aquellos supuestos en los que la litigiosidad se proyecta sobre una porción superficial del inmueble que sobrepasa la amparada registralmente, la presunción de legitimación registral contenida en el artículo 38, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria no justifica el requisito de que conste anotación preventiva de demanda de propiedad para poder otorgar relevancia a la evidencia de controversia judicial cuando el procedimiento está iniciado. Además, conviene considerar la disposición contenida en el artículo 76.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, por cuya virtud «*a los efectos de la determinación de las titularidades, se aplicarán las normas de la expropiación forzosa*», previsión que nos conduce al artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa (54), de aplicación supletoria a los expedientes de reparcelación, que dispone la tramitación del expediente inicialmente con quien figure como titular en los registros públicos que otorgan presunción de titularidad y, en última instancia, con quien conste como propietario por simple notoriedad (55). Y es que en determinadas circunstan-

(54) El artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, considera propietario o titular: 1. A quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente. 2. En su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales. 3. Al que lo sea pública y notoriamente.

(55) Al respecto, resulta de interés considerar que el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística Valenciano, aprobado por Decreto 67/2006, de 19 de mayo, en su artículo 412 se refiere a la titularidad por «*pública notoriedad*». La situación considera a aquellos titulares que ordinariamente carecen de derecho inscrito, aunque el

cias, la carencia de un título incontrovertido de propiedad no debe impedir la tramitación del expediente con la persona que presente indicios de una posible titularidad, cuya confirmación última en todo caso corresponderá a los Tribunales civiles. Finalmente, también es de interés señalar que en aquellos casos en los que existe una situación de duda en la que se contrapone una titularidad registral con otra especialmente amparada por el ordenamiento jurídico (por ejemplo, como ya apunté, de dominio público), o en aquellos otros supuestos en los que se opone una apariencia de titularidad a la existencia de un inmueble mostrenco, resulta de todo punto ineficaz y en absoluto justificada la exigencia de que conste la anotación preventiva de demanda de propiedad, pues en tales situaciones la Administración actuante únicamente deberá limitarse «a calificar la titularidad de dudosa» y cumplir con la previsión contenida en el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística que dispone la competencia del orden jurisdiccional civil al que corresponde la resolución en orden a la atribución definitiva de la titularidad sobre la finca en cuestión (56).

hecho de su titularidad resulta público y notorio (vgr., entre otros, los supuestos de caminos públicos, vías pecuarias o acequias, cuya propiedad corresponde al Ayuntamiento, a la Generalitat y a las Comunidades de Regantes, respectivamente). Un ejemplo concreto del supuesto lo hallamos en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª Recurso núm. 1606/2000. Ponente: Excmo. Señor don Jesús Ernesto Pérez Morate), de 10 de marzo de 2003, en la que una de las partes litigantes es la Comunidad de Regantes de la Acequia del Mestalla, y en cuyo Antecedente de Hecho Segundo se describe: «la importancia y público conocimiento... que tiene la organización del riego en la Vega de Valencia desde tiempos inmemoriales —anteriores, incluso, a la Reconquista y respecto de los que el Derecho histórico tan sólo hace una expresa asimilación— y por la, asimismo preexistente, práctica administrativa y jurisdiccional de reconocer a las Comunidades de Regantes de la Vega Valenciana como dueños de, al menos, parte de las conducciones del sistema de acequias. Esta notoriedad, como manifestaciones determinadas, se encuentra en el reconocimiento de la cualidad de expropiado a título de propietario, en las descripciones de linderos de fincas colindantes con los cauces o cajeros y en los contratos de cesión de los mismos (bajo distintas y equívocas formulaciones). Sobre tal premisa fáctica debe examinarse la corrección jurídica del instrumento reparcelatorio impugnado» (el subrayado es mío).

(56) Diversamente, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, *Urbanismo y Registro*, cit., pág. 213, considera que «la Administración actuante sólo puede calificar la titularidad registral como dudosa o litigiosa cuando se acredite la existencia de la anotación preventiva de demanda, pero no si ésta no consta practicada en el Registro». Entiende este autor que el precepto del Reglamento de Gestión Urbanística ha de entenderse *modificado y completado* por el artículo 10.3 del RD 1093/1997, que es norma posterior. Por lo expuesto, considero suficientemente justificados los argumentos que me deciden a adoptar una conclusión contraria.

VII. RÉGIMEN DE LAS TITULARIDADES LIMITADAS Y DE LOS DERECHOS Y GRAVÁMENES INSCRITOS SOBRE LAS FINCAS DE ORIGEN

El artículo 7 del RD 1093/1997, al describir las circunstancias que ha de contener el título inscribible, se refiere a que el mismo ha de incluir «*especialmente: ...4. Determinación de la correspondencia entre las superficies o aprovechamientos aportados al proyecto y las fincas de resultado adjudicadas, conforme al mismo, a los titulares de las primeras*». Con carácter general, verificada tal equivalencia, en el ámbito propio de la subrogación real —al producirse el efecto de la «*subrogación de las fincas de origen por las de resultado*» (57)—, la consecuencia que del mismo se deriva es la de que los derechos reales, cargas y demás situaciones jurídicas recayentes sobre las fincas de aportación se trasladen sobre las de reemplazo. De todo lo cual debe darse constancia registral en el nuevo folio abierto.

No obstante, a pesar de que el descrito sea el efecto ordinariamente previsto, es posible que en determinadas situaciones la consecuencia apuntada no sea la que efectivamente se produzca, y que, en determinadas hipótesis, se planteen soluciones diversas en orden a la subsistencia de las situaciones jurídicas inscritas preferentemente a las fincas de adjudicación, quiero decir, constantes registralmente ya sobre las fincas de origen. A estas situaciones, que seguidamente paso a revisar, se refieren los artículos 18 del RD Legislativo 2/2008 y 11 y 12 del RD 1093/1997.

1. TITULARIDADES, DERECHOS REALES Y CARGAS INCOMPATIBLES CON LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA

Con referencia a este caso, el artículo 18.2 del RD Legislativo 2/2008, únicamente dispone que «*en los supuestos de subrogación real, si existiesen derechos reales o cargas que se estimen incompatibles con la ordenación urbanística, el acuerdo aprobatorio de la distribución de beneficios y cargas declarará su extinción y fijará la indemnización correspondiente a cargo del propietario respectivo*» (58). La norma por la que se desarrolla esta previsión se contiene en el artículo 11 del RD 1093/1997. A tenor de este último precepto, serán objeto de cancelación: «*las titularidades condicionales, derechos*

(57) El artículo 18.1 del RD Legislativo 2/2008 establece que «*el acuerdo aprobatorio de los instrumentos de la distribución de beneficios y cargas produce el efecto de la subrogación de las fincas de origen por las de resultado...*».

(58) En relación con la disposición contenida en el artículo 18.2 del RD Legislativo 2/2008, conviene tener en cuenta que el artículo 54.5 del mismo declara que el título en cuya virtud se inscribe el proyecto de equidistribución será suficiente para «*la cancelación de derechos reales incompatibles, en la forma que reglamentariamente se determine*».

y cargas inscritos sobre las fincas de origen, que el proyecto declare incompatibles con la ordenación urbanística, siempre que en dicho proyecto se solicitase expresamente, con especificación de la indemnización que, en su caso, haya de satisfacerse a su titular y siempre que conste que se ha pagado o consignado su importe». Una detenida consideración de la norma permite matizar algunos aspectos sobre los requisitos que en la misma se establecen y que son los siguientes:

1.º *Necesidad de una declaración, contenida en el proyecto, por la que las titularidades condicionales, los derechos y las cargas objeto de cancelación se declaren incompatibles con la ordenación urbanística.* Al respecto convendría precisar que, puesto que la ley no establece ningún criterio previo para determinar en qué situaciones debe entenderse que concurre la exigida incompatibilidad, la competencia para determinarla corresponderá a la Administración actuante que, en cada caso concreto, tendrá que declarar si entre las titularidades, derechos y cargas y la ordenación urbanística concurre tal incompatibilidad determinante de la imposibilidad de su ejecución.

2.º *Solicitud expresa de cancelación contenida en el proyecto.* Para consumir el propósito de que el Registrador de la Propiedad practique el asiento de cancelación es preciso que la Administración actuante interese expresamente la práctica del mismo. En caso contrario el titular del Registro únicamente podrá hacer constar la situación jurídica de previa declaración de incompatibilidad. Es por lo que es preciso que en la certificación administrativa por la que se acredita la aprobación definitiva del proyecto consten las cargas y derechos inscritos sobre las fincas de origen que serán objeto de cancelación (59).

3.º *Especificación, constante en el proyecto, de la indemnización que, en su caso, haya de satisfacerse al titular del derecho o carga.* A los efectos de determinar las cuantías indemnizatorias habrá que estar a lo dispuesto en el Título III —intitulado «Valoraciones»— del RD Legislativo 2/2008 (arts. 21

(59) Así lo exige el artículo 7.7 del RD 1093/1997, por cuya virtud en el supuesto de que el proyecto de equidistribución «mencionase la existencia de cargas o derechos no dominicales inscritos con fecha posterior a la de la nota marginal de iniciación de expediente y de los que el órgano actuante tenga conocimiento durante su elaboración y tramitación» para la práctica del trámite de su traslado deberán aplicarse las reglas contenidas en los apartados 3 y 4 del mismo artículo. Asimismo, al respecto, conviene tener presente que el artículo 51.1 del RD Legislativo 2/2008 declara inscribibles «los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística en cuanto supongan la modificación de... otros derechos reales» sobre las fincas, precisando el artículo 52 que, salvo previsión legal diversa, dichos actos «podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa expedida por órgano urbanístico actuante, en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a las que afecte el acuerdo».

a 28) (60). Con precisa referencia a la determinación del sujeto pasivo de la obligación de indemnizar, en principio el artículo 18.2 del RD Legislativo 2/2008 declara que la misma corresponde «a cargo del propietario respectivo». Pero conviene tener en cuenta la previsión contenida en el artículo 18.5 de dicha norma por cuya virtud, no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, «*las indemnizaciones por la extinción de servidumbres prediales o derechos de arrendamiento incompatibles con el instrumento de ordenación urbanística o su ejecución, se considerarán gastos de urbanización en el instrumento de distribución de beneficios y cargas correspondiente*», por lo que, en consecuencia, atendida su naturaleza de «*gastos de urbanización*» deberán ser abonadas por todos los propietarios interesados *proporcionalmente* a la superficie de sus respectivos inmuebles (cfr. art. 8.1 del RD 2/2008, de 20 de junio).

4.º *Constancia en el proyecto del pago o consignación del importe de la indemnización.* Mediante esta exigencia el legislador se propone garantizar el cumplimiento de la obligación indemnizatoria.

2. TITULARIDADES, DERECHOS REALES Y CARGAS COMPATIBLES CON LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA

Habida cuenta de que, según anticipé, la competencia para determinar la incompatibilidad con la ordenación urbanística de las titularidades, derechos y cargas corresponde a la Administración actuante, cuando el proyecto silencie la declaración de la circunstancia de incompatibilidad, se impone la conclusión de que tales situaciones jurídicas deben ser consideradas compatibles. En consecuencia, en estos supuestos, el Registrador deberá proceder de oficio a trasladarlas a las fincas de resultado, adjudicadas por subrogación real a los titulares de las fincas de aportación, siempre que el titular del derecho o carga trasladado resulte notificado en los términos prevenidos legalmente (cfr. art. 11.2 del RD 1093/1997). En ocasiones, la verificación del traslado de los gravámenes, de las fincas de origen a las de resultado, en función de las situaciones concretas que la conversión —físico-jurídica— de

(60) En este sentido, el artículo 21.1 del RD Legislativo 2/2008 establece que «las valoraciones del suelo, las instalaciones, construcciones y edificaciones, y *los derechos constituidos sobre o en relación con ellos*, se rigen por lo dispuesto en esta Ley...» (subrayado por mí). Por su parte, el artículo 28 del mismo texto legal señala el régimen supletorio aplicable, al declarar que, en todo lo no dispuesto en esta Ley, la valoración se realizará: «a) *Conforme a los criterios que determinen las leyes de ordenación territorial y urbanística, cuando tenga por objeto la verificación de las operaciones precisas para la ejecución de la ordenación urbanística y, en especial, la distribución de los beneficios y las cargas de ella derivada.* b) *Con arreglo a los criterios de la legislación general de expropiación forzosa y de Responsabilidad de las Administraciones Públicas, según proceda, en los restantes casos*».

los inmuebles pudiera plantear, suscita dificultades prácticas que el legislador ha contemplado específicamente en el artículo 11 del RD 1093/1997, ofreciendo solución a cada una de ellas. Se trata de las situaciones siguientes:

1.º *Una finca de origen y una finca de resultado.* En atención a este supuesto, el artículo 11.3 dispone lo siguiente: «*Si al titular de una finca de origen se le adjudica una única finca de resultado, bastará para el traslado que el proyecto mencione su existencia sobre la finca de origen*». Se trata de la situación más simple de entre las que se pueden suscitar y su consideración no plantea dificultad alguna. En este caso el Registrador deberá proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.3 del RD 1093/1997, a cuyo tenor: «*No será necesaria la conformidad de los titulares registrales y bastará instancia ante el Registrador del titular del derecho cancelado cuando la correspondencia entre la finca de origen y la finca de resultado se deduzca directamente de los asientos del Registro*». Claro que la dificultad bien podría suscitarse cuando el proyecto de equidistribución silenciara alguno de los derechos o cargas sobre la finca de origen de los que hubiera constancia registral. En tales casos procedería la subsanación del defecto mediante la rectificación del título por simple error material, aunque nada impide tampoco que el Registrador, siempre que del título inscribible se deduzca la notificación del expediente a su titular, traslade directamente el gravamen, especialmente si éste se incluye en la certificación de cargas que menciona el artículo 5 del mismo texto legal, por ser cuestión meramente formal (61).

2.º *Una finca de origen y varias fincas de resultado.* Cuando al titular de una sola finca de origen se le adjudican, por subrogación real, varias fincas de reemplazo, se aplicará la misma previsión que en el supuesto anterior. Así lo establece el artículo 11.4 del RD 1093/1997. De manera que todas las fincas de resultado van a quedar afectadas por las titularidades, derechos y cargas que gravaban las fincas de origen «*sin que sea necesario que el proyecto distribuya entre estas últimas la carga o derecho trasladado*» (62).

(61) Al respecto, el artículo 51 del RH dispone que «*las inscripciones extensas, a que se refiere el artículo 9 de la Ley, contendrán los requisitos especiales que para cada una de ellas determina este Reglamento, y se practicarán con sujeción a las reglas siguientes: ...7.ª Las cargas y limitaciones de la finca o derecho que se inscriba se expresarán indicando brevemente las que consten inscritas o anotadas con referencia al asiento donde aparezcan...*».

(62) Lo que sugiere que en el supuesto de que la Administración considerara que, por el contrario, sí lo es (necesario), el órgano actuante puede proceder a la verificación de la distribución de las cargas o derechos trasladados entre todas o algunas de las fincas de resultado. Con precisa referencia a los derechos reales de garantía inmobiliaria (hipoteca, anticresis) conviene considerar su carácter de indivisibles (nota puesta de relieve con carácter general en el art. 1.860 del CC) y la declaración contenida al respecto en el artículo 123 de la LH, a cuyo tenor «*si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaren*

3.º *Varias fincas de origen y una finca de resultado.* El artículo 11.5 del RD 1093/1997 establece que: «cuando al mismo titular de dos o más fincas de origen le correspondiera la adjudicación de una única finca de resultado, el proyecto deberá determinar respecto de ésta la cuota porcentual que corresponda a cada una de las de origen. Determinada dicha cuota, el Registrador trasladará los derechos o cargas preexistentes sobre cada una de las fincas de origen sobre la cuota porcentual que corresponda a aquélla en la finca de resultado». Con anterioridad a la aprobación de esta norma, por aplicación del principio extraído de la disposición general contenida en el artículo 45 del Reglamento Hipotecario, se podía concluir que la finca de resultado quedaba gravada con todas y cada una de las cargas de las fincas aportadas y en sus mismos términos y condiciones (63). De esta manera resulta constituida una comunidad proindiviso de derechos que se resolverá en el momento en que, llegada la fase de ejecución de las garantías —si es que de esta categoría de derechos reales inmobiliarios se tratare— se proceda a la realización del valor de las mismas mediante el ejercicio del *ius distrahendi* cuya facultad integran (cfr. art. 1.858 del CC). A mi modo de ver, la única cuestión que al respecto pudiera plantearse sería la relativa a la determinación del rango de cada uno de los gravámenes, considerados en su conjunto, por cuanto que la posibilidad de desagrupación posterior (determinada por la ejecución forzosa del gravamen de procedencia) que se erige en criterio de solución del supuesto en los casos de agrupación simple no sería de aplicación en la hipótesis ahora considerada, habida cuenta de la imposibilidad de verificación de la referida desagrupación por haberse cancelado definitivamente la finca de origen. Podría, no obstante, apuntarse como solución la distribución del valor global de la finca de resultado en diversas cuotas, cada una de las cuales fuera representativa de la porción afectada, respectivamente, por cada uno de los derechos y cargas trasladados.

En cualquier caso, mediante la solución contenida en el artículo 11.5 del RD 1093/1997, se evita la imposible subsistencia de derechos reales compati-

el acreedor y el deudor», de manera que no verificándose esta distribución del crédito asegurado con la hipoteca, «podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera e las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez». En este supuesto, atendida la circunstancia de que la ausencia de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas de resultado no impide el desarrollo de la actuación urbanística, considero que el órgano actuante, en esta situación, no va a poder reemplazar la voluntad concorde de acreedor y deudor en orden a la distribución del crédito hipotecario y, en consecuencia, la posibilidad apuntada (derivada del último inciso del art. 11.4 del RD 1093/1997, interpretado *a contrario sensu*) no tendrá viabilidad.

(63) El artículo 45 del RH precisa, en su párrafo 3.º, que «podrán agruparse fincas pertenecientes a distintos propietarios, siempre que se determine, de acuerdo con lo que resulte del título, la participación indivisa que a cada uno de ellos corresponda en la finca resultante de la agrupación».

bles con la ordenación urbanística existentes sobre una (o más) de las fincas de origen que, de otra manera, al desaparecer éstas, no podrían subsistir. Así, por ejemplo, constituido un derecho real de garantía hipotecaria sobre la finca de origen, una vez formada la de resultado el gravamen hipotecario se trasladaría a la cuota porcentual que corresponda a la finca de origen en la de resultado, porción que, en todo caso, padecerá la ejecución del gravamen, sin que la hipoteca pueda extenderse a las demás fincas integrantes de la agrupación (64).

4.º *Varias fincas de origen y varias de resultado.* Con relación a este supuesto, el artículo 11.6 del RD 1093/1997 dispone que «*cuando al mismo titular de varias fincas de origen le correspondiera la adjudicación de distintas fincas de resultado, se tendrán en cuenta las reglas contenidas en los apartados 3, 4 y 5, en cuanto fueren aplicables al caso*». La aplicación de las reglas contenidas en los apartados mencionados por el precepto resulta como consecuencia de la correspondencia entre las diversas fincas de origen aportadas por un mismo titular y cada una de las fincas de resultado que le sean adjudicadas, aspecto éste que debe quedar establecido en el proyecto de equidistribución (cfr. art. 7.4 del RD 1093/1997) determinando el surgimiento de alguno de los supuestos a que se refieren los distintos apartados del artículo 11 a los que la norma ahora considerada se remite.

Es posible que la finca de origen resulte gravada con derechos inscritos en fecha posterior a la nota marginal de iniciación del expediente pero constantes en el proyecto de equidistribución por haber tenido conocimiento de los mismos la Administración actuante durante la tramitación del expediente. En tal supuesto, el artículo 11.7 del RD 1093/1997 establece que «*se aplicará a su traslado lo dispuesto en los apartados 3 y 4, sin que sea necesaria la fijación de la cuota a que se refiere el apartado 5*» (65).

(64) Cfr. artículo 45 y siguientes del RH, cuyo criterio resulta coincidente con el del artículo 110 de la LH que, al tratar de la extensión objetiva de la hipoteca dispone que «se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 1.º Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por *accesión natural*...» (subrayado por mí). Sorprende la diversidad de criterio que, para este supuesto, se establece en el Reglamento de Gestión Urbanística (RD 2159/1978, de 23 de junio), cuyo artículo 122.3 dispone que «cuando no haya exacta correspondencia entre las fincas adjudicadas y las antiguas, el acuerdo constituirá un título de adquisición originaria a favor de *los adjudicatarios y éstos recibirán la plena propiedad de aquéllas, libre de toda carga que no se derive del propio acuerdo*» (subrayado por mí), criterio extensivo a «*los casos de adjudicaciones proindiviso o con modificación sustancial de las condiciones de la primitiva titularidad*» (art. 122.4 RGU). Considero que la contradicción debe resolverse a favor de la norma contenida en el RD 1093/1997, por tratarse de una norma posterior (art. 2.2 del CC) y, en consecuencia, entender derogada la disposición del RGU.

(65) La precisión del último inciso resulta evidente por cuanto que en la hipótesis, ahora considerada, no se plantea la cuestión que funda la previsión excluida.

Finalmente, el artículo 11.8 otorga preferencia al acuerdo unánime de los particulares sobre las demás reglas contenidas en el artículo. Así: «*Cuando mediere acuerdo unánime de todos los titulares activos y pasivos de los derechos preexistentes sobre las fincas de origen en orden a su subsistencia, distribución, concreción en determinadas fincas de resultado o especificación de su rango, el Registrador inscribirá el traslado conforme a lo pactado. Dicho acuerdo podrá formalizarse mediante comparecencia de todos los titulares interesados en el expediente o en virtud de escritura notarial complementaria*» (66).

3. IMPOSIBLE SUBSISTENCIA DE DETERMINADOS DERECHOS Y CARGAS COMPATIBLES CON LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA

En la práctica puede suceder que determinados derechos y cargas que resultan compatibles con la ordenación urbanística sean, no obstante, de imposible subsistencia en la finca de adjudicación sobre la que se impone su traslado. Y que dicha consecuencia se imponga por razón de sus concretas características, o por las condiciones de ubicación o uso del inmueble en cuestión. Precisamente la concurrencia de intereses diversos es lo que justifica un tratamiento jurídico diferente del que se contiene en el artículo 11.1 para el supuesto de derechos o cargas incompatibles con la ordenación urbanística, en el que por prevalecer el interés público procede la extinción y cancelación de los derechos y cargas incompatibles. Diversamente, en los supuestos de imposible subsistencia, el Registrador trasladará el gravamen a la finca de resultado de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 11 del RD 1093/1997 para el caso de derechos compatibles, por prevalecer el interés particular cuya protección se puede alcanzar sin que sea preciso para ello la interrupción de la tramitación del expediente urbanístico.

Para resolver las dificultades que en estas situaciones se plantean, hay que recurrir a las disposiciones contenidas en los artículos 18.3 del RD Legislativo 2/2008 y 12 del RD 1093/1997.

Cuando la imposibilidad de subsistencia del gravamen resulta declarada por el proyecto de equidistribución, quedará constancia en el Registro de esta

(66) Esta previsión constituye una manifestación, en el ámbito del expediente de equidistribución, del principio de autonomía de la voluntad que se contiene en el artículo 1.255 del Código Civil, para cuya plasmación formal en el contexto previsto por la norma, el precepto señala de manera alternativa la comparecencia de todos los titulares interesados en el expediente o la escritura notarial. Esta fórmula alternativa empleada recuerda la previsión del artículo 216 del RH que, con precisa referencia al acuerdo de distribución del crédito hipotecario, permite que el mismo se formalice, además de en el mismo título inscribible, «*en otro documento público, o en solicitud dirigida al Registrador, firmada o ratificada ante él, o cuyas formas estén legitimadas*».

situación mediante la inscripción de aquél. En cambio, si la imposibilidad es apreciada por el Registrador, el artículo 12.1 establece que éste *«lo hará constar así en el asiento respectivo»*. En consecuencia, la vigencia del gravamen y su imposible subsistencia sobre la finca de reemplazo deberá constar en el nuevo folio abierto a la misma, pero sin que se decrete su cancelación. El Registrador deberá hacer constar el traslado y la situación de imposibilidad de subsistencia que afecta al derecho o carga trasladado en la nota de despacho de la certificación del proyecto, así como también el dato relativo a si la situación de imposibilidad ha sido apreciada por el órgano actuante o por el Registrador al calificar el título. En este último supuesto, el Registrador hará constar las razones que estime oportunas en las que justifique la imposible subsistencia del derecho o carga (art. 12.2). Llegados a este punto, los titulares activos y pasivos del derecho o carga de que se trate podrán convenir en escritura pública su cancelación o conversión en un derecho de crédito garantizado con hipoteca, salvo que las partes convinieran en otra forma de garantía (cfr. arts. 18.3 del RD Legislativo 2/2008 y 12.3 del RD 1093/1997).

Cualquiera de los titulares activos o pasivos del derecho o carga declarado de imposible subsistencia está legitimado para acudir al Juzgado competente en el orden jurisdiccional civil, en los supuestos a que se refiere el artículo 12.2 del RD 1093/1997, que son los siguientes:

1.º Cuando *«no estuviese conforme con la calificación registral sobre la imposibilidad de subsistencia del derecho o carga»*. A pesar del tenor del precepto, entiendo que la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil también debe extenderse al supuesto de que la imposibilidad de subsistencia del derecho o carga no fuera apreciada directamente por el Registrador sino por la Administración actuante en el proyecto de equidistribución, pues no tratándose de una incompatibilidad de naturaleza urbanística, la hipótesis no deja de suponer una confrontación de intereses entre particulares que, participando del mismo fundamento que la previsión expresamente contemplada por el precepto, debe igualmente permitir a los sujetos enfrentados beneficiarse de la posibilidad de acudir a la vía civil para obtener una declaración judicial por la que se determine la incompatibilidad o compatibilidad de su derecho o carga.

2.º Cuando *«no conviniera con la otra parte sobre su valoración»*. En este caso corresponderá al órgano judicial la determinación del valor del derecho o carga de conformidad con los criterios contenidos en los artículos 21 a 28 del RD Legislativo 2/2008.

3.º Cuando no conviniera con la otra parte sobre la constitución de *«la hipoteca que ha de garantizar el crédito correspondiente»*. En este supuesto el Juez deberá manifestarse respecto de la conversión o no del derecho o carga en un derecho de crédito garantizado con hipoteca y, resuelto el litigio en el sentido positivo de su procedencia, se verificará la inscripción de la garantía real hipotecaria en virtud del correspondiente mandamiento judicial.

Además, en este caso, «podrá pedirse la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la demanda correspondiente» (art. 12.5 del RD 1093/1997).

VIII. EL SUPUESTO ESPECIAL DE LAS FINCAS EDIFICADAS

A diferencia de los supuestos regulados en los artículos 10 del RD 1093/1997 y 103 del Reglamento de Gestión Urbanística, que se refieren a concretas especialidades atinentes a las titularidades de los inmuebles (doble inmatriculación, titularidad desconocida o en ignorado paradero, titularidad controvertida, litigiosa y dudosa), la situación a la que me refiero en este apartado hace referencia a determinadas peculiaridades de la adjudicación de los inmuebles en atención a las características de los mismos.

La regulación de la adjudicación de las fincas edificadas aparecía contenida en el artículo 166.3 del TRLS de 1992 (67). Al mismo supuesto se refieren los artículos 89 y 90 del Reglamento de Gestión Urbanística. Pero, puesto que el precepto contenido en el artículo 166.3 del RD Legislativo 1/1992 fue declarado inconstitucional, apareciendo expresamente mencionado como derogado en la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones, la regulación vigente del supuesto actualmente se localiza de manera exclusiva en los artículos 89 y 90 del Reglamento de Gestión Urbanística, de aplicación general en todo el territorio nacional, aunque supletoria en defecto de la existencia de alguna norma propia autonómica (68). Las situaciones reguladas son las siguientes:

(67) El artículo 166.3 del TRLS de 1992 declaraba lo siguiente: «No serán objeto de nueva adjudicación, conservándose las propiedades primitivas, sin perjuicio de la regularización de linderos, cuando fuere necesaria y de las compensaciones económicas que procedan: a) Los terrenos edificadas con arreglo al planeamiento. b) Los terrenos con edificación no ajustada al planeamiento, cuando la diferencia, en más o en menos, entre el aprovechamiento que le corresponda conforme al plan y el que correspondería al propietario en proporción a su derecho en la reparcelación, sea inferior al 15 por 100 de éste último, siempre que no estuvieren destinados a usos incompatibles con la ordenación urbanística».

(68) En este sentido, el artículo 174.9 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, dispone que: «cuando en el área reparcelable estén incluidos terrenos edificadas sobre suelo privado con usos y tipologías compatibles con el planeamiento, éstos no serán objeto de nueva adjudicación, conservándose las propiedades primitivas, sin perjuicio de la regularización de linderos cuando fuere necesaria, y de las compensaciones económicas que procedan teniendo en cuenta lo prescrito en el Capítulo III del Título I de esta ley. Si se trata de fincas parcialmente edificadas, la aplicación de lo previsto en el citado Capítulo III se hará respetando en las valoraciones la unidad económica de la finca de origen aunque la reparcelación puede segregar parte de ella para su adjudicación a tercero, si es solución adecuada para mantener el equilibrio económico de la actuación». Por su parte, en el artículo 174.10 de la LUV se establece la adjudicación íntegra a sus primitivos propietarios de los terrenos en que existan edificios

1.^a *Supuesto de terrenos edificados con arreglo al planeamiento.* Cuando la unidad reparcelable incluya edificaciones ajustadas al planeamiento, los terrenos edificados no serán objeto de una nueva adjudicación y se conservarán las propiedades primitivas, sin perjuicio de la regularización de linderos cuando fuere necesaria, así como de las compensaciones económicas que procedan (art. 89.1 RGU).

2.^a *Supuesto de fincas parcialmente edificadas.* En este caso resulta innecesaria la nueva adjudicación sobre la parte de la finca que se encuentre edificada, pudiendo segregarse la superficie libre (art. 89.2 RGU).

3.^a *Supuesto de edificios no ajustados al planeamiento.* En esta situación los terrenos en que existan edificios no ajustados al planeamiento se adjudicarán íntegramente a sus primitivos propietarios, también sin perjuicio de la regularización de linderos y de las compensaciones pertinentes, precisándose algunas circunstancias adicionales, ya que la norma especifica la posibilidad de demolición cuando ésta sea necesaria para la ejecución de las obras de urbanización previstas en el plan, o cuando esté destinado a usos radicalmente incompatibles con la ordenación, o que esté decretada su demolición en virtud de expediente de infracción urbanística, o cuando esté en parcela mínima edificable (art. 90 RGU).

«En los demás casos, no comprendidos en los dos artículos anteriores, los edificios incluidos en la unidad de reparcelación no serán tenidos en cuenta a efectos de adjudicación de las superficies en que se hallen enclavados, sino que serán objeto de tasación, decretándose su inmediato desalojo y demolición» (art. 91 RGU).

IX. CONCLUSIONES

I. En ocasiones, *la materialización de los planes urbanísticos encuentra escollo cuando en los proyectos de reparcelación las fincas de aportación presentan situaciones registrales especiales o anómalas* a las que el Derecho Privado no puede ofrecer solución inmediata sin frenar la agilidad de las operaciones de equidistribución. Con el propósito de ofrecer soluciones a estas situaciones, el *RD 1093/1997, de 4 de julio*, como norma principal al respecto, establece fórmulas específicas que permiten la consolidación física de las fincas de resultado (y con ello la culminación del proceso urbanístico), sin perjuicio de que la determinación última de las titularidades correspondientes a las mismas pueda quedar pendiente de una ulterior declaración judicial.

no ajustados al planeamiento, aunque sea sin perjuicio de la regularización de linderos y de las compensaciones pertinentes, concurriendo las circunstancias que se recogen en el mismo precepto.

II. Por cuanto se refiere a la *inmatriculación de las fincas de origen*, el artículo 8 del RD 1093/1997 declara que la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución es título suficiente para «*la inmatriculación de fincas que carecieren de inscripción*» (apartado 1), declaración que resulta coincidente con el encabezamiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor se refiere a la «*inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna*». Igualmente se debe proceder necesariamente a la inmatriculación de los bienes de dominio público incluidos en la unidad de ejecución (cfr. art. 51.2 del RD 2/2008, en relación con los artículos 2.6.º de la LH y 24 del RH, y art. 36 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que consagra la obligatoriedad de la inscripción).

III. En cuanto a la *rectificación de la descripción registral de las fincas de origen*, el artículo 8 del RD 1093/1997 (como también el art. 54.5 del RD Legislativo 2/2008) atribuye al proyecto de equidistribución, una vez resulte aprobado definitivamente, virtualidad suficiente para, en relación con las fincas, proceder a «*la rectificación de su extensión superficial o de sus linderos o de cualquier otra circunstancia descrita, sin necesidad de otro requisito*» (y, en el mismo sentido, cfr. art. 7.3 del mismo texto legal).

IV. Con precisa referencia a la *formación de las fincas de origen*, el artículo 8 del RD 1093/1997 declara que la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución será título suficiente para: «*2. La realización de las operaciones de modificación de entidades hipotecarias que sean precisas para la formación de las fincas que han de ser incluidas en la unidad de ejecución*». En este punto, la norma se refiere a las modificaciones formales de fincas inscritas, en las que se produce una alteración en su realidad registral, como sucede en los supuestos de *agrupación* (cfr. arts. 7.5 y 18.2 del RD 1093/1997) y *segregación* de fincas (cfr. arts. 8.2 del RD 1093/1997 y 47 del RH).

V. En los *supuestos de reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre las fincas de origen*, y a fin de evitar los costes económicos, dilatación temporal y demás inconvenientes derivados de los procedimientos ordinariamente previstos en la legislación hipotecaria para la solución de este orden de situaciones (expediente de dominio y acta de notoriedad), hay que atender a la previsión de carácter general contenida en el artículo 54.5 del RD Legislativo 2/2008, según la cual el título en cuya virtud se inscribe el proyecto de distribución de beneficios y cargas será suficiente para la reanudación del tracto sucesivo en la forma que reglamentariamente se determine. E igualmente a la específica reglamentación que con relación a la «*reanudación del tracto sucesivo interrumpido sobre las fincas de origen*», se contiene en el artículo 9 del RD 1093/1997, precepto que dispone una regulación diferenciada según se trate de cada uno de los siguientes supues-

tos: a) *Supuesto en el que los títulos públicos intermedios tan sólo estuviesen pendientes de inscripción* (art. 9.1); b) *Supuesto en el que la inscripción contradictoria tenga más de treinta años de antigüedad* (art. 9.2); y c) *Supuesto en el que la inscripción contradictoria tenga treinta años o menos de antigüedad* (art. 9.3).

VI. Para el supuesto de doble inmatriculación de las fincas de origen, el artículo 10.1 del RD 1093/1997, dispone lo siguiente: *«Si la finca constare doblemente inmatriculada, por haberse practicado la nota correspondiente con anterioridad a la iniciación del procedimiento de equidistribución, o dicha doble inmatriculación resultare probada como consecuencia de las operaciones del propio proyecto, deberán considerarse interesados en el proceso los titulares registrales de la finca doblemente inmatriculada, según cada inscripción, lo que supondrá el mantenimiento de dicha situación en la adjudicación de las fincas de resultado y en su inscripción registral, la cual se practicará a favor de quien acredite mejor derecho en el juicio declarativo ordinario que corresponda por su cuantía en el orden jurisdiccional civil. Todo ello, sin perjuicio del convenio entre los titulares afectados formalizado en escritura pública. En la inscripción de las fincas de resultado se harán constar las circunstancias correspondientes a las fincas de origen que hubieren sido objeto de doble inmatriculación»*. En este caso, con precisa referencia a la práctica del asiento registral caben dos posibilidades: a) En el supuesto de seguirse el procedimiento de cancelación de folios de las fincas de origen y apertura de hoja a las fincas de resultado, a que se refiere el artículo 18.3 del RD 1093/1997, en cada una de las fincas de origen se ha de proceder a la cancelación de su folio registral siguiendo las reglas ordinarias, aludiendo en cada cancelación a la misma finca de resultado; b) En el supuesto de seguirse el sistema de agrupación instrumental y ulterior división de la finca, a que se refiere el artículo 18.2 del RD 1093/1997, se practicará nota marginal de la citada agrupación en las dos fincas de origen que suponen doble inmatriculación, haciendo mención de ambas en el asiento de agrupación y constituyendo por división una sola finca en sustitución de las dos fincas de origen.

VII. Cuando el titular de la finca de origen sea desconocido: *«la finca de resultado se inscribirá a favor de la Administración actuante, con carácter fiduciario y para su entrega a quien acredite mejor derecho sobre la misma»*. Y si el titular de la finca de origen estuviere en ignorado paradero: *«la defensa de sus intereses, durante la tramitación del proceso, corresponderá al Ministerio Fiscal, salvo que el ausente tuviese designado representante con facultades suficientes»*. Ambos supuestos aparecen regulados en el artículo 10.2 del RD 1093/1997.

VIII. En atención a las situaciones de discrepancia que pudiera generar la combinación de títulos y datos físicos de las fincas, el artículo 103.3

del Reglamento de Gestión Urbanística declara que «*en caso de discordancia entre los títulos y la realidad física de las fincas, prevalecerá ésta sobre aquéllos en el expediente de reparcelación*». Pero cuando la discrepancia se plantea en el orden de la titularidad de los derechos, según la disposición del artículo 103.4 del mismo texto legal, la resolución definitiva corresponde a los Tribunales ordinarios, a lo que se añade que, en tales supuestos, el proyecto de reparcelación se limitará «*a calificar la titularidad de dudosa o litigiosa, según proceda*». Por su parte, el artículo 10.3 del RD 1093/1997, establece: «*Se considerará que existe titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad. En este caso, la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma conste practicada*». Atendido el contenido de los anteriores preceptos y considerando su respectivo ámbito de aplicación material, cabría recapitular indicando que, en la materia que nos ocupa, concurren tres conceptos que inicialmente conviene diferenciar. A saber: 1.º *Titularidad controvertida*. Es la que se proyecta sobre el inmueble sobre el que consta registralmente la situación de litigiosidad, materializada en una anotación preventiva de demanda de propiedad que se trasladará a las fincas de reemplazo. 2.º *Titularidad dudosa*. En esta situación, al menos uno de los dos inmuebles comprometidos no consta inmatriculado (pues, de estarlo, se produciría un supuesto de doble inmatriculación —reconducible al art. 10.1 del RD 1093/1997—) pero se constata una situación aparente de doble titularidad, aunque el debate sobre los títulos no haya trascendido judicialmente. En todo caso, presupuesto de la declaración de titularidad dudosa es la certeza de la situación de las fincas. 3.º *Titularidad litigiosa*. Se proyecta sobre fincas entre las que consta controversia judicial pero sin que ninguno de los inmuebles conste inmatriculado. Y con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1093/1997 (puesto que únicamente existía esta categoría como opuesta a la de titularidad dudosa —cfr. art. 103.4 del RGU—) el supuesto comprendía tanto a la actualmente denominada titularidad controvertida como las situaciones de doble inmatriculación, y cualquier otra en las que la titularidad dominical se debatía judicialmente, incluso aunque no constara asiento de anotación preventiva o ni siquiera inmatriculación de los inmuebles.

IX. En cuanto al *régimen de las titularidades limitadas y de los derechos y gravámenes inscritos sobre las fincas de origen* se deben distinguir diversas hipótesis. Con referencia a las *titularidades, derechos reales y cargas incompatibles con la ordenación urbanística*, el artículo 18.2 del RD Legislativo 2/2008, únicamente dispone que «*en los supuestos de subrogación real, si existiesen derechos reales o cargas que se estimen incompatibles con la ordenación urbanística, el acuerdo aprobatorio de la distribución de beneficios y cargas declarará su extinción y fijará la indemnización*

correspondiente a cargo del propietario respectivo» (69). La norma por la que se desarrolla esta previsión se contiene en el artículo 11 del RD 1093/1997, a cuyo tenor, serán objeto de cancelación «las titularidades condicionales, derechos y cargas inscritos sobre las fincas de origen, que el proyecto declare incompatibles con la ordenación urbanística, siempre que en dicho proyecto se solicitase expresamente, con especificación de la indemnización que, en su caso, haya de satisfacerse a su titular y siempre que conste que se ha pagado o consignado su importe». Por cuanto se refiere a las titularidades, derechos reales y cargas compatibles con la ordenación urbanística, habida cuenta de que la competencia para determinar la incompatibilidad con la ordenación urbanística de las titularidades, derechos y cargas corresponde a la Administración actuante, cuando el proyecto silencie la declaración de la circunstancia de incompatibilidad, se impone la conclusión de que tales situaciones jurídicas deben ser consideradas compatibles. En consecuencia, en estos supuestos, el Registrador deberá proceder de oficio a trasladarlas a las fincas de resultado, adjudicadas por subrogación real a los titulares de las fincas de aportación, siempre que el titular del derecho o carga trasladado resulte notificado en los términos prevenidos legalmente (cfr. art. 11.2 del RD 1093/1997). En ocasiones, la verificación del traslado de los gravámenes, de las fincas de origen a las de resultado, en función de las situaciones concretas que la conversión —físico-jurídica— de los inmuebles pudiera plantear, suscita dificultades prácticas que el legislador ha contemplado específicamente en los números 1 a 7 del artículo 11 del RD 1093/1997, ofreciendo solución a cada una de ellas, debiéndose significar al respecto que el artículo 11.8 otorga preferencia al acuerdo unánime de los particulares sobre las demás reglas contenidas en el artículo. Por otra parte, en la práctica puede suceder que determinados derechos y cargas que resultan compatibles con la ordenación urbanística sean, no obstante, de imposible subsistencia en la finca de adjudicación sobre la que se impone su traslado. Y que dicha consecuencia se imponga por razón de sus concretas características, o por las condiciones de ubicación o uso del inmueble en cuestión. Precisamente es la concurrencia de intereses diversos lo que justifica un tratamiento jurídico diferente del que se contiene en el artículo 11.1 para el supuesto de derechos o cargas incompatibles con la ordenación urbanística, en el que por prevalecer el interés público procede la extinción y cancelación de los derechos y cargas incompatibles. Diversamente, en los supuestos de imposible subsistencia, el Registrador trasladará el gravamen a la finca de resultado de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 11 del RD 1093/1997 para el caso de

(69) En relación con la disposición contenida en el artículo 18.2 del RD Legislativo 2/2008, conviene tener en cuenta que el artículo 54.5 del mismo declara que el título en cuya virtud se inscribe el proyecto de equidistribución será suficiente para «la cancelación de derechos reales incompatibles, en la forma que reglamentariamente se determine».

derechos compatibles, por prevalecer el interés particular cuya protección se puede alcanzar sin que sea preciso para ello la interrupción de la tramitación del expediente urbanístico. Para resolver las dificultades que en estas situaciones se plantean hay que recurrir a las disposiciones contenidas en los artículos 18.3 del RD Legislativo 2/2008 y 12 del RD 1093/1997.

X. Finalmente, al *supuesto especial de las fincas edificadas*, se refieren los artículos 89 y 90 del Reglamento de Gestión Urbanística (de aplicación general en todo el territorio nacional, aunque supletoria en defecto de la existencia de alguna norma propia autonómica), en el que se regulan las situaciones siguientes: 1.º *Supuesto de terrenos edificados con arreglo al planeamiento*. Cuando la unidad reparcelable incluya edificaciones ajustadas al planeamiento los terrenos edificados no serán objeto de una nueva adjudicación y se conservarán las propiedades primitivas, sin perjuicio de la regularización de linderos cuando fuere necesaria así como de las compensaciones económicas que procedan (art. 89.1 RGU). 2.º *Supuesto de fincas parcialmente edificadas*. En este caso resulta innecesaria la nueva adjudicación sobre la parte de la finca que se encuentre edificada, pudiendo segregarse la superficie libre (art. 89.2 RGU). 3.º *Supuesto de edificios no ajustados al planeamiento*. En esta situación los terrenos en que existan edificios no ajustados al planeamiento se adjudicarán íntegramente a sus primitivos propietarios, también sin perjuicio de la regularización de linderos y de las compensaciones pertinentes, precisándose algunas circunstancias adicionales, ya que la norma especifica la posibilidad de demolición cuando ésta sea necesaria para la ejecución de las obras de urbanización previstas en el plan, o cuando esté destinado a usos radicalmente incompatibles con la ordenación, o que esté decretada su demolición en virtud de expediente de infracción urbanística, o cuando esté en parcela mínima edificable (art. 90 RGU). «En los demás casos, no comprendidos en los dos artículos anteriores, los edificios incluidos en la unidad de reparcelación no serán tenidos en cuenta a efectos de adjudicación de las superficies en que se hallen enclavados, sino que serán objeto de tasación, decretándose su inmediato desalojo y demolición» (art. 91 RGU).

X. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986.
ARNÁIZ EGUREN, R., *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1995.
— *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Madrid, 1999.
CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. V, 3.ª ed., Pamplona, 1983.
CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., «Actos inscribibles en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del

- Suelo», en *Actualidad Administrativa*, núm. 14, quincena del 16 al 31 de julio de 2009, tomo 2, Ed. La Ley, págs. 1619-1642.
- CLEMENTE MEORO, M. E., *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Valencia, 2007, 2.^a ed.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 4.^a ed., Madrid, 1995.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., «La reparcelación y la compensación en relación con el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril de 1985, núm. 565.
- *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo V, *Urbanismo y Registro*, Madrid, 1999
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2003, 2.^a ed., revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría y Joaquín Rams Albesa.
- PARÉJO GÁMIR, R., «Perspectivas notariales en la nueva Ley del Suelo», en *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.^a ed., Madrid, 2001.
- ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho Hipotecario*, tomo III, 8.^a ed., Barcelona, 1995.
- RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994.

RESUMEN

REPARCELACIÓN. URBANISMO

Con relativa frecuencia práctica, la materialización de los planes urbanísticos encuentra un escollo importante cuando, en los proyectos de reparcelación, las fincas de aportación presentan situaciones especiales, anómalas o incluso patológicas registralmente, que en la práctica dificultan las operaciones de equidistribución por cuanto que, en tales casos, las normas del Derecho Privado resultan habitualmente insuficientes para resolver, de manera definitiva y en el momento en que se producen, las situaciones (conflictuales o no) planteadas, lo que impone acudir al recurso de la solución ofrecida por el Tribunal competente (la jurisdicción civil) cuya cadencia, resolutoria a menudo, entra en contraste necesario con la inveterada agilidad que

ABSTRACT

PLOT REDIVISION. URBAN PLANNING

There is a major stumbling block that relatively frequently hinders the practical implementation of development plans. That is when the plans call for the redivision of lots, and the lots to be redivided are in situations that are, in terms of registration, special, anomalous or even pathological. In practice this hampers the equal distribution of lots, and in such cases the rules of private law usually prove themselves unequal to the task of addressing such situations definitively as they arise, whether the situations are conflictive or not. Under these circumstances, the only solution is to turn to the competent judicial authorities (the civil jurisdiction), whose decision-making cadence often necessarily contrasts with the

reclama el ritmo del proceso urbanístico. Con el propósito de ofrecer vías de solución que, sin prejuzgar la definitiva situación consolidada judicialmente, permitan el avance en la ejecución urbanística, el RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, establece normas específicas, en función de cada uno de los supuestos en él considerados, que permiten la consolidación física de las fincas de resultado (y con ello la culminación del proceso urbanístico), sin perjuicio de que la determinación última de las titularidades correspondientes a las mismas pueda quedar pendiente de una ulterior declaración judicial. A la consideración de las indicadas situaciones —y algunas otras, vinculadas de manera esencial a la problemática relativa a las fincas y aprovechamientos de origen— y su problemática más destacada se dedica este trabajo.

inveterate agility required by the pace of the development process. To offer solutions that would enable development work to go forward without prejudging the eventual definitive, judicially consolidated situation, Royal Decree 1093/1997 of 4 July (approving the rules supplementing the Regulation for the enforcement of the Mortgage Act on the entry in the Property Registry of acts of a development-related nature) establishes specific rules to meet each of a number of cases, to enable the physical consolidation of the resulting properties (and thus the culmination of the development process) notwithstanding the fact that the ultimate decision about the ownership of those properties may be pending a judicial declaration. This paper looks at the situations envisaged in the Royal Decree (and a few other situations that have an essential link to the problems of properties and original uses) and the foremost points of these problems.

(Trabajo recibido el 15-02-09 y aceptado para su publicación el 10-07-09)

La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo) (*)

por

CARMEN JEREZ DELGADO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

I. PERSPECTIVA JURÍDICA:

1. PRIMERA CUESTIÓN: ¿TIENE FUERZA LEGAL EN ESPAÑA LA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE ESPAÑOL OTORGADA ANTE NOTARIO EXTRANJERO?
2. SEGUNDA CUESTIÓN: LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD, ¿SON UN OBSTÁCULO A LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL DOCUMENTO NOTARIAL EXTRANJERO?

II. PERSPECTIVA POLÍTICA:

1. INTERESES CONCURRENTES EN EL ÁMBITO NACIONAL.
2. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN OTROS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA.
3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN A NIVEL INSTITUCIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA.

REFLEXIÓN FINAL.

BIBLIOGRAFÍA.

(*) Este estudio se realiza en el seno del proyecto «La unificación del Derecho privado Europeo: Estado actual y perspectivas de futuro (III)» (UAM-CAM, 2008).

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, estamos a la espera de que la Sala Primera del Tribunal Supremo resuelva la cuestión de si el Registrador español debe admitir la inscripción en el Registro de la Propiedad de un documento público autorizado por Notario extranjero. En particular, sí procede la inscripción de una escritura notarial alemana de compraventa de inmueble sito en España, siendo los otorgantes de nacionalidad alemana.

Igualmente, estamos a la espera de que la Unión Europea apruebe un instrumento normativo sobre las escrituras públicas. En el trasfondo de la cuestión encontramos no sólo argumentos jurídicos sino también argumentos políticos, relativos a la defensa de intereses de diversa índole, según veremos. La Unión Europea deberá ponderar, junto a sus propios principios constitutivos, las posibilidades reales de reconocimiento mutuo de las escrituras públicas, mientras que nuestro Tribunal Supremo ha de atenerse a la normativa jurídica española para resolver el recurso de casación que tiene pendiente. Sin embargo, el peso de ese otro tipo de intereses se deja sentir, al menos en la doctrina de nuestra DGRN (1).

Aunque en nuestro Ordenamiento Jurídico encontramos diversos argumentos favorables al acceso a los libros del Registro de la Propiedad de este tipo de documentos extranjeros relativos a inmuebles, la doctrina de la DGRN es contraria a admitirlo. Probablemente la razón está en la citada confluencia, en esta materia, de intereses corporativos de diversa índole, lo que hace que en última instancia la solución buscada pueda convertirse —más que en una solución técnica— en una solución de política legislativa. Veamos hasta qué punto es cierta esta afirmación. El análisis separado de las dos perspectivas, jurídica y política, nos permitirá valorar la complejidad que entraña la cuestión.

I. PERSPECTIVA JURÍDICA

Para analizar la cuestión desde el punto de vista jurídico, vamos a tomar como referencia el caso que actualmente está pendiente de casación. El origen del pleito está en la calificación negativa emitida por un Registrador de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife (véase, en nota, la relación de los hechos) (2). El Registrador rechaza la inscripción registral de una escritura

(1) Adviértase que al tiempo de publicarse este trabajo se ha producido el cambio del equipo directivo de dicho Órgano.

(2) HECHOS DEL CASO.—El 24 de octubre de 1984 se vendió la mitad indivisa de un apartamento sito en el Puerto de la Cruz (Tenerife), reservándose el vendedor el derecho de usufructo vitalicio. El contrato se realizó en Alemania, por documento público

pública de compraventa de un apartamento otorgada ante Notario alemán. La nota de calificación expresa con claridad las dos razones por las que se rechaza la inscripción, que señaló: «No se practica la inscripción de dicho documento porque no se considera adecuado para acceder al Registro de la Propiedad español [1] al carecer de plena fuerza legal en España, y [2] ser el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales muy diferente del alemán».

Recurrida la calificación, ésta fue confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (3). Los argumentos de la DGRN no convinieron a los Jueces de Primera y Segunda Instancia, partidarios de recurrir al Derecho Internacional Privado y a las normas previstas en la Legislación Hipotecaria. En ambas instancias se estimó el recurso frente a la calificación registral (4).

Por otra parte, en su Resolución de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005/5645), la DGRN mantuvo la misma doctrina que en la anterior (de 7 de febrero de 2005, aquí comentada), y denegó el acceso al Registro de la Propiedad de Denia de otra escritura pública de venta otorgada también ante Notario alemán, alegando lo siguiente:

«Aunque la autenticidad de cualquier documento notarial como forma del consentimiento pueda reconocerse con carácter transfronterizo, en cambio, el control de legalidad que el Notario ejerce tiene un alcance limitado al ordenamiento aplicable en el Estado al que pertenece. (...). El documento notarial alemán (...), no tiene valor traditorio ni efecto traslativo del dominio ni, por tanto, carácter

otorgado ante un Notario alemán, con el consentimiento de la copropietaria de la otra mitad indivisa del bien, siendo todos los partícipes de nacionalidad alemana.

El inmueble había sido adquirido por los copropietarios mediante escritura pública otorgada ante Notario español y constaba inscrito en el Registro de la Propiedad español. Al fallecer el vendedor y titular del usufructo vitalicio, se presentó en el Registro de la Propiedad la solicitud de inscripción en nombre de la compradora. Previamente, se había solicitado la exención por prescripción del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y se había liquidado el pago del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones correspondiente a la extinción del usufructo vitalicio.

La solicitud de inscripción iba acompañada de la solicitud de cancelación del usufructo y de abundante documentación: La citada escritura pública de compraventa emitida por el Notario alemán; su traducción oficial; una certificación de hechos expedida en castellano por otro Notario alemán (hechos relativos a la compraventa, la capacidad de las partes, la muerte del vendedor y titular del usufructo, y la traducción literal al castellano del certificado oficial de defunción, anexándose su original en alemán), y la autoliquidación de los impuestos correspondientes.

(3) Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005/2452).

(4) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 6, de Santa Cruz de Tenerife, de 9 de marzo de 2006 (AC 2006/244), y sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, núm. 391/2006 (Sección 4.ª), de 22 de noviembre (AC 2007/188). Ponente: Ilmo. Señor don Emilio Fernando Suárez Díaz).

inscribible en el ordenamiento jurídico español, que atribuye a los Notarios españoles una función de control, una presunción de legalidad en su intervención y unos deberes de cooperación con la Administración Pública no extensibles a los Notarios extranjeros» (5).

Al respecto cabe comentar que si bien tales deberes de cooperación con la Administración Pública y demás argumentos, no son extensibles a los Notarios extranjeros, sí podemos afirmar que lo son a los Registradores de la Propiedad (art. 254 LH), lo que lleva a cuestionar hasta qué punto esto es un obstáculo real a la inscripción registral. Más adelante nos detendremos en la cuestión.

Como acertadamente explica el Juez de Primera Instancia (6) y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial (7), el objeto del recurso debe limitarse *al contenido de la calificación, debiendo resolverse exclusivamente en atención a los hechos y fundamentos expuestos por el Registrador en su calificación* (8). Por esta razón, trataremos por separado, a modo de cuestiones, cada uno de los dos argumentos empleados por el Registrador de la Propiedad para denegar la inscripción.

1. PRIMERA CUESTIÓN: ¿TIENE FUERZA LEGAL EN ESPAÑA LA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE ESPAÑOL OTORGADA ANTE NOTARIO EXTRANJERO?

En relación con la cuestión de la fuerza legal de los documentos extranjeros en España y, en particular, de la escritura pública de compraventa

(5) Esta Resolución de la DGRN, de 20 de mayo de 2005, comienza aludiendo a la cuestión, indicando que ya ha sido abordada por la Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005, que viene siendo objeto de nuestro comentario. Dada la proximidad de fechas, es lógico que la DGRN haya seguido la misma línea en ambas. La Resolución ha sido criticada por Beatriz AÑOEROS TERRADAS («Comentario a la Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 2005, RJ 2005/5645», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, octubre-diciembre de 2006, págs. 1295-1312). En su comentario, la autora sostiene que *los documentos notariales otorgados en el extranjero sí pueden tener acceso al Registro español e indica qué condiciones deben cumplir*. A su juicio, *la negativa de la DGRN a inscribir la escritura vacía claramente el contenido del artículo 4 LH y el artículo 36 RH*. La autora concluye felicitando al Juez de Primera Instancia que, en el caso que ahora comentamos, anuló la Resolución de la DGRN: *Lo que no podemos admitir —dice— es que se «retuerza» la Ley para dar satisfacción a un monopolio profesional*.

(6) En el Fundamento de Derecho Primero.

(7) En su Fundamento de Derecho Segundo.

(8) En el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia de Primera Instancia se citan los artículos 19 bis y 324-327 de la Ley Hipotecaria, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), entre otros argumentos.

del inmueble sito en territorio español y otorgada ante un Notario alemán, la DGRN, primero, y el Abogado del Estado, después, han empleado argumentos en contra, respaldando la calificación del Registrador de la Propiedad. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, por el contrario, han criticado dichos argumentos y han aportado un razonamiento jurídico favorable a su admisión.

1.1. *Argumentos en contra*

El principal argumento utilizado por la DGRN para confirmar la calificación negativa del Registrador (y por tanto, para desestimar la pretensión de inscripción del documento extranjero) fue que la forma pública, cuando es exigida de modo específico por el Ordenamiento, cumple una función de control. En estos casos —explica la DGRN— la forma está al servicio de ciertos intereses que no sólo son los de los adquirentes, sino también los de terceros y, en particular, los de las Administraciones Públicas, y, concretando más aún, los de la Administración Tributaria. Dice así:

«y entonces, detrás de la forma se encubre, aparte del consentimiento, también un requisito de fondo del negocio: una forma de control, más allá de la autonomía privada, como condicionante inexcusable de ciertos efectos jurídicos».

El hecho de que el Notario español colabore con la Administración Tributaria en lo relativo al pago de los impuestos correspondientes al acto jurídico inscribible, justificaría la negativa de acceso a nuestros Registros de estos documentos otorgados ante un Notario extranjero que no tiene —declara la DGRN— *formación y autoridad para controlar una legalidad ajena a su competencia*, ni está sometido a *deberes de cooperación con una Administración Pública de la que no forma parte*.

A la vista de lo anterior, pudiera pensarse que una cuestión de fondo es la relativa al cobro por la Administración española del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, que en nuestro país se controla tradicionalmente a través del cuerpo de Notarios. La Resolución de la DGRN, recurrida en este caso, parece argumentar que si admitimos el acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas por Notarios extranjeros, sin más requisitos, se estaría facilitando el fraude fiscal. Respaldando la doctrina de la DGRN, el notario Juan ÁLVAREZ-SALA (9) afirma que *la resolu-*

(9) En «¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?», *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre de 2008, núm. 22. http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=24&seccion_ver=0 (fecha de consulta, febrero de 2009).

ción no ha hecho más que aplicar sencillamente la ley y garantizar la legalidad de los títulos inscribibles, con igual rigor para los documentos del foro que los del extranjero, sin privilegios ni discriminaciones. Sin embargo, más adelante comprobaremos cómo el propio autor es consciente y pone al descubierto otros intereses presentes en la solución del conflicto, y su convicción de que no es tanto una cuestión jurídica como de otra índole.

Es cierto que en algunos casos, en los que no está presente el interés de la Administración Tributaria, la DGRN ha admitido la equivalencia de las formas en lo que se refiere a la prueba fehaciente de los actos (por ejemplo, en relación con poderes formalizados ante autoridades extranjeras). Sin embargo, como hemos visto, entiende *problemático* admitir la equivalencia cuando el Derecho interno exige que intervenga un Notario u otra autoridad del foro como un requisito de eficacia del acto, a fin de proteger los intereses del foro.

En este sentido, el Abogado del Estado que intervino en el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife defendió que la interpretación correcta del artículo 4 LH, que declara inscribibles *en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes*, presupone «*la equivalencia en la concepción de la función notarial de cada país*». A su juicio, la equivalencia no se da en el caso de la compraventa ante Notario alemán de un inmueble ubicado en España, porque el Notario alemán no está obligado a informar a los contratantes sobre el Derecho español ni a emitir un juicio sobre la legalidad del acto conforme al Ordenamiento español.

1.2. Crítica y argumentos a favor

La cuestión que planteamos es la siguiente: ¿Son realmente dichos intereses tributarios los que inclinan definitivamente la balanza? Si no fuera así, ¿existe realmente una falta de equivalencia de formas entre los documentos? Porque, como es sabido, los intereses de la Administración Tributaria quedan salvados por la existencia, en la actual legislación, de controles alternativos a los ordinariamente previstos. Siendo así, habría que plantearse únicamente el tema de la falta de equivalencia de formas entre los documentos, en relación con lo visto hasta ahora.

En efecto, el Ordenamiento español ha previsto controles alternativos al notarial a efectos de colaboración con la Administración Tributaria. En particular, la Ley Hipotecaria obliga al Registrador de la Propiedad al control del pago de los *impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes*,

si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir (10). Y el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que *en el supuesto de escrituras autorizadas por funcionarios extranjeros, el plazo de prescripción se computará desde la fecha de su presentación ante cualquier Administración española* (11). Esto último evita el fraude fiscal que pudiera suponer el retraso de la inscripción a la espera de la prescripción del hecho impositivo.

¿Es, pues, el interés de la Administración Tributaria, en última instancia, la razón que late tras la cuestión de la denegación de acceso a nuestro Registro de la Propiedad de este tipo de documentos? Mi opinión, como anuncié al inicio, es que convergen en este asunto dos tipos de argumentos: los de índole estrictamente jurídica y otros de diversa índole, relacionados con intereses profesionales o corporativos, no exentos de conflicto en la actual política económica del país. En definitiva, los intereses presentes no son exclusivamente los de la Administración Tributaria.

En este sentido, la Audiencia Provincial criticó en su sentencia el argumento utilizado, relativo al fraude fiscal. La Audiencia, que considera que éste es el argumento central empleado por la DGRN, declara que existe un *cierto desenfoque* en este planteamiento, y recuerda que se está omitiendo la referencia a las normas de Derecho Registral y de Derecho Internacional privado.

También la doctrina ha criticado que la DGRN utilizase como argumento de fondo la función de control del documento público cuando es exigido por el Ordenamiento (12).

A mi juicio, la resolución es criticable en este punto pues si las dos razones que se alegan, en última instancia, para negar la equivalencia de la escritura pública extranjera son que el Notario extranjero no puede realizar el

(10) Artículo 254.1 LH. Esta medida ha sido ratificada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, que añade nuevos párrafos al artículo. Relacionado con el anterior está el artículo 255 LH, que admite la extensión del asiento de presentación, pero exige la suspensión de la calificación en tanto no esté cumplido el pago del impuesto correspondiente. A este respecto, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS («Comentario a la Resolución de la DGRN, de 20 de mayo de 2005, RJ 2005/5645», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, octubre-diciembre de 2006, págs. 1295-1312, pág. 1310) alega a favor de la inscripción, junto a otros argumentos, que *no debe olvidarse que la obligación de satisfacer los pagos fiscales correspondientes (...) en cualquier caso siempre puede ser un requisito subsanable*.

(11) Artículo 50.4 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.

(12) Véase, Sixto SÁNCHEZ LORENZO, «La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Diario La Ley*, núm. 6425, 20 de febrero de 2006, D-46, págs. 1461-1471.

control de legalidad ni tiene los deberes de cooperación con la Administración Pública española, lo cierto es que, como antes decía, estas dos funciones pueden ser desempeñadas por el Registrador de la Propiedad (13) (arts. 18 y 254.1 LH) (14).

De otro lado, el argumento de la falta de equivalencia de formas carece de respaldo legal. Desde el punto de vista jurídico, en sentido estricto, claramente pesan más los argumentos favorables a la admisión del documento extranjero en el Registro de la Propiedad. Podemos afirmarlo poniendo en juego la normativa hipotecaria con las normas de Derecho Internacional Privado (15). Estas normas, a su vez, quedan reforzadas por el resto del Ordenamiento jurídico (16) y por los principios inspiradores de la Unión Europea (17), argumento que también hemos de tener en cuenta cuando —como en este caso— el Notario y los contratantes son ciudadanos miembros de la UE. En este sentido se han pronunciado tanto el Juez de Primera Instancia (18), como la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en las sentencias citadas, origen del recurso de casación pendiente de resolución.

(13) Iván HEREDIA CERVANTES, «Comentario a la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005/2452)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, enero-abril de 2006, págs. 115-138 y 131-132, subraya que el modelo español de seguridad preventiva se basa sobre la *actividad conjunta de notarios y registradores* y advierte que la *actividad de filtro* o control a la que alude la Resolución de la DGRN no es exclusiva de los Notarios, por el contrario el Registrador está obligado también a ello (control de legalidad, para lo cual pueden pedir que se adjunten documentos a la escritura presentada).

(14) En relación con las funciones, *compatibles y complementarias*, que realizan en nuestro país los Notarios y Registradores, véase el estudio de Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, «La función de los Notarios y de los Registradores: Aplicación del Derecho y control de legalidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, II, Madrid, 2006, págs. 2779-2813.

(15) Artículos 4 LH, 36-38 RH, 8-12 CC y Convenio de Roma (actualmente Reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma I).

(16) Especial mención merece el artículo 323 LEC.

(17) En relación con la libre circulación de capitales, la sentencia de la Audiencia citó los artículos 49, 53 y 56 del TCCE.

(18) La sentencia de Primera Instancia, en particular, emplea los siguientes argumentos: 1.º) Los artículos 4 LH y 36-38 RH expresamente admiten el acceso al Registro de la Propiedad de los documentos extranjeros; 2.º) No existe una norma de Derecho interno que prive de eficacia, a efectos registrales, a la escritura pública otorgada ante Notario extranjero; y 3.º) Los principios del Derecho Comunitario en materia de libre prestación de servicios. En particular, se citan los artículos 49, 53 y 56 del TCCE (este último, en relación con la libre circulación de capitales). Al respecto, Luis FAJARDO LÓPEZ, «Acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras otorgadas por notarios extranjeros de países miembros de la Unión Europea: Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005/5645)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2007, págs. 333-342, pág. 339, opina que *no es tanto una cuestión de libre prestación de servicios como de respeto y colaboración entre autoridades de distintos países miembros*.

A lo anterior se suma la consideración de que el Notario alemán pertenece, como el español, al tipo de notariado latino-germánico o de Derecho Civil (frente al anglosajón o propio de los sistemas del *common law*), esto es, cumple funciones semejantes, lo que dificulta hablar de falta de equivalencia de formas (19):

En síntesis, se trata de *conjugar la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad de los títulos otorgados en país extranjero (prevista de forma clara, contundente y con gran apertura en la legislación registral) con el cumplimiento de determinadas garantías que la legislación notarial y alguna sectorial asigna al Notario español*, como declara la sentencia de la Audiencia Provincial (20).

(19) «El notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido» (Declaración de Buenos Aires de 8 de octubre de 1948, en GARCÍA MÁS, Francisco Javier, «El estatuto del Notario y las nuevas tecnologías», en *El notariado y la reforma de la fe pública*, Marcial Pons, 2007, págs. 23-72, pág. 25). Este notariado es el denominado de Derecho Civil o latino-romano-germánico, frente al denominado notariado anglosajón o del *Common law*, cuya función, actuación y acceso a la profesión se distancia del nuestro. En estos otros sistemas el notariado no existe como tal —explica el autor citado— y «cuando existe lo es a los meros efectos de realizar una actividad de legitimación de firmas, pero nunca en el control de legalidad del contenido del documento, por lo que podemos decir que en nuestra opinión, no existe tal sistema notarial o institución notarial».

(20) Fundamento de Derecho Cuarto. En ella se afirma —como quedó indicado— que la normativa que ha de aplicarse es la registral, el Derecho Internacional Privado, las normas conexas del Código Civil y los Tratados vinculantes para España aplicables al caso. La doctrina de la sentencia sigue el siguiente razonamiento: 1.º) En materia de publicidad registral de los bienes inmuebles ubicados en España, el artículo 10 del Código Civil hace una remisión general a la legislación española; 2.º) En cuanto a la publicidad notarial, únicamente en cuanto a la prueba de las obligaciones, el artículo 1.217 del Código Civil dispone una remisión a la legislación notarial. Este artículo hay que interpretarlo en conexión con el artículo 11 del Código Civil; 3.º) A la vista de lo anterior, es de aplicación al caso el artículo 4 LH: «También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes». Este artículo sólo tiene sentido si lo referimos a las normas de Derecho Internacional Privado. Así lo avalan los siguientes argumentos: Primero, que no tendría sentido referirlo sólo a los requisitos y formalidades del documento notarial español, pues para esto ya está el artículo 3 LH, y sería una redundancia. Segundo, que se trata de un precepto regulador de un supuesto de Derecho Internacional Privado, como lo es —paralelamente— el artículo 323 LEC, y por esta razón el criterio de «fuerza» del documento lo han de dar los artículos 8-12 del Código Civil y el Convenio de Roma (hoy Reglamento Roma I), *sin que sean exigibles* —sostiene la sentencia— *otros requisitos, formalidades o solemnidades, como serían las de la legislación notarial española*. Tercero, que el artículo 36 RH (que recordemos alude expresamente al Derecho Internacional Privado) declara que corresponde al Registrador la calificación de los requisitos de la documentación extranjera presentada, y al efecto prevé los medios adecuados para que el

Veamos, en primer lugar, la normativa hipotecaria. El artículo 4 LH expresamente dispone que *se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en*

Registrador pueda realizar esta valoración con conocimiento suficiente de la legislación extranjera (tales como los informes emitidos por funcionario español o del país de la legislación aplicable); 4.º) En relación con la calificación registral del artículo 18 LH, cuando el documento es extranjero, habrá que atender a lo siguiente (la Audiencia Provincial sigue en este punto la doctrina del profesor LACRUZ BERDEJO, a quien cita expresamente): En cuanto a «la legalidad de las formas extrínsecas» del documento, se aplica la regla *locus regit actum* (art. 11.1 CC, en relación con el art. 36.III RH). En cuanto a «la capacidad de los otorgantes», se aplica la ley nacional de los mismos (art. 9 CC). Estos dos aspectos admiten la ayuda de informes emitidos por funcionario español o del país de la legislación aplicable (art. 36.II RH). Por último, en cuanto a «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas», la Audiencia distingue dos aspectos a calificar por el Registrador: Primero, el aspecto jurídico-real, que debe calificarse conforme a lo previsto en el artículo 4 LH. Segundo, la licitud y admisión por las leyes españolas, que debe calificarse conforme a lo previsto en el artículo 36.I RH en conexión con el 11.3 del Código Civil. La calificación negativa del Registrador no ha de ser necesariamente insubsanable, sino que en ocasiones se admitirá la subsanación dando el margen de tiempo previsto en la ley para que puedan presentarse los documentos oportunos o necesarios (art. 85 LH, en relación con el 21 LH y el 33 RH); 5.º) En relación con el artículo 11 del Código Civil, en su párrafo primero recoge un criterio flexible en materia de «formas y solemnidades» de los actos jurídicos, atendiendo en primer lugar a los requisitos del país en que se otorguen (principio *locus regit actum*). La sentencia critica en este punto la doctrina de la DGRN, que al utilizar el concepto de «forma de control» introduce un término nuevo, «que no aparece en ninguna disposición legal ni reglamentaria». El artículo 11.3 del Código Civil dispone que se aplique la ley española a los documentos otorgados por funcionario español en el extranjero (principio *auctor regit actum*), pero de ahí no puede extraerse que prevalezca la legislación española cuando el funcionario es extranjero (sino, como dice el párrafo primero, rige el principio *locus regit actum*, como regla general). *No se puede confundir* —declara la sentencia— *la forma del negocio con requisitos de la legislación notarial respectiva*. Por consiguiente, si lo que se exige en España para inscribir en el Registro de la Propiedad es que el acto jurídico conste en escritura pública (forma), no se puede exigir que —además— la escritura pública se ajuste a «la forma notarial de la legislación española», sino que *bastaría la forma «pública» de otorgamiento ante notario de cualquier país en relación de equivalencia; en este sentido, no puede interpretarse que el artículo 1.216 del Código Civil se esté refiriendo al notario español*; 6.º) En relación con la función de control que —conforme a la doctrina de la Resolución de la DGRN— cumple la escritura pública española, la Audiencia Provincial alude al control registral. Si el documento público que se presenta en el Registro es extranjero, esa función de control corresponde al Registrador de la Propiedad. En este sentido, declara que es «perfectamente posible que un ciudadano pueda otorgar una escritura ante el Notario que elija, sea español o extranjero», y que después los órganos de control registral (Registrador, DGRN, Juez de Primera Instancia) «ejercen el control de legalidad correspondiente a la publicidad registral». Siendo así, «no será posible inscribir el documento notarial extranjero si no viene acompañado de los requisitos necesarios». En definitiva, el problema no estará en que la escritura sea extranjera y por tanto no cumpla los requisitos que la legislación española exige cumplimentar al Notario; el problema puede estar en que ese documento notarial no venga acompañado de los requisitos necesarios: «requisitos de la legislación registral, es decir, relativos al acceso del documento al Registro de la Propiedad español».

España con arreglo a las leyes. Este artículo viene desarrollado por los artículos 36-38 RH, en los que se hace remisión expresa a *las normas de Derecho Internacional Privado* (art. 36 RH), a fin de admitir en el Registro de la Propiedad a aquellos documentos extranjeros que reúnan los requisitos exigidos por estas normas, *siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España* (21).

La remisión citada nos lleva al régimen general de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado, que se contiene en los artículos 8-12 del Código Civil, y al Reglamento Roma I (22). De este conjunto de normas nos interesan, en primer lugar, el artículo 9.1 del Código Civil, que dispone que *la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad*. En el caso que estamos considerando, siendo alemanes los contratantes, la ley personal que les corresponde (por ejemplo, a efectos de determinar la capacidad) es la alemana y por tanto el funcionario alemán puede valorarla correctamente a la hora de autorizar el acto jurídico (art. 36.II RH).

En segundo lugar, nos interesa el artículo 10.1 del Código Civil, que dispone que *la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirá por la ley del lugar donde se hallen*. Tratándose de un apartamento ubicado en España, se regirán estas materias por la legislación española, que, como hemos visto, admite la inscripción de documentos extranjeros en el Registro de la Propiedad. También las obligaciones derivadas de *contratos relativos a bienes inmuebles* se regirán por *la ley del lugar donde estén sitos* (art. 10.5.II CC y art. 4.c del Reglamento Roma I), por consiguiente, en el caso que contemplamos, las obligaciones derivadas de la compraventa se rigen por la ley española, sin que esto sea un obstáculo ineludible —a mi juicio— a la inscripción del documento extranjero en el Registro de la Propiedad español, pues si bien es cierto que los Notarios españoles tienen el deber de *asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar* (23), también lo es que

(21) El profesor de Derecho Internacional Privado, Iván HEREDIA CERVANTES, «Comentario a la Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005/2452)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, enero-abril de 2006, págs. 115-138, pág. 128, explica que la función de los artículos 4 LH y 36 RH *consiste en garantizar que los documentos públicos otorgados en territorio extranjero puedan acceder a la realidad registral española. Dicho de otro modo, las autoridades españolas tienen la obligación de inscribir documentos extranjeros*.

(22) Reglamento (CE) número 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Aunque se admite la libre elección de la ley aplicable, la norma está prevista para los supuestos de falta de elección de la ley aplicable.

(23) CASTÁN TOBEÑAS, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1946, págs. 49-50.

los contratantes pueden renunciar a este derecho, o estar informados por otros medios distintos y, en definitiva, nuestras leyes notariales están previstas para proteger a nuestros ciudadanos, cuando contratan ante Notario, o bien a los ciudadanos extranjeros, cuando contratan en España ante Notario. No puede volverse en contra de los intereses de los ciudadanos alemanes que contrataron ante Notario alemán una norma notarial española prevista para proteger en principio los intereses de los particulares, no para impedirles el logro de sus fines.

Por último, el artículo 11.1.I del Código Civil nos interesa especialmente, al disponer que *las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen* (principio *locus regit actum*), aunque añade que serán también admisibles otros criterios. A los efectos que estamos considerando, esta norma sienta el principio de equivalencia formal del documento extranjero y, con ello, confirma la admisibilidad en nuestro Ordenamiento, de la eficacia de una escritura pública otorgada por el Notario alemán. No es obstáculo para ello el hecho de que, en su último inciso, la norma disponga que *igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen*, pues el tenor literal del precepto pone de manifiesto que el legislador está empleando un criterio flexible que escapa de la rigidez en materia de formas. Pero además, aunque aplicásemos la ley española, el título sería válido, ya que rige el principio de libertad de forma (24). Un criterio flexible lo encontramos, de otro lado, en el Reglamento europeo Roma I (25). En cuanto al artículo 11.3 del Código Civil, no es aplicable al caso, pues se refiere a *los contratos (...) autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero*, y no en concreto a los autorizados por funcionario extranjero. A aquellos contratos, señala el artículo, se les aplicará la ley española (principio *auctor regit actum*), pero de ahí no puede deducirse que la legislación notarial española se aplique a estos otros contratos, autorizados por Notario extranjero

(24) Artículo 1.278 del Código Civil. En cuanto a la exigencia de documento público para los actos citados en el artículo 1.280 del Código Civil, la doctrina y jurisprudencia españolas han realizado una interpretación a la luz de los dos artículos que le preceden, en el sentido de afirmar que rige la libertad de forma (art. 1.278 CC), pero cualquiera de los contratantes puede, en esos supuestos (los enumerados en el art. 1.280 CC) compeler al otro a elevar el documento a escritura pública (art. 1.279 CC).

(25) El artículo 11 del Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), dispone —en relación con la validez formal del contrato— que *un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma que la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado*.

(sino, como dice el párrafo primero, rige el principio *locus regit actum*, como regla general) (26).

En cuanto al resto del Ordenamiento jurídico, quizá merece una atención especial el artículo 323 LEC, conforme al cual se consideran *documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria*. Y añade que, a falta de lo anterior, *se considerarán documentos públicos* los que se hayan otorgado conforme a la ley del lugar, y además contengan *la legalización o apostilla* (27) y *los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España*.

Junto al anterior, debe tenerse en cuenta el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores (28). La norma suprime la necesaria intervención del Notario español, sin la cual antes no podía tener acceso al Registro de la Propiedad el documento otorgado por funcionario extranjero. La desaparición de esta exigencia parece relevante, a los efectos que estamos considerando (29). Al respecto, se ha defendido que no existe solapamiento

(26) Véase el comentario de Sixto SÁNCHEZ LORENZO, «La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en el *Diario La Ley*, núm. 6425, de 20 de febrero de 2006, D-46, págs. 1461-1471, págs. 1466-1468.

(27) Este requisito de la legalización consiste en la comprobación de la firma del Notario que otorgó el título y la vigencia del cargo al tiempo del otorgamiento (arts. 265 y sigs. del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944). La legalización puede realizarse del modo ordinario en nuestro país (por el diplomático o cónsul acreditado en el país extranjero; <http://www.vademecumjuridico.org/esp/045.php?a=4>; fecha de consulta, enero de 2009) o, para los países firmantes, siguiendo las normas del Convenio Internacional de La Haya de 5 de octubre de 1961: Este último es el denominado trámite de la apostilla (Real Decreto 2433/1978, de 2 de octubre, por el que se determinan los funcionarios competentes para realizar la legalización única o apostilla prevista por el Convenio XII de la Conferencia de La Haya, de 5 de octubre de 1951, *BOE* núm. 248 de 17 de octubre de 1978, y art. 269 del Reglamento Notarial). La información sintetizada puede encontrarse en la página del Ministerio, www.maec.es (fecha de consulta, marzo de 2009).

(28) El citado Real Decreto considera inversiones extranjeras, en este sentido, la adquisición de bienes inmuebles sitos en España, cuyo importe total supere los 500.000.000 de pesetas, o su contravalor en euros o cuando, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales (...).

(29) De hecho, es alegada por la recurrente ante la DGRN, que resuelve que la remoción legal de este requisito «no significa que la forma notarial de un acto, sea o no una inversión extranjera, no pueda venir impuesta por cualquier otro motivo». La resolución supone —como ha expresado Iván HEREDIA CERVANTES, «Comentario a la Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005/2452)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, enero-abril de 2006, págs. 115-138, pág. 129— *la reintroducción en nuestro ordenamiento de los derogados artículos 16 y 17 del Real Decreto sobre inversiones extranjeras y con ello, el cierre total de los Registros españoles a escrituras otorgadas ante autoridad extranjera relativas a inmuebles sitos en territorio español*. Y añade: *O, por expresarlo de otro modo, la Resolución de 7 de febrero de 2005 convierte*

entre la función del Notario y la del Registrador de la Propiedad, sino más bien, entre *operadores que redactan el documento* (30).

2. SEGUNDA CUESTIÓN: LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD, ¿SON UN OBSTÁCULO A LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL DOCUMENTO NOTARIAL EXTRANJERO?

Si revisamos los argumentos jurídicos empleados por la DGRN, advertimos que, junto al ya citado (relativo a la función de control de la escritura pública legalmente exigida), la DGRN se basa sobre un segundo argumento para confirmar la decisión del Registrador. Y así, se considera la imposibilidad de inscribir el documento extranjero, dadas las diferencias entre los sistemas español y alemán de transmisión de la propiedad. Como el anterior, este argumento también ha sido rebatido por el Juez de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Veamos a continuación uno y otro tipo de argumentos.

2.1. *Argumentos a favor*

La DGRN confirmó la calificación negativa del Registrador de la Propiedad también en este segundo punto. El hecho de que Alemania y España tengan distinto sistema de transmisión de la propiedad constituye —conforme a esta línea doctrinal— un obstáculo a la inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad. Los argumentos que se aportan en este sentido son los siguientes:

- El Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (31), que en su artículo 9.6 dispone: «(...) *todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utili-*

en innecesario el test de equivalencia porque excluye de raíz que cualquier resolución extranjera pueda superarlo».

(30) Respuesta del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España al Cuestionario sobre la Reforma del Modelo de Seguridad Jurídica Preventiva de la Comisión Interministerial creada al efecto (PlanE), de 20 de enero de 2009, sobre la que volveremos más adelante. En el informe o respuesta al cuestionario citado, se explica: «*Téngase en cuenta que el único documento oficial en el que se habla de solapamientos y duplicidad fue un Dictamen en materia de inversiones extranjeras de la Comisión Europea, de 27 de enero de 1998, dirigido al Reino de España en virtud del artículo 169 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en relación con la intervención de un fedatario público español en la adquisición de bienes inmuebles por residentes en el extranjero y que obligó a España a modificar la normativa existente por Real Decreto 664/1999, de 23 de abril (BOE de 4 de mayo del mismo año)*».

(31) Que actualmente ha pasado a ser el Reglamento Roma I, antes citado.

zación de un inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre que, según esta ley, sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rija en cuanto al fondo» (32).

- La escritura pública otorgada ante un Notario alemán no tiene valor traditorio, esto es, carece del valor que tiene la escritura como *título traslativo del dominio* en el tráfico jurídico español (art. 1462.II CC). La escritura otorgada ante el Notario alemán, al carecer —según la DGRN— de la *fuerza legal equivalente a la escritura pública española como título y modo para transmitir la propiedad*, no es título inscribible. A efectos de la transmisión de la propiedad, el documento alemán acredita *la autenticidad del consentimiento y su eficacia contractual obligatoria entre las partes*, conforme indica la Resolución de la DGRN. Sin embargo, se le niega el acceso al Registro de la Propiedad alegando que no tiene valor traditorio: *«El valor traditorio previsto en el artículo 1462.2 del Código Civil y el consiguiente efecto traslativo del dominio que de ahí deriva, no es aplicable más que a la escritura pública española»*. Es interesante advertir que la DGRN asocia a esta conclusión el hecho de que el Notario extranjero no tiene los deberes de cooperación con la Administración Pública que obligan al Notario español, volviendo así sobre la función de control que a estos efectos realizan los Notarios españoles (con lo que la cuestión del fraude fiscal se convierte así en un importante argumento de fondo).

En el recurso contra la sentencia de Primera Instancia, y en defensa de la doctrina de la DGRN, el Abogado del Estado negó que la escritura alemana fuera inscribible en el Registro de la Propiedad español porque, a su juicio, sólo tiene valor como contrato, pero no como instrumento traslativo de la propiedad.

2.2. Crítica y argumentos en contra

A mi juicio, este argumento es fácilmente rebatible. La razón es sencilla. El sistema español de transmisión de la propiedad exige título y modo, elementos ambos que concurrían al tiempo de la solicitud de inscripción (33). En

(32) La norma correlativa en el Reglamento Roma I, de 17 de junio de 2008, es el artículo 11, que conserva, en líneas generales, el mismo criterio.

(33) Artículos 10.1, 609, 1.095 y 1.462-1.463 del Código Civil (este último era directamente aplicable al caso que contemplamos, en que hubo *constitutum possessorium*,

cuanto a la publicidad, también hay que estar a la legislación española, que requiere documento público para la inscripción, requisito que se cumplía en este caso (34).

En cuanto a los argumentos dados por la DGRN, puede decirse lo siguiente: 1.º) Que el citado artículo 9.6 del Convenio de Roma se refiere a normas imperativas relativas a la forma del contrato y que en nuestro Ordenamiento rige el principio de libertad de forma para la compraventa de inmuebles (35); y 2.º) Que aplicando la teoría del título y el modo, el documento es inscribible, como ya ha quedado explicado, pues como la propia DGRN reconoce, el documento sirve como título válido en el Derecho español (además, podemos aplicar lo dispuesto en el art. 33 LH), del que nacen obligaciones para las partes, y, en cuanto al modo, la entrega se realizó en este caso por *constitutum possessorium*. Por tanto, la transmisión de la propiedad ya se ha realizado, conforme al Derecho español, al tiempo de solicitarse la inscripción registral. No sólo eso. Opino que incluso en el caso de que no hubiera habido *constitutum possessorium*, pudiera hablarse de entrega instrumental, pues es una escritura pública lo que se necesita para ello, sin que el artículo 1462.II del Código Civil requiera en ningún momento que se trate de una escritura pública otorgada ante Notario español. Nuestro Ordenamiento requiere para su reconocimiento, más bien, que, siendo extranjera, la escritura pública contenga *la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España* (art. 36 RH, en relación con el art. 323 LEC). En cuanto a producir los efectos del modo, si los produce el documento privado cuando expresamente las partes manifiestan su voluntad de transmitir el poder sobre la cosa desde ese momento (36), cuánto más lo producirá el documento público otorgado por el Notario alemán.

La Resolución de la DGRN ha sido criticada, también en este punto (relativo a la transmisión de la propiedad), por nuestra doctrina civilista (37).

según se dispuso en la escritura pública). En cuanto a la validez del título, el artículo 10.5 del Código Civil remite a la ley española, que, como es sabido, no requiere forma solemne para la validez de la compraventa (arts. 1.278-1.280 CC). Basándose en este argumento (existencia de *constitutum possessorium*) criticó la Resolución de la DGRN, Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «*Traditio* y escritura pública (Reflexión crítica a propósito de la doctrina de la DGRN contenida en las Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005)», en *Diario La Ley*, núm. 6322, 20 de septiembre de 2005, D-208, págs. 1585-1589.

(34) Artículos 10.1 CC, 3 LH y 33 RH.

(35) Artículos 1.278-1.279 CC.

(36) Existe jurisprudencia en este sentido. Por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 1997 (*RJ* 1997/5464), de 20 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999/8615), de 20 de junio de 2002 (*RJ* 2002/5231), de 14 de marzo de 2003 (*RJ* 2003/2747) y de 17 de noviembre de 2003 (*RJ* 2003/8322).

(37) Véase, Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «*Traditio* y escritura pública (Reflexión crítica a propósito de la doctrina de la DGRN contenida en las Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005)», en *Diario La Ley*, núm. 6322, 20 de septiembre de 2005, D-208, págs. 1585-1589.

Recurrida por la vía judicial, tanto en la sentencia del Juez de Primera Instancia (38), como en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (39), se criticó este argumento.

(38) La sentencia de Primera Instancia declara que sería suficiente para estimar el recurso en contra de la calificación registral, el hecho de que el Registrador de la Propiedad no haya especificado los aspectos concretos en los que el título no se ajusta al Derecho español. No obstante, entra en el fondo del asunto y declara que el título es inscribible: 1.º) El documento presentado reúne los requisitos formales exigidos por el Ordenamiento para acceder al Registro, pues se trata de una escritura pública, documento que no sólo acredita la existencia del título sino también del modo pues tiene en sí mismo valor traditorio, salvo cuando expresamente se indique lo contrario (art. 1462.II CC). No puede interpretarse que el artículo 1.216 del Código Civil, al declarar que «son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley», se esté refiriendo exclusivamente a Notarios españoles. Esta interpretación resultaría contraria a los principios del Derecho Comunitario; 2.º) La sentencia analiza los distintos aspectos relativos al documento, a efectos de determinar la ley aplicable: a) En relación con la capacidad y aspectos formales, la ley aplicable sería en este caso la alemana (art. 9.1 CC, con cita también el Convenio de Roma); b) En relación con el aspecto obligacional, la compraventa realizada ha de regirse por la ley española (art. 10.5 CC, con cita también del entonces Convenio de Roma, ahora Reglamento Roma I). Dado que en el Derecho español rige el principio de libertad de forma en materia de contratos, se considera que en este caso la escritura pública otorgada ante un Notario alemán no sólo es suficiente sino que *supera las exigencias formales de nuestro ordenamiento jurídico*, ya que incluso se acompaña de traducción oficial y la apostilla del Convenio de La Haya. De hecho, la Resolución de la DGRN reconoce el valor contractual del documento; c) En relación con la propiedad y otros derechos reales, su publicidad y el acceso al Registro de la Propiedad, rige el Derecho español (art. 10.1 CC). En cuanto a la transmisión de la propiedad, nuestro sistema requiere título y modo (arts. 609, 1.095 y 1.462 CC). En el caso origen del pleito, hubo cesión de la posesión desde el momento en que se invierte el concepto posesorio al reservarse el vendedor el usufructo vitalicio (*constitutum possessorium*). Por otro lado, en la sentencia de primera instancia se declara que no puede negarse el valor traditorio de la escritura alemana (principio de la equivalencia de formas que se reconoce por la DGRN en otros ámbitos, tales como la representación voluntaria).

(39) Con buen criterio, la Audiencia recuerda que el sistema español de transmisión de la propiedad está basado en la teoría del título y el modo (art. 609 CC). Conforme a este sistema, para que se produzca la modificación jurídico-real es necesario que exista un contrato válidamente celebrado y la cesión de la posesión del bien. Lo primero no se discute. La misma DGRN reconoce validez y eficacia a la escritura pública alemana como prueba fehaciente de la existencia de un contrato válidamente celebrado. En cuanto a la cesión de la posesión del bien, el Derecho español admite diversas formas que van, desde la entrega material hasta la espiritualizada (arts. 1.462-1.464 CC). Una de las formas admitidas es el *constitutum possessorium* (art. 1.463 CC), que es donde se encuadra el presente caso. El razonamiento de la Audiencia es correcto, pues al transmitir la propiedad reservándose el vendedor el usufructo vitalicio, está cediendo la posesión en concepto de dueño al comprador desde ese momento (que queda como poseedor mediató, pasando el vendedor a ser un poseedor en concepto de usufructuario (poseedor inmediato). Por consiguiente, en el presente caso, hubo transmisión de la propiedad con independencia de la existencia de la escritura pública, pues concurrieron los requisitos del título y el modo. Con todo, la Audiencia declara que no hay problema tampoco en considerar la eficacia traditoria de la escritura pública otorgada por el notario alemán, pudiendo aplicarse en este

II. PERSPECTIVA POLÍTICA

Hasta aquí, lo relativo a la argumentación jurídica. Como hemos tenido ocasión de comprobar, existen argumentos suficientes en el Ordenamiento español para admitir la inscripción registral de una escritura pública de compraventa otorgada ante un Notario extranjero. La solución a la cuestión no sólo está pendiente en nuestro país de la sentencia del Tribunal Supremo, sino también, a nivel europeo, está pendiente de la redacción de un reglamento que resuelva el tratamiento que ha de darse a las escrituras públicas otorgadas por funcionarios de los diversos países miembros, en el seno de la UE.

A la vez, concurren diversos intereses en el ámbito nacional que han de ser valorados a la luz de los recientes acontecimientos de la política socio-económica.

1. INTERESES CONCURRENTES EN EL ÁMBITO NACIONAL

En el ámbito nacional, desde el punto de vista socio-económico existen intereses implicados que pudieran pujar por la inadmisibilidad registral de la escritura pública extranjera, tal y como viene sosteniendo la DGRN. Estos son los intereses de los bancos, de los abogados y, muy especialmente, de los Notarios españoles, que pierden una cuota de mercado importante si finalmente la solución se ajusta a lo que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, parece que sería más correcto (40). Y no sólo eso, según veremos más adelante.

Para comprender mejor el trasfondo del tema en nuestro país, podemos partir del marco político-económico que presenta la actualidad española. En concreto, el Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo,

sentido el artículo 1462.II del Código Civil, «pues lo importante son los efectos de la declaración solemne ante el funcionario público, notario español o extranjero».

Distinto es lo relativo a la forma exigida para que un título tenga acceso al Registro de la Propiedad. Como es sabido, el artículo 3 LH exige que se trate de un documento público. La sentencia de la Audiencia hace alusión al artículo 33 RH (que desarrolla al anteriormente citado), cuyo tenor literal es el siguiente: «*Se entenderá por título para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite*». En este sentido, explica la sentencia que «*corresponde a la función propiamente registral determinar si del conjunto de títulos presentados y de su contenido deriva la existencia de un acto de transmisión del dominio*». Claramente, se deduce de este artículo que el documento público no se contempla como documento aislado, a efectos de la inscripción registral, sino que la calificación del Registrador recaerá sobre el conjunto de la documentación presentada.

(40) Juan ÁLVAREZ-SALA, «¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?», en *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre de 2008, núm. 22.

conocido como PlanE. Una de las iniciativas propuestas es la reforma del modelo de seguridad jurídica preventiva. En la página web del Ministerio de Justicia (41) se describe su objetivo como una revisión del *sistema de control que ejercen notarios y registradores para evitar duplicidades y solapamientos en sus funciones, que generan costes innecesarios para ciudadanos y empresas*. Con este fin, los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia debían presentar una «hoja de ruta» en diciembre de 2008 (42). Consultados por un Grupo de Trabajo interministerial, los cuerpos de notarios y registradores han querido aportar sus sugerencias respondiendo a un cuestionario, no sin discrepancias (salvo en Cataluña, donde llegan a firmar —de común acuerdo— unas *Bases del sistema español de seguridad jurídica preventiva*) (43).

En concreto, el Consejo General del Notariado opta por una solución quizá drástica en relación con el cuerpo de registradores, en la forma y en el fondo, al responder al citado cuestionario (44). A su juicio, *es patente que existen duplicidades y solapamientos (...) ya que aun cuando el notario documenta y el registrador inscribe, la función de ambos coincide en el sector inmobiliario*. El modelo actual —explican— respondería a un mercado *con unas deficiencias típicas del siglo XIX*, hoy superadas: los recursos telemáticos con que podemos contar en diversos ámbitos relacionados con la actividad notarial (Tributario, Registro de la Propiedad, Catastro, Registro Civil, Registro Mercantil, Jurisdicción Voluntaria), serían el camino —de seguirse las soluciones propuestas por el Consejo General del Notariado— para centralizar en la actividad notarial este tipo de tareas. Entre las soluciones propuestas, se encuentra una modificación del artículo 18 LH, que volvería al anterior tenor literal, de modo que la calificación del Registrador no recaiga sobre la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. La intención parece ser atraer hacia el notariado el ámbito de la gestión del mercado inmobiliario y, puestos a suprimir duplicidades, hacerlo a su

(41) http://plane.mjusticia.es/medida_03.html. Reforma del Modelo de Seguridad Jurídica Preventiva (núm. 59).

(42) Conforme al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 14 de agosto de 2008, apartado 23.º, el Gobierno elaborará una hoja de ruta a fin de mejorar el sistema de seguridad jurídica preventiva. Orden PRE/2424/2008, de 14 de agosto. <http://www.boe.es/boe/dias/2008/08/15/pdfs/A34659-34663.pdf> (BOE de 15 de agosto de 2008, núm. 197). Sobre el PlanE, <http://www.plane.gob.es/>

(43) Documento suscrito por el Decano del Colegio Notarial de Cataluña y el Decano Autonómico de los Registradores de Cataluña, el 23 de diciembre de 2008. Al documento se adhirieron algunas asociaciones de notarios y de registradores. El Colegio de Registradores de España ha manifestado su voluntad de suscribirlo (escrito del 8 de enero de 2009), sometida a la condición de que sea suscrito por el Consejo General del Notariado tras su renovación corporativa. <http://www.joaquincosta.com/acuerdo.pdf> (fecha de consulta, marzo/2009).

(44) <http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2009/01/notariado.pdf> (fecha de consulta, marzo de 2009).

favor. Sirva de muestra el siguiente fragmento del citado texto: «*Todo ello ayuda a comprender las críticas de duplicidad y excesivo coste del sistema español. Tales críticas, además, se intensifican si se trata de un ciudadano europeo que adquiere en España y ante un notario español un inmueble. Su perplejidad es absoluta cuando observa que siendo los sistemas notariales prácticamente idénticos, sin embargo, existe un trámite ulterior lento y costoso, efectuado por un funcionario público a quien ni ve, ni (45) sabe qué hace, pues el sistema registral español es una isla en Europa*».

Sorprendente. En esta ocasión, el Consejo General del Notariado argumenta que los sistemas notariales son prácticamente idénticos. Olvida el informe que cuando el ciudadano europeo contrata ante un Notario de su país, es el Consejo de Notarios de la Unión Europea, como veremos a continuación, el que, bajo la presidencia española, ha aprobado un texto por el que se le obligaría a duplicar el acto ante Notario español si quiere inscribirlo en el Registro de la Propiedad (tal y como dicta la DGRN). Si realmente existiera el deseo de favorecer al ciudadano europeo, pudieran ahorrarle este trámite, favoreciendo el acceso del documento otorgado por Notario extranjero al Registro de la Propiedad. ¿Acaso no se pone de manifiesto que no es tanto el afán de evitar duplicidades sino otro tipo de intereses el que mueve al Consejo General del Notariado a adoptar una actitud casi beligerante frente al cuerpo de registradores en el citado informe?

También olvida el informe que el sistema registral español tal vez sea la institución española con mayor prestigio en el extranjero. De hecho, la actitud de otros países muestra que se trata de una institución exportable precisamente por su utilidad y eficacia (46). Si, como se dice, nuestra institución registral fuera realmente una *isla* en Europa, no habría que olvidar que es una prestigiosa, deseable y fructífera *isla*. No vayamos a perderla, sino, por el contrario, conservémosla y continuemos promocionándola en el extranjero.

(45) En el original, «sí».

(46) http://www.gaceta.es/08-02-2009+eeuu_esta_interesado_sistema_registral_espanol.noticia_limg.8,8,46703 (fecha de consulta, también en soporte papel, febrero de 2009). Junto a los Estados Unidos, han manifestado interés por el funcionamiento de nuestra institución registral países emergentes como China, India o Emiratos Árabes. Además, ha de tenerse en cuenta la expansión del modelo español en países iberoamericanos, Rusia o Hungría. En relación con los Estados Unidos, al parecer se ha implantado un sistema de Registro de derechos en algunos de sus Estados y, si bien el deseo sería implantar un sistema registral próximo a nuestro modelo en todos los Estados, a fin de dinamizar la economía reforzando la seguridad jurídica del crédito hipotecario, el coste que esto supone parece ser —junto a los intereses de las compañías aseguradoras de títulos— la razón que, en última instancia, está frenando el proceso (según información facilitada por Celia MARTÍNEZ en marzo de 2009, tras su reciente investigación en Harvard sobre el modelo registral norteamericano). Agradezco a la autora la generosidad de brindarme la lectura de su trabajo inédito (en prensa, *RCDI*, 2009), titulado «La protección de los Derechos reales en Estados Unidos: El seguro de títulos».

La respuesta del Colegio de Registradores al cuestionario sobre la reforma del modelo de seguridad jurídica preventiva es, a todas luces, una respuesta brillante al informe del Consejo General del Notariado (47). En ella se explica con claridad meridiana que *las funciones notariales y registrales son dos fases complementarias del proceso de contratación*, con distinta naturaleza y que *no originan un doble control o doble calificación* (48) (en idéntico sentido al citado acuerdo sobre la materia al que han llegado en Cataluña ambos cuerpos, notarial y registral).

Tras aclarar un punto tan importante como el modelo al que responde el Registro de la Propiedad español, se afirma que en el Derecho Comparado se apuesta mayoritariamente por este modelo (así, *Alemania, Reino Unido, Austria, Portugal, Polonia, Hungría*, además de *las últimas reformas registrales en el ámbito europeo*, entre las que se detallan las correspondientes a Grecia, Suecia e Inglaterra, que *han supuesto una opción clara por el sistema de registro de derechos y por tanto de máxima protección y con facultades de calificación sobre la validez del acto*).

El modelo registral español —especifica el informe del Colegio de Registradores— es el de *un registro de derechos* y no un *registro de documentos* (49). Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, esto comporta claras ventajas, desde el momento en que el titular inscrito queda protegido frente a todos, por la denominada *fe pública registral*, incluso aunque después se anule o resuelva el título del transmitente, *si la causa de la anulación o resolución de su derecho no constaba en el Registro y era ignorada por el adquirente*. La potente eficacia de la inscripción registral no sólo justifica, sino que requiere *la existencia de una función de control de legalidad* sobre la forma y el fondo de la validez del acto, y que esta función *sea una característica esencial de los registros de derechos*. Avalado por importantes datos y estadísticas económicas (50), concluye, *desde un punto de vista económico, que la existencia del registro es universalmente aceptada en todos los sis-*

(47) <http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2009/02/informe%20junta%20hoja%20de%20ruta.pdf> (fecha de consulta, marzo/2009).

(48) Al respecto, es interesante el estudio de Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, *La función de los Notarios y de los Registradores: Aplicación del Derecho y control de legalidad* (Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola, II, Madrid, 2006, págs. 2779-2813), antes citado.

(49) El Registro de la Propiedad, creado en 1861 (por el mismo gobierno progresista que reguló el actual Notariado en 1862), dejó así de ser un registro de documentos como venían a ser las antiguas contadurías.

(50) Especialmente importante es, en este sentido, el informe *Bremen ZERP (Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen de diciembre de 2007)*, realizado por encargo de la *Comisión Europea*, citado varias veces en la respuesta al cuestionario citado del cuerpo de Registradores. Del informe se desprende con datos objetivos, que los países con un Registro de documentos, como Francia, Bélgica e Italia, proporcionan *menor seguridad y mayor coste* que los países con un Registro de derechos como el nuestro.

temas, aunque varíe su naturaleza, pero no la obligatoriedad de acudir al notario para acceder al Registro. Por ello, y con el fin de reducir costes redundantes, el Estado debe limitar la intervención notarial obligatoria a aquellos casos en los que se considere imprescindible para la seguridad jurídica preventiva, dejando que el sistema se autorregule en lo demás. Por último (porque no nos corresponde aquí extendernos más sobre el asunto), en lo que se refiere a las nuevas tecnologías y a la globalización (con la desaparición de barreras jurídicas, sobre todo en el ámbito de la Unión Europea), el informe se plantea la oportunidad de un cambio que en ningún caso (...) pueda alterar la eficacia del actual sistema registral de seguridad jurídica preventiva, como sucedería si se transformara el deber actual del notario de adecuación a la legalidad de la voluntad de las partes, que evidentemente nadie pone en duda, en un control de legalidad sujeto a las reglas de mercado y a la libre elección de las partes.

Como afirmaba al inicio, esta ventana al debate actual sobre si es posible evitar duplicidades y de qué tipo a fin de abaratar el sistema de seguridad jurídica preventiva, proporciona información sobre el contexto en que se desarrollan decisiones que afectan al tema que estamos tratando. En particular cuando algunos han visto en la decisión de la DGRN un paso importante para evitar la definitiva hegemonía de los Registradores de la Propiedad frente al cuerpo de Notarios (51).

2. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN OTROS PAÍSES MIEMBROS DE LA UE

Por otra parte, la solución de la DGRN coincide con la tendencia que, al parecer, están siguiendo la mayoría de los países de la Unión Europea en esta materia, conforme a la información publicada por el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia (52). Dice así: *«En el ámbito más discutido (...), es decir, el de la propiedad inmobiliaria, en países como Italia y Francia (...) si la escritura la autorizó un notario extranjero, se ha de protocolizar ante un notario del país para que sea debidamente completada y se cumplan los demás requisitos fiscales y administrativos exigidos por sus respectivas legislaciones. En otros países como Alemania, Letonia, Eslovenia y Holanda sólo tienen acceso al Registro las transmisiones formalizadas ante notario nacional. En Bélgica, y Luxemburgo, teóricamente se admiten las escrituras extranjeras pero, en la práctica, siempre se formaliza la transmi-*

(51) Juan ÁLVAREZ-SALA, «¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?», en *El Notario del Siglo XXI*, noviembre.-diciembre de 2008, núm. 22.

(52) Gabriel AGUAYO/José Miguel ORENES, «Eficacia del Instrumento Público Extranjero en España», en *Vademecum de cooperación jurídica internacional*, <http://www.vademecumjuridico.org/esp/045.php?a=4> (fecha de consulta, enero de 2009).

sión ante un notario nacional por las exigencias fiscales (cobro del impuesto a la firma)».

En este mismo sentido viene tratándose con frecuencia la cuestión en España. Iván HEREDIA recuerda que en nuestro país *«la práctica demuestra una tradicional reticencia a la inscripción de estos títulos que fue incluso denunciada ante la Comisión Europea (DOUE, núm. C 51, de 26 de febrero de 2004)»* (53).

En efecto, Gerhard Schmid (europarlamentario del PSE) formuló una pregunta a la Comisión sobre el *reconocimiento de documentos notariales en España*, en los siguientes términos: *«Me consta que con frecuencia, los Registros de la Propiedad españoles se niegan a registrar actas notariales sobre transmisiones patrimoniales expedidas por notarios alemanes»,* y pregunta: *«1. ¿Tiene la Comisión conocimiento de esta situación? 2. ¿Es esta situación contraria al Derecho comunitario? 3. En caso afirmativo, ¿qué piensa hacer la Comisión a este respecto?»*. La Comisión responde de modo poco preciso, indicando que no hay obstáculo a la inscripción de escrituras alemanas en nuestros Registros de la Propiedad: *«En resumen —responde— según la información recibida de las autoridades españolas, no existen pruebas de que las autoridades españolas se hayan negado en repetidas ocasiones a registrar actas notariales procedentes de Alemania, sino que, por el contrario, el Real Decreto mencionado (54) contempla el registro de estas actas»* (55).

3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN A NIVEL INSTITUCIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

En la actualidad, ¿qué medidas se están adoptando en esta materia en el seno de la Unión Europea? El 19 de noviembre de 2008, el Parlamento Europeo ha hecho público un informe con recomendaciones destinadas a la Comisión, *sobre el documento público europeo* (56), siendo ponente el eurodiputado español Manuel Medina Ortega. El informe sigue la propuesta de reglamento presentada por el Consejo de Notarios de la Unión Europea (CNUE) (57), bajo la presidencia española del Notario Juan Bolás

(53) Iván HEREDIA CERVANTES, «Comentario a la Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005/2452)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, enero-abril de 2006, págs. 115-138.

(54) Se refiere al Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, de inversiones exteriores (BOE de 4 de mayo de 1999), al que antes hicimos referencia.

(55) Pregunta escrita E-1583/02, del 4 de junio de 2002. Respuesta de 5 de noviembre de 2002. En DOUE 26-2-2004, 2004/C 51 E/004.

(56) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=ES&reference=A6-0451/2008#title1> (fecha de consulta, marzo de 2009).

(57) El CNUE se define como *un organismo oficial representativo de la profesión notarial ante las instituciones europeas. Los notariados europeos están representados en el CNUE por los presidentes de los organismos nacionales del notariado*. El Notario está

(2008) (58). En él, el Parlamento Europeo pide a la Comisión que presente una propuesta legislativa destinada a establecer el reconocimiento mutuo y la ejecución de los documentos públicos (59). Sin embargo, expresa su deseo de que el reglamento solicitado se aplique a todos los documentos públicos en asuntos civiles y mercantiles, con la exclusión de los relativos a inmuebles y que deban o puedan ser objeto de una inscripción o una mención en un registro público. En la «Exposición de Motivos», se explica esta excepción con los siguientes argumentos:

«Tanto con motivo de la regla locus regit actum como de las reglas procedimentales por las que se rige la inscripción en los Registros de la Propiedad Públicos, los documentos relativos a inmuebles no pueden englobarse en esta supresión (de procedimientos de verificación). Las diferencias existentes en la estructura y la organización de los sistemas de Registros Públicos en el ámbito de la propiedad inmobiliaria, junto con las diferencias por lo que respecta a la naturaleza y escala de la validez legal que se les atribuye, imponen la exclusión del ámbito del Derecho Inmobiliario de un futuro instrumento comunitario, dada la estrecha correlación existente entre la forma de establecer un documento público, por un lado, y la inscripción en el Registro Público, por otro».

reconocido como funcionario público en 21 de los 27 países integrantes de la Unión Europea. Véase, www.cnue.eu.

(58) Reunido en Sevilla el 28 de abril de 2008, bajo la presidencia española, la CNUE ultimó una propuesta de reglamento *que permita la creación del Acta Auténtica Europea*. El Acta Única Europea permitiría la libre circulación de las escrituras públicas como instrumento clave para facilitar las inversiones o la contratación en el espacio comunitario. El informe de la CNUE dice así: «El objetivo del reglamento del Acta Auténtica Europea es que los 21 estados con sistemas notariales reconozcan la validez y los efectos de la escritura pública, cualquiera que sea la nacionalidad del notario autorizante y con pleno respeto a los Derechos Privados nacionales. Se trata de conseguir que los ciudadanos comunitarios puedan formalizar sus escrituras para el espacio europeo sin necesidad de desplazarse ni de utilizar, como hasta ahora, los poderes». «Este reglamento —continúa— sería aplicable a todas las escrituras públicas en materia civil y mercantil (testamentos, actas, poderes, pólizas, capitulaciones matrimoniales, declaraciones de herederos, constitución y disolución de sociedades, acuerdos societarios...) con excepción de las relativas a los inmuebles que deban o puedan ser objeto de una inscripción o de una mención en un registro público de un estado miembro. Esta exclusión es necesaria por las diferencias de naturaleza y nivel de fe pública entre los sistemas de registros públicos de propiedad inmobiliaria de los Estados miembros».

(59) En este sentido, el CNUE responde a una consulta pública de la Comisión Europea (de 25 de septiembre de 2008) sugiriendo la necesidad del reconocimiento mutuo de los documentos auténticos y la supresión del trámite de la apostilla en el seno de la Unión Europea (2010-2014 EU priorities in the field of freedom, security and Justice). <http://www.cnue-nouvelles.be/fr/000/actualites/jls-futur-consultation-cnue-04-12-08-en.pdf> (fecha de consulta, marzo de 2009).

El 11 de septiembre de 2008, Jacques Barrot, Vicepresidente de la Comisión Europea y Comisario en materia de Justicia, Libertad y Seguridad, anunció ante el 2.º Congreso de Notarios de la UE, la publicación por la Comisión Europea de un Libro Verde sobre las escrituras públicas en 2009. Al respecto, habría que tomar en consideración que la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, excluye, en su artículo 17, como excepción a la libre prestación de servicios, entre otros, a los actos para los que se exija por ley la intervención de un notario (60).

El 2 de diciembre de 2008, la CNUE presentó en el foro organizado por el Parlamento Europeo sobre la cooperación judicial en materia civil (61), *los resultados de un estudio, encargado por el Parlamento Europeo, relativo al reconocimiento mutuo y la ejecución de las escrituras públicas en Europa*. En él se analizan comparativamente seis distintos sistemas europeos (Inglaterra, Francia, Alemania, Polonia, Rumanía y Suecia), desde la perspectiva de la escritura pública; se identifican los problemas que pueda suponer el reconocimiento y ejecución de las escrituras públicas entre los Estados miembros y se propone remediarlos mediante una iniciativa europea (62).

REFLEXIÓN FINAL

A la vista de las iniciativas en vía de desarrollo en la Unión Europea sobre el reconocimiento mutuo de escrituras públicas, hemos de cuestionarnos si está justificada la probable exclusión del mismo de las escrituras públicas relativas a bienes inmuebles susceptibles de inscripción.

Como ya se ha indicado, en el panorama nacional este tipo de decisiones afectan a intereses de diversa índole (63).

(60) No obstante, si interpretamos que se está refiriendo a la forma solemne, no sería un problema en los casos que estamos considerando, salvo en supuestos específicos, tales como la donación de bienes inmuebles (art. 633 CC), en los que la ley exige este tipo de forma.

(61) Foro organizado en colaboración con la Presidencia francesa del Consejo de la Unión Europea.

(62) <http://www.cnue-nouvelles.be/en/000/actualites/cp-etude-acte-authentique-02-12-08-es.pdf> (fecha de consulta, febrero de 2009).

(63) Una muestra de ello es la entrevista a Antonio Ojeda, Presidente del Consejo General del Notariado (ABC, 22 de febrero de 2009), titulada: «*La crisis golpea a los notarios y reduce su actividad casi a la mitad*», la entrevista insiste en la «*hoja de ruta*» a seguir por el colectivo de Notarios para hacer frente a la crisis. La respuesta de Antonio Ojeda es clara: «*Consiste en establecer un nuevo sistema de seguridad jurídica preventiva que permita evitar duplicidades y solapamientos entre los colectivos de notarios y registradores*». (...). «*Nosotros no pretendemos quitar funciones a nadie. Lo que queremos es consolidar y profundizar nuestra función*».

Como ha explicado Juan ÁLVAREZ-SALA: *el sistema de doble calificación notarial y registral está probablemente en crisis y entre notarios y registradores hay una lucha por la hegemonía de la calificación. (...) La accesibilidad al Registro de los documentos notariales extranjeros, conforme a esa supuesta equivalencia de las formas, hubiera revalidado la calificación registral, restituyéndole una situación de hegemonía quizá ya irreversible y absoluta* (64). No siendo éste el factor decisivo, sí es quizá un importante factor a tener en cuenta para comprender el estado de la cuestión en el ámbito español. De momento, quedamos a la espera de lo que resuelva el Tribunal Supremo.

Si, efectivamente, la solución a la cuestión de la admisión al Registro de la Propiedad español de escrituras públicas extranjeras depende no sólo de los argumentos jurídicos, sino que ha llegado a ser una cuestión de política legislativa, actualmente pendiente en la Unión Europea de la aprobación y publicación de un reglamento sobre la materia, queda por pensar cuáles serán las consecuencias de una u otra decisión.

La opción por un sistema de protección de la «cuota de mercado» de los Notarios y de otros intereses de diversa índole (abogados y entidades financieras nacionales) llevaría a negar el acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras públicas otorgadas ante un Notario extranjero. Sin embargo, esta solución, ¿protege realmente al ciudadano? A mi juicio, el ciudadano europeo no queda suficientemente protegido con este sistema. La solución óptima pasa, parece, por crear un sistema de comunicación europeo entre los Notarios y las Administraciones Tributarias y Registros de la Propiedad de la UE. Las dificultades saltan también a la vista, dada la diferencia que en este sentido existe entre los diversos países de la UE. Pero la disposición de las instituciones europeas hacia un mercado más homogéneo en este sentido es positiva.

Para una adecuada armonización o incluso futura unificación jurídica, en este ámbito, de los países miembros de la Unión Europea convendría, de un

(64) Juan ÁLVAREZ-SALA, «¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?», en *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre de 2008, núm. 22. El autor ha puesto al descubierto con enorme claridad el conflicto de intereses que subyace a esta decisión, a la vista del cual la solución se torna más política que jurídica: «*Aparte del conflicto entre Estados —explica—, otros intereses menos abstractos giran también en torno a esta resolución. La exigencia de notario español en la hipoteca supone, sobre todo, un espaldarazo a la banca española, al impedir que se desplace fuera del territorio nacional el patio de operaciones de una masa colosal de préstamos hipotecarios (...). También ha caído un maná del cielo para la Abogacía española de los pequeños y medianos despachos, desde el momento en que el cierre jurídico de operaciones inmobiliarias en España diseñadas por gabinetes extranjeros no va a poder completarse en el exterior. (...)*». Y concluye señalando el que sea —quizá— eje de esta madeja de intereses. Tras recordar que la Resolución de la DGRN viene a dar la razón a la calificación del Registrador, apunta que, no obstante, *no deja de haber también detractores* entre los mismos registradores, *algunos con cierto liderazgo corporativo*. Y explica la razón, transcrita en el texto.

lado, la adopción unánime del sistema latino (o también denominado romano-germánico) de notariado (65) y, de otro, la adopción unánime del modelo de Registro de derechos (66). Esto, unido al presente desarrollo y uso de las nuevas tecnologías facilitaría el propósito perseguido (a tal fin contribuirían la denominada ventanilla única, el documento electrónico, y el uso de la firma electrónica). Qué duda cabe de que en España ya tenemos mucho camino recorrido. Lo importante entonces es —como primera medida— no echar marcha atrás.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUAYO, Gabriel/ORENES, José Miguel, «Eficacia del instrumento público extranjero en España», en *Vademecum de cooperación jurídica internacional*, <http://www.vademecumjuridico.org/esp/045.php?a=4> (fecha de consulta, enero/2009).
- ÁLVAREZ-SALA, Juan, «¿Conflictos de leyes o conflictos de intereses?», en *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre de 2008, núm. 22. http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=24&seccion_ver=0
- AÑOEROS TERRADAS, Beatriz, «Comentario a la Resolución de la DGRN, de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005/5645)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, octubre-diciembre de 2006, págs. 1295-1312.
- BOLÁS ALFONSO, Juan, «Un espacio de seguridad jurídica: Un valor para la familia y para el ciudadano, una oportunidad para la empresa», en *Escritura Pública. Ensayos de Actualidad*, Consejo General del Notariado, 2008, págs. 7-51.
- FAJARDO LÓPEZ, Luis, «Acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras otorgadas por notarios extranjeros de países miembros de la Unión Europea: Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de mayo de 2005 (RJ 2005/5645)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2007, págs. 333-342.
- GARCÍA MÁS, Francisco Javier, «El estatuto del Notario y las nuevas tecnologías», en *El notariado y la reforma de la fe pública*, Marcial Pons, 2007, págs. 23-72.

(65) Véase la defensa del notariado latino-germánico en el seno de la Unión Europea, de Juan BOLÁS ALFONSO, en «Un espacio de seguridad jurídica: Un valor para la familia y para el ciudadano, una oportunidad para la empresa», en *Escritura Pública. Ensayos de Actualidad*, Consejo General del Notariado, 2008, págs. 7-51, págs. 23 y sigs. Sobre la cuestión, extensamente, GARCÍA MÁS, Francisco Javier, «El estatuto del Notario y las nuevas tecnologías», en *El notariado y la reforma de la fe pública*, Marcial Pons, 2007, págs. 23-72, pág. 25 y sigs. También, WOSCHNAK, Klaus, «La liberalización del documento notarial en la UE debe salvaguardar los procedimientos privativos de los Estados», en *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2009, núm. 23. http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=1244&seccion_ver=0

(66) Entre los argumentos ya citados cabe destacar el informe Bremen ZERP (*Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen de diciembre de 2007*), realizado por encargo de la Comisión Europea. Véase también el estudio de Antonio PAU PEDRÓN, «La convergencia de los sistemas registrales en Europa», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2004.

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «*Traditio* y escritura pública (Reflexión crítica a propósito de la doctrina de la DGRN contenida en las Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005)», en Diario *La Ley*, núm. 6322, 20 de septiembre de 2005, D-208, págs. 1585-1589.
- HEREDIA CERVANTES, Iván, «Comentario a la Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005/2452)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 70, enero-abril de 2006, págs. 115-138.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, «La protección de los derechos reales en Estados Unidos: El seguro de títulos», trabajo inédito en prensa (RCDI), 2009.
- PAU PEDRÓN, Antonio, *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2004.
- PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, «La función de los Notarios y de los Registradores: Aplicación del Derecho y control de legalidad», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, II, Madrid, 2006, págs. 2779-2813.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, «La eficacia registral de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en Diario *La Ley*, núm. 6425, 20 de febrero de 2006, D-46, págs. 1461-1471.
- WOSCHNAK, Klaus, «La liberalización del documento notarial en la UE debe salvaguardar los procedimientos privativos de los Estados», en *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2009, núm. 23.

RESUMEN

DOCUMENTOS EXTRANJEROS. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En la actualidad, estamos a la espera de que la Sala Primera del Tribunal Supremo resuelva la cuestión de si las escrituras públicas de contratación sobre inmuebles, sitos en España, tienen acceso al Registro de la Propiedad cuando han sido autorizadas ante Notario extranjero. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, claramente pesan más los argumentos favorables a la admisión del documento extranjero en el Registro de la Propiedad. Podemos afirmarlo poniendo en juego la regulación hipotecaria con las normas de Derecho Internacional Privado. Estas normas, a su vez, quedan reforzadas por el resto del Ordenamiento Jurídico y por los principios inspiradores de la Unión Europea, argumento que también hemos de tener en

ABSTRACT

FOREIGN DOCUMENTS. PROPERTY REGISTRY

We are at present waiting for Division One of the Supreme Court to settle the question of whether public deeds containing contracts concerning real estate located in Spain are eligible for registration when they have been made before a foreign notary. From the strictly legal standpoint, the arguments in favour of the property registry's accepting a foreign document of this description clearly outweigh the arguments against. We can make this assertion by putting the mortgage regulation into play with the rules of international private law. These rules in turn are strengthened by the rest of legislation and by the principles behind the European Union. This argument too must be taken into account when, as in this case, the notary and the

cuenta cuando —como en este caso— el Notario y los contratantes son ciudadanos miembros de la UE. A efectos de la publicidad registral y de la transmisión de la propiedad hay que atender al sistema español. Si concurren todos los elementos al tiempo de la solicitud de inscripción, ésta puede practicarse.

Junto a las consideraciones jurídicas, conviene advertir que existen intereses de distinta índole, que se verán afectados por la solución adoptada. El artículo trata de compaginar la doble perspectiva —jurídica y de política legislativa— que parece estar presente no sólo en la actualidad española sino también en el ámbito de la Unión Europea.

parties to the contract are EU member citizens. For purposes of registration publicity and ownership conveyance, the Spanish system must be heeded. If all the necessary elements are attendant when registration is applied for, the deed may be registered.

Along with the legal considerations, it would be wise to point out that there are interests of a different kind that will be affected by whatever solution is adopted. The article endeavours to reconcile the twofold perspective (the perspective of law and the perspective of legislative policy) that appears to be present not only in Spain today but also in the sphere of the European Union.

*(Trabajo recibido el 13-03-09 y aceptado
para su publicación el 10-07-09)*

DERECHO COMPARADO

La acefalía de las asociaciones

(A propósito de la falta de renovación de los miembros del Consejo Directivo y sus formas de solución en el ámbito registral peruano)

por

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA

Vocal del Tribunal Registral, SUNARP

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Lima

SUMARIO

1. LA FALTA DE RENOVACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO Y LA «ACEFALÍA» DE LAS ASOCIACIONES EN EL PERÚ:
 - 1.1. LA FALTA DE RENOVACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO Y SUS CONSECUENCIAS.
 - 1.2. POSICIÓN ASUMIDA EN LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL.
2. FORMAS DE SOLUCIÓN ORDINARIAS DE LA «ACEFALÍA» ORGANIZACIONAL:
 - 2.1. LA ASAMBLEA UNIVERSAL.
 - 2.2. CONVOCATORIA JUDICIAL.
3. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DADAS POR LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL Y POSICIÓN INSTITUCIONAL ASUMIDA EN LA RESOLUCIÓN NÚMERO 202-2001-SUNARP-SE:
 - 3.1. LA «REPRESENTACIÓN DE HECHO».
 - 3.2. LA «ASAMBLEA DE REGULARIZACIÓN».

1. LA FALTA DE RENOVACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO Y LA «ACEFALÍA» DE LAS ASOCIACIONES EN EL PERÚ

1.1. LA FALTA DE RENOVACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO Y SUS CONSECUENCIAS

De acuerdo al artículo 86 del Código Civil corresponde a la asamblea general de asociados renovar a los miembros del Consejo Directivo, de acuerdo a los requisitos y plazos establecidos en el estatuto, esto es, siguiendo el respectivo *proceso eleccionario*; proceso cuya simplicidad o complejidad dependerá de cada estatuto en particular (1) (2).

Pero, ¿qué sucederá si la asamblea general de asociados no cumple con renovar oportunamente a sus directivos?

El Código Civil, aparte de «delegar» en el estatuto de la asociación la regulación de la constitución y funcionamiento de la asamblea general y el Consejo Directivo (art. 82), no estableció los efectos que se derivan del vencimiento del plazo de duración de los miembros del Consejo Directivo en caso no se hubiese cumplido con su oportuna renovación.

En ese contexto cabe preguntarse: ¿los directivos cesan automáticamente en sus funciones —produciéndose la «acefalía» de la asociación—, o continuarán ejerciendo sus funciones hasta que se elijan a sus reemplazantes?

«Acefalía» entendida como «inexistencia de jefe en una sociedad, secta, comunidad, etc.» (3).

En el ámbito jurisprudencial registral se asumió que los directivos cesaban automáticamente en sus funciones al vencer el periodo estatutario, entendiendo prohibida su continuidad, salvo disposición estatutaria o legal en contra (4).

(1) Véase, SALAZAR GALLEGOS, Max, «Comentarios al artículo 86», en *Código Civil Comentado*, Tomo I: Título Preliminar, Derecho de las Personas, Actos Jurídico. Lima, Gaceta Jurídica, S. A., pág. 427. El autor refiere que «el legislador, en su accionar, ha querido apartar ciertos aspectos que consideró fundamentales en la marcha de la asociación para que sean discutidos únicamente en asamblea, sea que se trate de una ordinaria o extraordinaria; no obstante el Código no hace una distinción al respecto».

(2) Como antecedente legislativo inmediato tenemos que el Código Civil de 1936, en su artículo 49, disponía lo siguiente: «La junta general resuelve sobre la admisión de los asociados, sobre las personas que deben ejercer la autoridad directiva y sobre los demás asuntos que no sean de competencia de otros órganos».

(3) «Diccionario de la Lengua Española» (Real Academia Española). Madrid-Espasa Calpe, S. A., 22.^a ed., 2001, pág. 22.

(4) Resolución del Tribunal Registral, número 109-96-ORLC/TR del 11-3-1996. «(...) en el tema de las asociaciones civiles, los miembros del respectivo Consejo Directivo (...), si bien no están sujetos a un periodo de mandato preciso, debido al silencio de la norma, se colige que dicho periodo es fijado estatutariamente, por lo que siendo que el

Sobre el particular, se ha afirmado que «el problema de la prórroga del mandato de los consejos directivos guarda estrecha relación con el del tracto sucesivo de los mismos. El Código Civil, a diferencia de la Ley General de Sociedades (...), no prevé nada al respecto. Este vacío debe ser llenado con las disposiciones del estatuto de la asociación, caso contrario, las decisiones que se tomen, una vez fenecido el mandato del Consejo Directivo, tendrán la contingencia de carecer de valor jurídico» (5).

Dada la magnitud del problema y como prueba irrefutable de que no se trata de meras disquisiciones teóricas, tanto los civilistas como los registrarios han planteado diversas propuestas.

Así, la «Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil», presidida por Jorge AVENDAÑO VALDEZ, ha propuesto la siguiente reforma normativa, contenida en el artículo 78-E: «2. Cuando hubiera concluido el periodo para el que fueron nombrados los integrantes del órgano directivo de la persona jurídica, ellos continúan en funciones mientras no se produzca nueva elección» (6).

Igualmente, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos viene elaborando desde hace algunos años un «Proyecto de Reglamento de Inscripciones de las Personas Jurídicas de Naturaleza no Societaria», la misma que asume como criterio de interpretación registral, aplicable a todas las personas jurídicas, la continuidad de los directivos; así, en su artículo 41 se establece: «para efectos registrales, se considerará que los integrantes de los órganos de la persona jurídica continúan en funciones, aunque hubiere concluido el periodo para el que fueron nombrados, hasta que se inscriba una nueva elección, salvo disposición expresa en contrario contenida en la ley o en el estatuto» (7).

artículo 93 del Código Civil impone a los directivos las responsabilidades propias de la representación, debe entenderse que la capacidad de los directivos, vinculada al ejercicio de dicha representación, evidentemente cesa en la fecha que estatutariamente se fija, no siendo admisible una prórroga de la misma, dado el silencio indicado, salvo que el estatuto diga lo contrario (...) (en ese sentido) el legislador ha asimilado el cargo de directivo a la naturaleza del mandato con representación, por lo que concluido el mandato (...), tácitamente debe darse por concluida la representación (...).

(5) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, Lima - Gaceta Jurídica, S. A., mayo, 2004, pág. 755.

(6) Véase la página web del Ministerio de Justicia: www.minjus.gob.pe

(7) La Superintendencia mediante Resolución número 378-2002-SUNARP-SN constituyó una Comisión encargada de proponer un «Proyecto de Reglamento de Inscripciones para las Personas Jurídicas de Naturaleza no Societaria», luego y a través de la Resolución número 128-2004-SUNARP-SN del 29-3-2004 designó una Comisión Revisora y cuyo trabajo final se remitió al Directorio. Comisión última que se ha reactivado el año 2006.

1.2. POSICIÓN ASUMIDA EN LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL

¿Por qué se optó en sede registral por el cese automático de los directivos en vez de su continuidad una vez vencido el periodo estatutario de funciones?

Algunas de las razones que se esgrimieron para no admitir la continuidad de los directivos son, el respeto a la voluntad de los fundadores de la asociación *materializada* en el estatuto —dispositivo que todos deben acatar en tanto no se modifique—, en el sentido que, el periodo de funciones es limitado en el tiempo; lo contrario, la prolongación de los directivos en sus cargos mas allá del plazo establecido, implicaría un ilegal apoderamiento de la dirección de la persona jurídica.

Al respecto, creemos que el silencio del Código Civil y del propio estatuto no nos lleva a concluir necesariamente que se encuentra prohibida la continuidad de los directivos, por cuanto en materia civil el silencio no equivale a prohibición; excepción hecha del caso contemplado en el artículo 142 del Código Civil, es decir, «cuando la ley o el convenio le atribuyan ese significado».

De otro lado, se ha dicho, en favor de la posición que niega la continuidad de los directivos, que el Código Civil no contiene un dispositivo similar al artículo 163 de la Ley General de Sociedades que faculta a la continuidad de los directivos aunque hubiere concluido su periodo de funciones mientras no se produzca la elección de sus reemplazantes («El periodo del directorio termina al resolver la junta general sobre los estados financieros de su último ejercicio y elegir al nuevo directorio, pero el directorio continúa en funciones, aunque hubiese concluido su periodo, mientras no se produzca nueva elección»).

De acuerdo a la teoría general del derecho, en caso de ausencia o inexistencia de norma que regule una situación determinada debe recurrirse a la aplicación analógica de otra norma de la misma naturaleza o que no resulte incompatible con ésta (8), lo que creemos sucedería con el artículo 163 de la Ley General de Sociedades respecto de las personas jurídicas de carácter no lucrativo reguladas por el Código Civil, pues el Consejo Directivo es igualmente un órgano *necesario* y *permanente* de la asociación sin la cual no podría actuar plenamente en salvaguarda de sus intereses (9).

(8) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984 (análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, agosto, 2003, pág. 180. Según el autor, «la analogía es un tipo de argumentación jurídica (...) que permite al operador jurídico colmar las insuficiencias legislativas y, de este modo, permite que éste cumpla con su obligación de administración de justicia».

(9) RUBIO CORREA, Marcial, «Leyes restrictivas o de excepción», en *Para leer el Código Civil*, vol. III. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 1996, pág. 95; asimismo, del mismo autor véase: *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2000, pág. 243.

Finalmente, se señala que el artículo 93 del Código Civil, al remitir a las «reglas de la representación» lo referente a la regulación de la responsabilidad de los asociados que desempeñan cargos directivos ha optado por la «representación voluntaria» en esta materia («Los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición»).

Sin embargo, debe hacerse notar que tales reglas se refieren a las «relaciones internas» (gestión o administración) y no a las relaciones de la asociación con los terceros, es decir, a los actos de representación.

La posición asumida por la jurisprudencia registral —en el sentido que los directivos cesan automáticamente en sus funciones al vencer el periodo estatutario—, implicaba inexorablemente la «acefalía» de la asociación, pues la misma ya no contaba con órgano que se encargara de su gestión y representación.

2. FORMAS DE SOLUCIÓN ORDINARIAS DE LA ACEFALÍA ORGANIZACIONAL

Asumida la posición en los términos indicados, el Tribunal Registral intentó buscar formas de solución a los problemas derivados de la misma a partir de los instrumentos legales establecidos por el propio Código Civil y las normas existentes en el ordenamiento jurídico nacional, tales como la asamblea universal y la convocatoria judicial, consideradas consecuentemente como formas «ordinarias» de solución de la «acefalía» organizacional.

Así, se ha señalado en la jurisprudencia registral que «para realizar la convocatoria y elección de un nuevo Consejo Directivo de la Asociación, debe ser efectuada por acuerdo unánime de los asociados hábiles y no existiendo éste, judicialmente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 del Código Civil» (10).

A continuación pasaremos a revisar la regulación y alcances de la asamblea universal y convocatoria judicial.

2.1. LA ASAMBLEA UNIVERSAL

En principio debe decirse que, el Código Civil no ha regulado la figura de la «asamblea universal» en materia de asociaciones.

(10) Resoluciones de Tribunal Registral, números 180-96-ORLC/TR del 13-5-1996, 364-96-ORLC/TR del 21-10-1996, 460-96-ORLC/TR del 30-10-1996 y 100-1997-ORLC/TR del 1-3-97.

Sin embargo, la jurisprudencia registral consideró aplicable a las asociaciones (por «analogía») la figura de la junta universal regulada en el artículo 120 de la Ley General de Sociedades, al ser la junta general de accionistas y la asamblea general de asociados órganos supremos y conformantes de la *voluntad social*.

Así, se indicó que «a pesar de no haber sido regulado expresamente por el Código Civil, la figura de la asamblea universal tiene plena vigencia en nuestro país, considerando que la asamblea, es el órgano supremo de la asociación, vale decir, órgano dominante» (11).

El artículo 120 de la Ley General de Sociedades establece que la junta general «se entiende convocada y válidamente constituida para tratar sobre cualquier asunto y tomar los acuerdos correspondientes, siempre que se encuentren presentes accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto y acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos que en ella se proponga tratar».

En ese sentido, se requiere que los asociados se constituyan en «asamblea universal» con la participación de todos sus miembros, siempre que además exista acuerdo unánime en la celebración de la asamblea y la agenda a tratar.

Siendo que en este caso, al estar reunidos todos los asociados, no se precisa de convocatoria alguna, lo que permite superar la falta de existencia de directivos con facultades vigentes que deban convocar; sin embargo, tenía que acreditarse ante el Registro que la asamblea tenía el carácter de «universal», lo cual ha generado una serie de dificultades como veremos (12).

Así, a efectos de acreditar el carácter de «universal» de la asamblea general, la jurisprudencia registral ha diferenciado varios supuestos: a) «cuando la asociación cuenta con órgano directivo en funciones», en cuyo caso éstos se encuentran facultados para determinar quiénes son los asociados hábiles para concurrir a la asamblea y el *quórum*; b) «cuando la asociación no cuenta con órgano directivo en funciones», supuesto que a su vez se subdivide en: b.1) «si participa en la asamblea el último presidente inscrito con facultades vencidas», quien de acuerdo al artículo 1 de la Resolución número 202-2001-SUNARP/SN está facultado para convocar, por lo que con mayor razón podrá determinar los asociados que están habilitados para participar en la asamblea, o b.2) «si no participa en la asamblea el último presidente inscrito con facultades vencidas», situación en la que, al no existir persona legitimada para determinar quiénes pueden participar en la asamblea, el carácter de universal de la asamblea deberá acreditarse ante el Registrador en base a la infor-

(11) Resolución número 241-98-ORLC/TR, en «Jurisprudencia Registral», *ORLC*, año II, vol. VI, pág. 437.

(12) Resolución de Tribunal Registral, número 241-98-ORLC/TR, la misma que fijó inicialmente las pautas jurisprudenciales para tal acreditación.

mación que obra en el antecedente registral y la documentación presentada en el título (13).

¿Cuáles son los alcances de las facultades de la asamblea universal?

La jurisprudencia registral aun no ha determinado este tema de manera general; sin embargo, tratándose de aquellos casos en los que el estatuto exige la designación previa de un comité electoral a efectos de la asamblea eleccionaria, ¿por qué no admitir —como sucede en la convocatoria judicial—, que la asamblea universal pueda inaplicar el estatuto, en la medida que la presencia de todos los miembros garantiza la transparencia de las elecciones?

Creemos, reiteramos, que en un contexto de «universalidad», la prescindencia de este requisito en la asamblea general no desnaturaliza las elecciones ni afecta los derechos de los asociados, quienes tienen a su disposición los mecanismos para impugnar u oponerse a los actos que les sean lesivos, de ser el caso; sin embargo, la jurisprudencia registral, con un temperamento diferente ha negado esa posibilidad al sostener que «la asamblea general, aun cuando se celebre con la presencia y el voto a favor de la totalidad de asociados, no puede acordar incumplir la norma estatutaria que establece que las elecciones serán conducidas por un comité electoral» (14).

De otro lado, la constitución y acreditación de la asamblea universal se torna difícil generalmente tratándose de asociaciones con un número elevado de miembros donde, por ejemplo, muchos de sus miembros se han separado de la organización de manera irregular, han fallecido, se encuentra fuera del país, etc.; nótese, asimismo, que la constitución de la «asamblea universal» se ve frustrada con la sola inconcurrencia (ausencia o negativa) de uno de sus miembros.

2.2. CONVOCATORIA JUDICIAL

Otro mecanismo legal empleado para superar la inexistencia de directivos con facultades vigentes fue la «convocatoria judicial», regulada en el artículo 85 del Código Civil.

Así, el segundo y tercer párrafos del artículo 85 disponen que, si la solicitud de convocatoria a asamblea general de los miembros que representen «no menos de la décima parte de los asociados» no es atendida dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada por el Presidente del Directorio o quien haga sus veces, la misma es hecha por el juez de primera instancia del domicilio de la asociación (proceso sumarísimo), a solicitud

(13) Resolución número 431-2003-SUNARP-TR-L del 11-7-2003.

(14) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el XII Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 13-9-2005 y sustentado en la Resolución número 307-2002-ORLC/TR del 20-6-2002.

de los mismos asociados; siendo que, si el Juez declara fundada la solicitud, «ordena se haga la convocatoria de acuerdo al estatuto, señalando el lugar, día, hora de la reunión, su objeto, quien la presidirá y el notario que de fe de los acuerdos».

Este dispositivo legal tiene como presupuesto de aplicación la existencia de «directivos con facultades vigentes», es decir, directivos «en ejercicio»; pues será ante ellos que los asociados, que representan «no menos de la décima parte» del total de miembros, solicitarán se convoque a asamblea.

Y ¿qué sucederá cuando no existen directivos con facultades vigentes, al haber vencido el plazo estatutario de funciones?

Pese a tratarse de un supuesto no previsto por el legislador, la jurisprudencia registral consideró que con «mayor razón», al no existir directivos ante quienes solicitar convocatoria y a fin de no dejar en estado de indefensión a los asociados, debería ser posible que éstos puedan acudir al poder judicial a solicitar convocatoria judicial, a cuyo efecto será suficiente acreditar que la última directiva inscrita cesó en sus funciones mediante el respectivo certificado de no vigencia registral.

En la praxis, igualmente, la convocatoria judicial presenta algunas dificultades que deberían corregirse para fomentar su mayor empleo, así, los elevados costos que el tránsito por el poder judicial implica para los asociados solicitantes, el excesivo tiempo que se requiere para la expedición de la resolución de convocatoria, etc.

Así, se ha señalado en la jurisprudencia que, «la convocatoria judicial es una alternativa poco atractiva para las asociaciones con escasos recursos económicos y que constituyen el grueso de las organizaciones de las zonas urbano-marginales de las grandes ciudades del país. La demora del proceso, la negativa de los asociados a sufragar la excesiva onerosidad de su costo y el temor a todo lo que implican juzgados y los trámites procesales convierten a la convocatoria judicial en una vía prohibitiva para la mayoría de asociaciones» (15).

3. SOLUCIONES DADAS POR LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL Y LA POSICIÓN INSTITUCIONAL A PARTIR DE LA RESOLUCIÓN DEL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS, NÚMERO 202-2001-SUNARP-SE

Dados los problemas existentes en la praxis en materia de constitución de la asamblea universal y gestión de la convocatoria judicial, el estado de «acefalía» de la asociación se mantenía indefinidamente —no obstante el deseo de

(15) Resolución número 198-97-ORLC/TR del 29-5-1997.

sus miembros—, con evidente perjuicio para la propia organización y salvaguarda de sus intereses.

En ese sentido, la jurisprudencia registral, a través del tiempo, reformuló su posición inicial recurriendo a las figuras de la «representación de hecho» y a la «asamblea de regularización», los mismos que pasaremos a analizar seguidamente desde un punto de vista personal y autocrítico (16) (17).

En favor de los nuevos criterios jurisprudenciales se ha señalado que «ya no se requerirá ni universalidad (dado que la validez de la convocatoria determinará la aplicación del *quórum* y mayorías legales o estatutarias) ni que el anterior Consejo Directivo se encuentre inscrito y no haya vencido su periodo con excesiva antigüedad» (18).

3.1. LA «REPRESENTACIÓN DE HECHO»

Un mecanismo ideado por la jurisprudencia para resolver el problema de «acefalía» de las asociaciones fue la denominada «representación de hecho» (19).

(16) En la Resolución número 045-96-ORLC/TR del 2-2-1996 se señaló que: «No constituye requisito indispensable para la inscripción del (...) Título la presentación de todas las actas de regularización de las Juntas Directivas desde 1968 a la fecha, como ha querido el registrador, toda vez que según lo expresado en la Exposición de Motivos oficial del Código Civil, referente al artículo 2.025, al lado del acto constitutivo de la asociación, que inscrito marca el inicio de la existencia de la persona jurídica, también se ha dispuesto sólo la inscripción de aquellos actos que por su importancia lo merecen. Resultando que puede omitirse la inscripción de los actos que no tengan relevancia para la persona jurídica, pues la inscripción y el consecuente amparo en el Principio de Fe Pública Registral, con el objeto de oponer su derecho a todos, obedece principalmente a la necesidad de prestar garantías suficientes a terceras personas en la celebración de actos jurídicos con administradores o representantes de la persona jurídica».

(17) Igualmente, en la Resolución del Tribunal Registral, número 109-96-ORLC-TR del 11-3-1996 se indicó: «La omisión en registrar un mandato de un Consejo Directivo por un periodo determinado, para luego inscribir el mandato por un periodo subsiguiente, no contradice la letra del artículo 2.015 del Código Civil, puesto que el título del cual emana la designación de una nueva directiva proviene de la voluntad de una Asamblea General y no de la existencia de la anterior directiva».

Complementando este criterio jurisprudencial, en la Resolución número 238-97-ORLC/TR se estableció que requerir el mandato «vigente» del Presidente que convoca a la asamblea eleccionaria, a efectos de la inscripción del nombramiento del nuevo Consejo Directivo, constituye «solicitar indirectamente que se presenten para su inscripción las actas de regularización en donde consten los Consejos Directivos no inscritos».

(18) GONZALES LOLI, Jorge, «Inscripción registral de consejos directivos de asociaciones civiles», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 7, núm. 31, Gaceta Jurídica, S. A., Lima, abril, 2001, pág. 43.

(19) VÁSQUEZ TORRES, Elena, «La representación de hecho de las personas jurídicas», en *Folio Real. Revista de Derecho Registral y Notarial*, año 1, núm. 1, Lima-Palestra Editores, SRL, abril de 200..., pág. 191.

En efecto, la jurisprudencia registral en vía de interpretación y a fin de asegurar la continuidad de los miembros de los órganos directivos incorporó la figura de la «representación de hecho», mediante la cual se reconocía en favor del último presidente inscrito cuyo periodo de duración de funciones había vencido facultades de convocatoria a asamblea general eleccionaria, siempre que se ejercite dentro del periodo estatutario inmediato siguiente (20).

Se trataba entonces de facultades excepcionales reconocidas en favor del Presidente del Consejo Directivo, esto es, sólo para convocar a asamblea eleccionaria, es decir, convocar a una asamblea cuya agenda sea exclusivamente la elección de los nuevos directivos.

Una de las críticas que se hizo es que el término empleado no resultaba adecuado, pues la convocatoria a asamblea general efectuada por el presidente cuyo periodo de funciones ha vencido no constituye propiamente un acto «representativo» —dirigido a terceros—, sino uno de carácter «interno»; asimismo, la representación que se le reconoce debería comprender todos los actos establecidos en el estatuto y la ley y no limitarse a la convocatoria, como se hace (21).

Luego, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, haciendo suya la interpretación registral imperante, aunque con ligeras modificatorias, la consagró normativamente a través de la Resolución del Superintendente Nacional, número 202-2001-SUNARP-SN del 31-7-2001 («El Peruano», 4-8-2001); dispositivo aplicable por mandato expreso de esta norma a las asociaciones y comités.

Esta Resolución representa el tránsito de un plano «interpretativo» a uno «normativo» en esta materia con todo lo que ello implica, consagrándose así en sede registral y de manera institucional la posición a favor del cese automático de los directivos una vez vencido el periodo de duración de funciones, tratándose de asociaciones y comités.

El artículo 1 de la referida Resolución número 202-2001-SUNARP-SN estableció, a efectos registrales, una presunción en favor del presidente o el integrante designado por el último Consejo Directivo inscrito cuyo periodo de funciones hubiere vencido, legitimándolos para convocar a asamblea general de elección de los nuevos integrantes, de acuerdo a las normas legales y estatutarias vigentes.

La jurisprudencia registral precisó que esta facultad de convocatoria comprende además «todos los actos previos y necesarios para llevar a cabo la asamblea de elección de directivos y su posterior inscripción en el Registro» (22).

(20) Resolución del Tribunal Registral, número 082-2000-ORLC/TR del 15-3-2000.

(21) GONZALES BARRÓN, Günther, *Tratado de Derecho Registral Mercantil. Registro de Sociedades*, Lima-Jurista Editores, EIRL, enero de 2002, pág. 342.

(22) Resolución número 413-2003-SUNARP-TR-L del 4-7-2003.

Al tratarse de una presunción —la legitimidad para convocar atribuida al presidente o el integrante designado por el último Consejo Directivo inscrito cuyo periodo de funciones ha vencido—, la misma puede ser enervada si se acredita que posteriormente se eligió o eligieron nuevas directivas, a cuyo efecto corresponderá a la jurisprudencia registral determinar las pruebas que la acrediten.

Así, se ha establecido en la jurisprudencia que «cuando de los antecedentes registrales se desprenda que con posterioridad a la elección del último consejo inscrito se ha realizado una nueva elección —no inscrita—, el presidente del último consejo inscrito no se encuentra legitimado para convocar a asamblea eleccionaria»; igualmente, «cuando conste en el acta de asamblea general que con posterioridad a la elección del último consejo inscrito, se ha realizado una nueva elección —no inscrita— el presidente del último consejo inscrito no se encuentra legitimado para convocar a asamblea eleccionaria»; asimismo, en sentido contrario, se estableció que «el presidente del Consejo Directivo inscrito es quien registralmente se encuentra legitimado para convocar, aun cuando de los documentos presentados se aprecie que con posterioridad al último consejo inscrito se han realizado elecciones que no pueden ser inscritas porque carecen de validez» (23).

La Resolución número 202-2001-SUNARP-SN, a diferencia de la jurisprudencia registral preexistente, no ha establecido un límite temporal para el ejercicio de la facultad de convocatoria a asamblea eleccionaria, por lo que el presidente o el integrante designado por el último Consejo Directivo inscrito podrá ejercitarlo en cualquier momento, en tanto no se elija a uno nuevo.

Posteriormente, mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, número 609-2002-SUNARP-SN del 20-12-2002 («El Peruano», 27-12-2002), la aplicación de la «representación de hecho», regulada en el artículo 1 de la indicada Resolución, número 202-2001-SUNARP-SN, se amplió a otras personas jurídicas como las Asociaciones Pro Vivienda, Cooperativas, Comunidades Campesinas y Empresas Multicomunales.

¿Cuáles fueron los fundamentos de la ampliación dispuesta por la Resolución número 609-2002-SUNARP-SN?

En el caso de las Asociaciones Pro Vivienda, el Decreto Supremo número 012-87-VC establecía en su artículo segundo que el mandato de los dirigentes terminaba inexorablemente al vencimiento del periodo para el cual fueron elegidos y los actos que éstos realizaran a nombre de la asociación no la obligaban ni surtían efecto legal contra ella y conforme al segundo párrafo del artículo 8, podía imponerse la sanción de separación a aquellos asociados que detentaran el cargo de dirigentes no obstante el vencimiento de su perio-

(23) Véanse las Resoluciones números 373-2003-SUNARP-TR-L del 20-6-2003, 273-2003-SUNARP-TR-L del 30-5-2003, y 159-2004-SUNARP-TR-L del 19-3-2004, respectivamente.

do, lo que se interpretó en sede registral resultaba incompatible con la representación de hecho.

Sin embargo, mediante Resolución número 612-2001-ORLC/TR el Tribunal Registral estableció que la Resolución número 202-2001-SUNARP-SN no resultaba incompatible con el Decreto Supremo número 012-87-VC, pues la facultad excepcional reconocida de convocar a elecciones sólo buscaba facilitar la renovación de los cargos directivos, antes que perpetuar en el cargo a los dirigentes cuyo periodo estatutario o legal de funciones había vencido.

Existe una opinión discrepante respecto a la interpretación realizada por el Tribunal y cuyos argumentos pasamos a citar textualmente: «si bien la intención del órgano colegiado es la de resolver la situación de acefalía de las asociaciones de vivienda, ello no puede hacerse violentando la normatividad vigente. El fundamento que «no corresponde distinguir donde la ley no lo hace» no resiste al análisis: la ley si distingue e impide la presunción de prórroga del mandato en las asociaciones de vivienda (art. 2 del D.S. núm. 012-87 VC)» (24).

En cuanto a las Cooperativas, el numeral 4 del artículo 33 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas (D.S. núm. 074-90-TR) establecía que los miembros de los consejos y de los comités de educación y electoral serán renovados anualmente en proporciones no menores al tercio del respectivo total y, salvo disposición diferente del estatuto, no podrán ser reelegidos para el periodo inmediato siguiente; régimen que igualmente se entendió incompatible con el artículo 1 de la Resolución número 202-2001-SUNARP-SN.

En la Resolución número 609-2002-SUNARP-SN y a favor de la ampliación, se precisó que la facultad excepcional de convocar a elecciones sólo busca facilitar el proceso eleccionario y la renovación de los cargos directivos, antes que reconocer o autorizar una prórroga o reelección en el mandato de los dirigentes.

Respecto a las Comunidades Campesinas y Empresas Multicomunales, reguladas por la Ley número 24656, de manera más genérica se indica en la Resolución número 609-2002-SUNARP-SN que aquéllas igualmente afrontan similares dificultades para inscribir la renovación de sus órganos de gobierno, por lo que resulta necesario también extender los alcances del artículo 1 de la Resolución número 202-2001-SUNARP/SN con el objeto de facilitar la renovación oportuna de sus órganos de gobierno y su correspondiente inscripción.

Una crítica que podría hacerse a este dispositivo ampliatorio es que se limita los beneficios de la representación de hecho a un número reducido de personas jurídicas dejando de lado al resto, sin mayor fundamento y sin tener

(24) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, Lima, Gaceta Jurídica, S. A., mayo, 2004, pág. 761.

en cuenta que la misma podría ser plenamente aplicable a estas últimas, salvo exista norma expresa que regule a estas otras personas en sentido contrario o su aplicación resulte incompatible en razón a su naturaleza.

3.2. LA «ASAMBLEA GENERAL DE REGULARIZACIÓN»

Otro mecanismo ideado por la jurisprudencia para resolver el problema de «acefalía» de las asociaciones fue la denominada «asamblea de regularización».

En efecto, la jurisprudencia registral en su búsqueda de soluciones a la «acefalía» introdujo la figura de la «asamblea de regularización», es decir, la posibilidad de «reconstituir» la historia registral de las directivas de las asociaciones por intermedio del presidente del último Consejo Directivo electo no inscrito; a cuyo efecto se podían presentar las actas y demás documentos exigibles de cada una de las asambleas eleccionarias no inscritas o el acta de la «asamblea de regularización» donde se reconociera todas las directivas electas no inscritas, incluida la del presidente convocante (25).

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos —del mismo modo que en el caso de la «representación de hecho»—, haciendo suya la interpretación seguida por la jurisprudencia registral anterior, la consagró normativamente mediante Resolución del Superintendente Nacional, número 202-2001-SUNARP-SN del 31-7-2001 («El Peruano», 4-8-2001); por lo que en esta materia se pasó igualmente del terreno «interpretativo» al «normativo», con todas las implicancias que ello conlleva.

En el primer párrafo del artículo 2 de la referida Resolución se indica de manera general que, «en caso de elecciones de consejos directivos no inscritos, se restablecerá la exactitud registral, mediante asamblea general de regularización».

Se parte, en este dispositivo, del supuesto que la asociación ha ido eligiendo regularmente a sus directivos, pero que —por causas diversas—, esos actos no accedieron oportunamente al Registro.

Así, en la jurisprudencia registral se expresa que, «en principio sólo podrá acceder al Registro la asamblea de regularización cuando la asociación o comité haya venido realizando las elecciones con la frecuencia que su estatuto establece, de tal modo que exista una secuencia encadenada de los órganos que pretenden acceder (...) en relación con el antecedente registral» (26).

En ese sentido, el último presidente (o el integrante designado por el Consejo Directivo) de la directiva electa pero no inscrita, se encuentra facul-

(25) Resolución del Tribunal Registral, número 153-2000-ORLC/TR del 24-5-2000.

(26) Resoluciones del Tribunal Registral, números 454-2003-SUNARP-TR-L, 028-2003-SUNARP-TR-L del 22-1-2003, y 095-2004-SUNARP-TR-L del 20-2-2004.

tado para convocar a la respectiva asamblea de regularización, conforme a la ley o al estatuto.

A tal fin sólo será necesaria la copia certificada del acta de la asamblea de regularización y la documentación pertinente, no requiriéndose documentación «adicional» referente a las asambleas eleccionarias anteriores no inscritas (27).

¿La asamblea de regularización es susceptible de subsanación mediante otra asamblea convocada al efecto y el acta de esta última será considerado documento «adicional»?

Sobre este particular, el Tribunal Registral en su segundo pleno aprobó un precedente de observancia obligatoria en los siguientes términos: «Los defectos, errores u omisiones existentes en el acta de la asamblea general de regularización —realizada al amparo de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, núm. 202-2001-SUNARP/SN del 3-7-2001—, pueden ser subsanados mediante una asamblea general posterior, debiendo presentarse para su inscripción ambas actas de asamblea general» (28).

Este criterio interpretativo se sustenta en el hecho que, la Resolución número 202-2001-SUNARP/SN si bien establece un régimen excepcional, no puede desconocer que la asamblea de regularización participa de la misma naturaleza que cualquier otra asamblea general —excepto por la materia restringida al reconocimiento de la elección de miembros del Consejo Directivo—, y como tal, susceptible de presentar defectos, errores u omisiones en el proceso de la conformación de la *voluntad social* que exijan «subsanción» o «aclaración» o «ratificación» mediante una nueva asamblea convocada al efecto, la misma que tendrá el carácter de «complementaria»; siendo que, jurídicamente hablando ambas actas contienen un solo acto jurídico, debiendo presentarse conjuntamente (29).

En el acta de la asamblea de regularización deberá constar el acuerdo de la asamblea de «reconocer las elecciones anteriores no inscritas, inclusive respecto al órgano o integrante del mismo que convoca la asamblea general de regularización» y «la indicación del nombre completo de todos los integrantes del órgano de gobierno elegido y su periodo de funciones», todo ello conforme a las normas legales y estatutarias vigentes.

En la jurisprudencia registral se ha dicho, a propósito de un pedido de desistimiento parcial de la rogatoria en el sentido que no se inscriban algunas

(27) Resolución número 192-2003-SUNARP-TR-L del 28-3-2003 en la que se indica, si se presentara documentación referente a las elecciones que se regularizan, la misma no deberá ser tomada en cuenta en la calificación, «la que deberá realizarse exclusivamente en mérito a lo que conste en el acta de la asamblea de regularización».

(28) Resolución número 189-2002-ORLC/TR del 10-4-2002 («El Peruano», 22-1-2003).

(29) Resolución del Tribunal Registral, número 062-2002-ORLC/TR del 31-1-2002.

directivas a regularizarse, que el acuerdo de reconocimiento de directivas electas no inscritas constituye registralmente hablando un solo acto, por lo que no es posible desistirse parcialmente, además que la «legitimidad» del presidente convocante a la asamblea de regularización se sustenta en las directivas anteriores, reconocidas en ese acto (30).

Sobre la exigencia establecida por la Resolución número 202-2001-SUNARP/SN en el sentido que, las elecciones se hayan realizado «conforme a las normas legales y estatutarias vigentes», consideramos que de la praxis se advierte que la situación de «acefalía» de las asociaciones se origina principalmente por la defectuosa o nula aplicación del estatuto y/o la ley en materia de renovación de sus directivas; así, es frecuente encontrar casos en los que la renovación se hizo extemporáneamente —quedando periodos sin directiva electa alguna—, o que la conformación y periodo de las directivas electas no se condicen con el estatuto (no se eligen todos los cargos, se hace por periodos distintos mayores o menores al previsto, etc.).

En ese sentido, creemos debería revisarse la Resolución 202-2001-SUNARP/SN para evaluar su modificación y hacerla aplicable a un mayor número de casos, no limitándose tan sólo a aquellas personas jurídicas que vinieron eligiendo a sus directivas de manera regular —en estricto cumplimiento del estatuto y las leyes—, y cuyo único defecto es la falta de oportuna inscripción.

¿Será factible la regularización de la inscripción de una sola directiva?

Siendo que, el artículo 2 de la Resolución 202-2001-SUNARP/SN señala textualmente que el mismo se aplica «en caso de elecciones de consejos directivos no inscritos (...)», algún sector del foro ha entendido que no sería factible regularizar la inscripción de una sola directiva.

Sin embargo, el Tribunal Registral con un criterio más amplio admitió esa posibilidad, «siempre que exista la secuencia encadenada entre el antecedente registral y (la directiva) que se pretende inscribir» (31).

Igualmente, mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, número 609-2002-SUNARP-SN del 20-12-2002 («El Peruano», 27-12-2002), se extendió la aplicación de la «asamblea de regularización» a las Asociaciones Pro Vivienda, Cooperativas, Comunidades Campesinas y Empresas Multicomunales, al considerarse que no existía incompatibilidad entre las normas especiales que las regulan con la Resolución 202-2001-SUNARP/SN, dispositivo último que sólo faculta a convocar a asamblea electoral y no implica en modo alguno la perpetuación de los directivos en sus cargos.

(30) Según la Resolución número 273-2003-SUNARP-TR-L del 30-5-2003.

(31) Resolución número 454-2003-SUNARP-TR-L.

Una crítica que podría hacerse a este dispositivo ampliatorio es que se limita los beneficios de la asamblea de regularización a un número reducido de personas jurídicas dejando de lado al resto sin mayor fundamento y sin tener en cuenta que la misma podría ser plenamente aplicable a estas últimas, salvo exista norma expresa que regule a estas otras personas en sentido contrario o su aplicación resulte incompatible en razón a su naturaleza.

RESUMEN

ASOCIACIONES. ACEFALÍA ORGANIZACIONAL

De acuerdo al artículo 86 del Código Civil del Perú, corresponde a la asamblea general de asociados renovar a los miembros del Consejo Directivo, de acuerdo a los requisitos y plazos establecidos en el estatuto, esto es, siguiendo el respectivo proceso eleccionario; proceso cuya simplicidad o complejidad dependerá de cada estatuto en particular.

Pero, ¿qué sucederá si la asamblea general de asociados no cumple con renovar oportunamente a sus directivos?

El Código Civil, aparte de «delegar» en el estatuto de la asociación la regulación de la constitución y funcionamiento de la asamblea general y el Consejo Directivo (art. 82), no estableció los efectos que se derivan del vencimiento del plazo de duración de los miembros del Consejo Directivo en caso no se hubiese cumplido con su oportuna renovación.

En ese contexto cabe preguntarse: ¿los directivos cesan automáticamente en sus funciones —produciéndose la «acefalía» de la asociación—, o continuarán ejerciendo sus funciones hasta que se elijan a sus reemplazantes?

«Acefalia» entendida como «inexistencia de jefe en una sociedad, secta, comunidad, etc.».

En el ámbito jurisprudencial registral se asumió que los directivos cesaban automáticamente en sus funciones al vencer el periodo estatutario, entendiendo

ABSTRACT

ASSOCIATIONS. ORGANIZATIONAL ACEPHALIA

According to article 86 of the Civil Code of Peru, it is the task of the general assembly of association members to keep their board of directors manned, in accordance with the requirements and deadlines set in the association's by-laws, i.e., each association following its respective election process. The simplicity or complexity of this process will depend on each individual set of by-laws.

But what would happen if the general assembly fails to change or re-elect its directors properly?

The Civil Code «delegates» to each association's by-laws the job of regulating how the general assembly and board of directors are created and how they operate (article 82), but apart from this the Civil Code does not establish what happens at the expiration of board members' term of office if the board has not been properly remanned.

In this context, we might ask, do directors automatically leave office, leaving the association acephalic, or do they continue in office until their replacements have been elected?

«Acephalia» here is understood as «non-existence of a head in a company, sect, community, etc.».

In registration case-law, it was assumed that directors automatically left office when their term of office as per the by-laws expired, and it was understood

prohibida su continuidad, salvo disposición estatutaria o legal en contra.

Dada la magnitud del problema y como prueba irrefutable de que no se trata de meras disquisiciones teóricas, tanto los civilistas como los registralistas han planteado diversas propuestas.

Así, la «Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil», presidida por Jorge Avendaño Valdez, ha propuesto la siguiente reforma normativa, contenida en el artículo 78-E: «2. Cuando hubiera concluido el periodo para el que fueron nombrados los integrantes del órgano directivo de la persona jurídica, ellos continúan en funciones mientras no se produzca nueva elección».

Igualmente, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos viene elaborando desde hace algunos años un «Proyecto de Reglamento de Inscripciones de las Personas Jurídicas de Naturaleza no Societaria», la misma que asume como criterio de interpretación registral, aplicable a todas las personas jurídicas, la continuidad de los directivos; así, en su artículo 41 se establece: «para efectos registrales, se considerará que los integrantes de los órganos de la persona jurídica continúan en funciones, aunque hubiere concluido el periodo para el que fueron nombrados, hasta que se inscriba una nueva elección, salvo disposición expresa en contrario contenida en la ley o en el estatuto».

that they were forbidden to remain unless the by-laws or legislation stated otherwise.

Given the size of the problem, and as irrefutable proof that more than theoretical disquisitions are at issue, civil law experts and registration law experts have offered a number of proposals.

The Civil Code Reform Bill Drafting Committee, chaired by Jorge Avendaño Valdez, has proposed the following legislative reform, in article 78-E: «2. When the period for which the members of the directing body of the legal person have been named ends, said members will remain in office until a new election is held».

Likewise, the Office of the National Superintendent of Public Registries has for some years been working on a document entitled «Draft Regulation on Entries of Non-corporate Legal Persons». This document assumes director continuity as a criterion of registration interpretation applicable to all legal persons. In article 41, it establishes, «[F]or registration purposes, the components of the bodies of the legal person will be considered to remain in office, even where the period for which they were named has concluded, until a new election is registered, save where expressly provided otherwise by law or the by-laws».

(Trabajo recibido el 11-06-08 y aceptado para su publicación el 10-07-09)

La financiación inmobiliaria en Brasil

por

MELHIM NAMEM CHALHUB (*)

SUMARIO

- I. ESTRUCTURA GENERAL DE LA LEGISLACIÓN:
 1. ANTECEDENTES.
 2. LA NUEVA LEGISLACIÓN.
 3. EL PROPÓSITO DE LA NUEVA LEGISLACIÓN.
 4. LA DINÁMICA DEL MERCADO.
- II. ASPECTOS DEL NUEVO SISTEMA DE GARANTÍAS REALES INMOBILIARIAS:
 1. ENAJENACIÓN FIDUCIARIA DE BIENES INMUEBLES EN GARANTÍA:
 - 1.1. *Elementos y peculiaridades esenciales del contrato.*
 - 1.2. *Naturaleza jurídica de los derechos del fiduciario y del fiduciante.*
 2. PATRIMONIO DE AFECTACIÓN EN LAS INCORPORACIONES INMOBILIARIAS.
 3. SECURITIZACIÓN Y LA TITULARIDAD FIDUCIARIA SOBRE CRÉDITOS INMOBILIARIOS.
- III. CONCLUSIÓN.

I. ESTRUCTURA GENERAL DE LA LEGISLACIÓN

1. ANTECEDENTES

Los mecanismos legales para el funcionamiento de un mercado de hipotecas en Brasil fueron instituidos en la década de 1960, en el contexto del Sistema Financiero de la Habitación (SFH) (1).

(*) Abogado y Profesor. Autor de los libros *Negócio Fiduciário, Direitos Reais, Da Incorporação Imobiliária, TRUST - Perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*, entre otros.

(1) La concentración de la población urbana en Brasil se intensifica a partir de la década de 1930 y viene asociada con algunos intentos de creación de organismos estatales

Pasados los primeros años de la década de 1980, sin embargo, el mercado empezó a afrontar serios problemas como, por ejemplo, la fuga de inversiones, como consecuencia de, entre otros factores: (i) la inexistencia de un sistema de garantías que asegurara el mantenimiento del flujo de retorno de los préstamos, y (ii) la inseguridad jurídica proveniente de la excesiva interferencia del Estado en las relaciones contractuales.

El Banco Nacional de la Habitación, que era el órgano central del SFH, se extinguió en 1986, y ese hecho deflagró una grave crisis en el mercado de financiación inmobiliaria, facilitó un intenso debate sobre la materia y fue objeto de importantes estudios en el Congreso Nacional en el inicio de la década de 1990. Las conclusiones de esos trabajos demostraron la necesidad de creación de sistemas distintos de financiación, separando las operaciones de mercado de las financiaciones habitacionales de naturaleza asistencial, haciéndose indispensable, así, de una parte, adecuar y disponer fuentes de recursos específicas y, de otra parte, prever o renovar el sistema de garantías inmobiliarias, de modo a hacer más eficaz la protección del crédito.

2. LA NUEVA LEGISLACIÓN

Surgieron, a partir de entonces, dos leyes referentes a las *operaciones de mercado*, la número 9.514, del 20 de noviembre de 1997, que instituyó el Sistema de Financiación Inmobiliaria (SFI), y la número 10.931, del 2 de agosto de 2004, que creó la Cédula de Crédito Inmobiliario (CCI), reglamentó la afectación patrimonial del patrimonio de los emprendimientos inmobiliarios, entre otras providencias.

Por consiguiente, se aprobó la reglamentación de las financiaciones de naturaleza asistencial por medio de la Ley número 11.124, que instituyó el Sistema Nacional de Habitación de Interés Social (SNHS), que prevé el auxilio de las necesidades de habitación de interés social, en especial mediante aplicación de recursos presupuestarios, a *fondo perdido*.

Las Leyes números 9.514/97 y 10.931/2004 articulan mecanismos jurídicos y legales capaces de disponer el funcionamiento de un *mercado secundario de créditos inmobiliarios*, destinados a constituir fuente de recursos para el sector de la producción, comercialización y financiación de inmuebles

destinados a la construcción y a la financiación de inmuebles para vivienda, en especial para familias de baja renta y, en ese contexto, se registra la presencia de la Fundación de la Casa Popular, creada en 1946 y extinta en 1964. En el ámbito de la clase mediana, la demanda por habitación se negociaba por préstamos hipotecarios de las *Caixas Econômicas Federales* y Estaduales y de los Institutos de Seguridad Social (también estatales). Esos intentos, sin embargo, no lograron ningún éxito, no sólo por la escasez de recursos presupuestarios ante la demanda como, también, por la depreciación monetaria, que frustraba el retorno de los capitales prestados.

y, en ese sentido, introdujeron importantes innovaciones, entre las que se destacan:

- a) creación de un nuevo título de crédito, respaldado en créditos inmobiliarios, que la ley denominó Certificación de Recibibles Inmobiliarios (CRI), además de nuevos mecanismos e instrumentos de captación de recursos y de financiación más adecuados a las demandas de la economía contemporánea;
- b) autorización para funcionamiento de compañías denominadas *securitizadoras*, con la función específica de adquirir y titularizar créditos inmobiliarios, constituyendo un *punte* entre el mercado productor de inmuebles y el mercado de capitales, mediante emisión y colocación de títulos de crédito, especialmente los CRIs;
- c) reglamentación de nuevas garantías reales, de naturaleza fiduciaria, compatibles con las necesidades de protección del crédito;
- d) creación de nueva modalidad de garantía, basada en la teoría de la afectación, mediante segregación patrimonial del acervo de proyectos inmobiliarios.

3. EL PROPÓSITO DE LA NUEVA LEGISLACIÓN

A partir de ese instrumental básico, se preconiza el funcionamiento de un mercado de títulos respaldados en créditos inmobiliarios con garantías de gran eficacia, en el que el nuevo título (CRI) reúna, en un sólo instrumento, la seguridad del vínculo real con inmuebles y las condiciones de negociabilidad de los valores mobiliarios, resaltándose que la cartera de las garantías a que estarán vinculados los CRIs necesita ser la propiedad fiduciaria o la titularidad fiduciaria, constituidas por el contrato de enajenación fiduciaria de bienes inmuebles y por el régimen fiduciario de los créditos objeto de la titulización.

La nueva estructuración legal no abandona la hipoteca como factor de seguridad de un *mercado de hipotecas*, sino privilegia la idea de la fiducia, considerando dos características peculiares de la garantía fiduciaria que la hacen incomparablemente más eficaz que la hipoteca: *primero*, el hecho de que en la garantía fiduciaria el deudor transmite la propiedad del bien (con cuanto fiduciariamente) al acreedor, alejándolo, por lo tanto, del riesgo de excusión por parte de cualquier otro acreedor, y, *segundo*, la simplificación y celeridad de la realización de la garantía, que se hace independiente de intervención judicial (2).

(2) Se parte del supuesto, muy suscitado por José Carlos MOREIRA ALVES, que «las garantías existentes en los sistemas jurídicos de origen romano —y son ellas la hipoteca, la prenda y la anticresis— no más satisfacen a una sociedad industrializada, ni incluso en

El nuevo sistema busca atender a las necesidades de seguridad jurídica de todos los protagonistas del mercado y, en ese sentido, adopta la fiducia como rasgo común a todas las operaciones, en todo el circuito de los créditos —sirve como garantía en la comercialización de inmuebles, en que el tomador de un préstamo transfiere al prestador la propiedad fiduciaria del inmueble, mediante *contrato de enajenación fiduciaria*; sirve como garantía del financiador de la producción de inmuebles, hipótesis en que el constructor inmobiliario (aquel que promueve la construcción de edificios y vende sus unidades durante la construcción), disponiendo de créditos provenientes de la comercialización de inmuebles, los transfiere al financiador, mediante *contrato de cesión fiduciaria*; sirve para seguridad del mercado de inversión, en la medida en que permite que se constituya titularidad fiduciaria sobre créditos vinculados a títulos securitizados, por la que se forma un patrimonio autónomo, destinado a la satisfacción de los derechos crediticios de los inversores (*régimen fiduciario de créditos «securitizados»*), y, por fin, sirve para garantía de los acreedores de las empresas constructoras (productoras y vendedoras de inmuebles en construcción), posibilitando la constitución de un patrimonio autónomo (*patrimonio de afectación*) para cada proyecto inmobiliario, haciendo su acervo incommunicable y destinando su activo a la satisfacción de los acreedores vinculados a aquel negocio específico (entre ellos, los adquirientes de los inmuebles en construcción, la institución financiadora, el fisco, etc.).

4. LA DINÁMICA DEL MERCADO

Esencial para la consecución del nuevo sistema es la posibilidad que tienen las empresas productoras de generar créditos capaces de ser negociados en el mercado de capitales, como modo de anticipar recetas y acelerar el ciclo productivo, y el medio concebido para alcanzar ese objeto es la titulación de créditos inmobiliarios.

A partir de ese entorno legal, es posible verificar el trayecto que los créditos, provenientes de la comercialización de inmuebles, recorren, o sea, un circuito que: (i) empieza con la contratación de la venta con pago a plazos, por la que se constituye, en favor de la empresa constructora, un crédito que será recibido a plazos (en general, mediante pagos mensuales); (ii) se sigue la cesión de ese crédito a una compañía aseguradora que, por su vez, (iii) emite títulos con las características del mercado de capitales, (iv) segrega esos créditos en un «patrimonio de afectación», mediante declaración unilateral, por la que los somete a un «régimen fiduciario», (v) vende los títulos

las relaciones crediticias entre personas naturales, pues presentan graves desventajas por el coste y morosidad en ejecutarlas...» (MOREIRA ALVES, José Carlos, *Alienação fiduciária em garantia*, Río de Janeiro, Forense, 1979, 2.^a ed., pág. 3).

en el mercado de capitales, (vi) administra, por sí o por terceros, los créditos que adquirió de la empresa constructora, así, aportando los recursos necesarios al rescate de los títulos que vendió, cerrándose el circuito, por fin, con (vii) la liquidación del patrimonio especial constituido con los créditos que habían sido sometidos al régimen fiduciario.

En este trabajo, cuidamos de algunos aspectos relacionados a las garantías fiduciarias.

II. ASPECTOS DEL NUEVO SISTEMA DE GARANTÍAS REALES INMOBILIARIAS

1. ENAJENACIÓN FIDUCIARIA DE BIENES INMUEBLES EN GARANTÍA

La enajenación fiduciaria de bienes inmuebles es un contrato reglamentado por la Ley número 9.514/97, en los términos del artículo 22, *verbis*:

«Artículo 22. La enajenación fiduciaria reglada por esta ley es el negocio jurídico por el que el deudor o fiduciante, con el objeto de garantía, contrata la transferencia al acreedor, o fiduciario, de la propiedad resoluble de cosa inmueble».

Se constituye la propiedad fiduciaria mediante registro del contrato, en el Registro de la Propiedad, acto que igualmente comporta en el desdoblamiento de la posesión del inmueble, quedando el acreedor fiduciario con la posesión indirecta y el deudor fiduciante con la posesión directa.

Teniendo función de garantía, la enajenación fiduciaria en garantía es accesorio de un derecho de crédito o de una obligación a que está vinculada para fines de garantía. Por lo tanto, seguirá siempre la suerte del derecho principal, de modo que, en caso de cesión del crédito, la propiedad fiduciaria que lo garantiza será igualmente transmitida al cesionario del derecho de crédito.

Es garantía que puede ser contratada por cualquier persona, natural o jurídica, no es privativa de instituciones del mercado financiero o del mercado inmobiliario.

Podrá ser contratada para garantía de cualquier obligación, en general, y no sólo para garantía de la obligación de pagar el saldo de la financiación inmobiliaria, pudiendo ser prestada por terceros (Ley núm. 10.931/2004, art. 51).

Distinto de la hipoteca, de la prenda y de la anticresis, la propiedad fiduciaria en garantía es derecho real en cosa propia, pues mientras en aquellas modalidades de garantía el deudor conserva el bien en su patrimonio, en la garantía fiduciaria el deudor se desprende de su derecho de propiedad y lo transmite al patrimonio del acreedor.

1.1. *Elementos y peculiaridades esenciales del contrato*

El contrato de enajenación fiduciaria puede tener como objeto cualquier bien inmueble, sean descampados, con o sin accesiones, el dominio útil de inmuebles o la propiedad superficiaria, bien como el derecho de uso especial para fines de vivienda y el derecho real de uso, siempre que susceptible de enajenación; la propiedad fiduciaria sobre el derecho real de uso y sobre la propiedad superficiaria tiene duración limitada al plazo de la respectiva concesión (art. 22 de la Ley núm. 9.514/97, § 1º, incisos I a IV, y § 2º, con la redacción dada por la Ley núm. 11.481/2007).

En el caso de inmuebles enfitéuticos, el laudemio sólo será exigible si, en el curso del contrato, el dominio útil se consolida en el patrimonio del fiduciario, aplicándose el mismo principio a la exigibilidad del impuesto de transmisión *inter vivos* (art. 26, § 7º, de la Ley núm. 9.514/97). Dado que la transmisión de la propiedad en carácter fiduciario tiene finalidad de garantía y, en este caso, es inexigible el ITBI (Constitución Federal, art. 156.II), bien como el laudemio; en ambos casos, el pago sólo será exigible en caso de transmisión definitiva del dominio, o sea, en la consolidación de la propiedad en el patrimonio del acreedor.

Son partes en el contrato el deudor y el acreedor; caso en que la garantía se preste por tercero, que sea el titular del bien a ser transmitido en garantía, ése figurará también como garantizador.

El contrato puede ser formalizado por instrumento particular (Ley núm. 9.514/97, art. 38).

El registro del contrato de enajenación fiduciaria atribuye al fiduciario derecho de propiedad resoluble sobre el inmueble que le ha sido transmitido; de otra parte, confiere al fiduciante derecho real de adquisición, bajo condición suspensiva, en posición de hacerse otra vez propietario del bien que transmitirá en carácter resoluble al acreedor-fiduciario.

Como titular de la posesión directa, el fiduciante es responsable del pago de todos los impuestos, tasas, contribuciones de urbanización y cualquier otro encargo que recaiga sobre el inmueble, hasta la fecha en que el fiduciario o sus sucesores se imitan o reintegren en la posesión (§ 8.º del art. 27 de la Ley 9.514/97, con redacción dada por la Ley núm. 10.931/2004).

La cesión de los derechos del acreedor-fiduciario y del deudor-fiduciante está prevista en los artículos 28 y 29 de la Ley número 9.514/97.

En el primer caso, se trata de cesión de derecho creditorio garantizado por la propiedad fiduciaria, que el acreedor-fiduciario transfiere al cesionario con todos sus accesorios. Esa cesión sólo investirá al cesionario en la propiedad fiduciaria después de registrada en la matrícula del inmueble (Ley de Registros Públicos, art. 167, II, 21).

Por la cesión de los derechos del deudor-fiduciante, el cesionario se queda subrogado en los derechos y obligaciones constituidas en el respectivo contrato. Aunque no haya previsión expresa en la ley, esa cesión se debe igualmente registrar en la matrícula del inmueble, para hacer al cesionario del fiduciante titular del derecho real de adquisición sobre el inmueble y legitimarlo a adquirir la propiedad plena del inmueble cuando complete el cumplimiento de las obligaciones contractuales a que esté vinculada la propiedad fiduciaria.

1.2. Naturaleza jurídica de los derechos del fiduciario y del fiduciante (3)

Por fuerza del contrato de enajenación fiduciaria, el acreedor adquiere el inmueble para fines de garantía, bajo condición resolutive; por otra parte, el fiduciante se hace titular de derecho de adquisición bajo condición suspensiva.

Al identificar la posición jurídica del deudor-fiduciante, José Carlos MOREIRA ALVES ve puntos de contacto entre la enajenación fiduciaria y la compra y venta con reserva de dominio, en que «el comprador, antes de pagar íntegramente el precio, tiene, como titular que es de propiedad bajo condición suspensiva, derecho expectativo, cuyo contenido se encuentran los *iura possidendi, utendi y fruendi*» (4).

Resalta, sin embargo, que en la enajenación fiduciaria «la resolución proviene de la verificación de *condicio iuris* (la extinción de la obligación, aunque después del vencimiento, la venta, por el acreedor, de la cosa enajenada fiduciariamente, o la renuncia de esa modalidad de propiedad), y en el de *condicio facti* (que es condición en sentido técnico), ya que la existencia de *condicio iuris* no depende de la voluntad de las partes» (5).

Efectivamente, los eventos que brindan la recuperación del bien por el fiduciante y su consolidación en el fiduciario son elementos de la tipificación de ese negocio jurídico. Las partes no tienen autonomía para crear condiciones diversas de aquellas constantes de la ley, de modo que las condiciones del contrato de enajenación fiduciaria no lo son en sentido propio, pero se caracterizan como requisitos, condiciones legales o condiciones *impropias*, pues «mientras las condiciones, en sentido propio, son impuestas por el manifestante o por los manifestantes, las *condiciones iuris* son impuestas por la ley» (6).

(3) Tratamos de la materia en nuestro *Negócio Fiduciário*, Río de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, 3.^a ed., 2005, págs. 163-178.

(4) MOREIRA ALVES, José Carlos, *Alienação fiduciária em garantia*, Río de Janeiro: Forense, 2.^a ed., 1999, pág. 132.

(5) MOREIRA ALVES, José Carlos, *Alienação...*, cit., pág. 140.

(6) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *o. e p. cit.* A propósito, anota BEVILACQUA que «algunas de estas condiciones son impropias porque presentan la forma, sin tener la esencia de las condiciones. Esas son las necesarias, las condiciones *iuris*...» (BEVILACQUA, Clóvis, *Teoria geral do Direito Civil*, 2.^a ed., Río de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929, pág. 297).

De este modo, la condición suspensiva que la doctrina, mayoritariamente (7), identifica en la posición del deudor-fiduciante se debe tomar en la acepción de *condicio iuris*, que opera independiente de la voluntad de las partes y «es, por definición, suspensiva, en el sentido de que, antes de su verificación, o no hay contrato, o no lo es eficaz» (8).

Los derechos del titular de la propiedad resoluble (fiduciario) y del titular del derecho adquisitivo, bajo condición suspensiva (fiduciante), son «derechos opuestos y complementarios, y el acontecimiento que aniquila el derecho de uno consolidará, fatalmente, el del otro» (...); «eso proviene de la forma complementaria atribuida a las dos condiciones, de manera que a todo propietario, bajo condición suspensiva, corresponde un propietario bajo condición resolutiva, y recíprocamente» (9).

Dada esa concepción, el fiduciante se halla investido de un derecho expectante, que corresponde al derecho de recuperar automáticamente la propiedad, una vez verificada la condición resolutiva; será él un propietario bajo condición suspensiva, autorizado a practicar los actos conservatorios de su derecho eventual, «mientras el verdadero propietario es el que adquirió la cosa bajo condición resolutoria» (10).

Dado el efecto retroactivo de la condición resolutoria, el cumplimiento de la condición retrotrae sus efectos al tiempo de la adquisición, de ahí porque: 1.º) aquel en favor de quien se opera la resolución del dominio se considera como si nunca lo hubiera enajenado de sí, y 2.º) el propietario en favor de quien se resuelve el dominio puede reivindicar la cosa de quienquiera que la detente (Código Civil, arts. 1.359 y 1.360) (11).

El evento correspondiente a la condición produce sus efectos de forma automática, tan pronto ocurrido: en la enajenación fiduciaria, desde el punto de vista del deudor-fiduciante, el evento es el pago, de modo que tan pronto realizado el rescate se da la automática extinción de la propiedad para el fiduciario y su consecuente reversión al patrimonio del fiduciante.

(7) Regístrense, en ese sentido, GOMES, Orlando: «el fiduciario adquiere una propiedad limitada, *sub conditionis*, la denominada propiedad resoluble. Él pasa a ser propietario bajo condición resolutiva y el fiduciante, que la transmitió, propietario bajo condición suspensiva» (*Enajenación...*, cit., pág. 38); VIANA, Marco Aurélio S.: «tenemos, entonces, en la persona del acreedor, la propiedad bajo condición resolutiva, mientras, en el deudor, la propiedad bajo condición suspensiva», *Comentarios al nuevo Código Civil - De los derechos reales*, 2.ª ed., Río de Janeiro: Forense, 2004, vol. XVI, pág. 533. Coordinador: Sálvio de FIGUEIREDO TEIXEIRA), y RESTIFFE NETTO, Paulo, «Ese derecho expectativo está sumergido en la eventualidad de la re-adquisición del dominio del bien, ahora bajo condición suspensiva de la totalización del pago de la deuda» (*Garantía fiduciaria*, cit., pág. 325).

(8) MESSINEO, Francesco, *apud* GONÇALVES, Aderbal da Cunha, «Da propriedade resolúvel». São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1979, cit., pág. 91.

(9) *Ob. cit.*, pág. 67, nota 82.

(10) GONÇALVES, Aderbal da Cunha, *Da propriedade resolúvel*, cit., pág. 66.

(11) LAFAYETTE, *Direito das Coisas*, cit., pág. 114.

Bajo la perspectiva del sistema registral, verificado el evento que constituye la condición, no es necesario nuevo registro en nombre de aquel en favor del que la condición opera, basta con hacer la cancelación del registro de la propiedad resoluble y de los actos resultantes de ella y automáticamente se restaura el registro primitivo (12).

A ese propósito, dice SERPA LOPES: «sobreviniendo la resolución de un negocio con la verificación de la condición, no hay un negocio nuevo destruyendo los efectos del precedente, no hay retroceso de derecho; así, el comprador bajo condición resolutoria no se hace vendedor, ocurrida la condición, ni viceversa. La operación consistirá en la cancelación de todas las inscripciones resultantes del acto resolutorio, restaurando la situación primitiva, dada la fuerza retroactiva de la condición y su naturaleza eminentemente resolutoria, siendo aplicable la lección de COVIELLO, “cuando un acto es retroactivo por ley, se debe considerarlo exento de transcripción”» (13).

En consecuencia, una vez efectuado el pago de la deuda con garantía fiduciaria del bien inmueble, el acto que restaura la propiedad plena del fiduciante es simple anotación, que opera la cancelación de la propiedad fiduciaria, por el que: (i) será restablecido el registro anterior, constante de la matrícula del Registro de la Propiedad, por el que se atribuía la propiedad al fiduciante, o (ii) será conferido derecho de propiedad plena al cesionario del fiduciante, siempre que efectuado el pago integral de la cesión. La anotación que opera la cancelación de la propiedad fiduciaria se hace ante «carta de pago», que el fiduciario debe suministrar al fiduciante en el plazo de treinta días tras el rescate de la deuda.

2. PATRIMONIO DE AFECTACIÓN EN LAS CONSTRUCTORAS INMOBILIARIAS (14)

En la línea de la política legislativa que ofreció la creación del Sistema de Financiación Inmobiliaria, el legislador se ocupó de atribuir una garantía especial al adquirente de inmuebles en construcción, en el contexto de la Ley de las Constructoras Inmobiliarias (Ley núm. 4.591/64).

Así, el artículo 53 de la Ley 10.931/2004 agregó los artículos 31A a 31F a la Ley 4.591/64, por los que se permite la afectación del patrimonio de las constructoras inmobiliarias. Ese acervo, como se sabe, está compuesto por el solar, accesiones que se edifiquen sobre él, derechos de crédito provenientes de las ventas, obligaciones vinculadas a la ejecución de la construcción, etc.;

(12) CHALHUB, Melhim Namem, *Negócio Fiduciário*, cit., pág. 166.

(13) SERPA LOPES, Miguel Maria, *Tratado dos registros públicos*. Río de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, 3.^a ed., vol. 3, pág. 376.

(14) Sobre la materia discurramos en nuestro *Da Incorporação Imobiliária*, Río de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, 2.^a ed., 2005, págs. 62-136.

la función de ese patrimonio de afectación es la ejecución de la obra, entrega de las unidades a los adquirentes y el pago de los acreedores vinculados a aquella construcción específica, de modo que ella se quede expresamente alejada de los riesgos empresariales de la constructora del emprendimiento; en caso de su quiebra, la construcción seguirá su curso normal, sin sufrir los efectos de la quiebra.

Importante aspecto de esa nueva garantía es que, además de inmunizar el acervo de la construcción, la ley desjudicializa los procedimientos necesarios para seguimiento de la obra y liquidación de las obligaciones, con miras a alejar o minimizar los perjuicios causados por el proceso concursal.

El propósito es preservar el proyecto, priorizando los benéficos efectos sociales y económicos provenientes de su plena consecución, con el mantenimiento de los empleos, continuidad del flujo de recaudación de contribuciones sociales e impuestos, finalización de la obra, entrega de los pisos a los adquirentes y rescate de la financiación de la construcción.

La ley del patrimonio de afectación de la constructora inmobiliaria parte de esos presupuestos y tiene como objeto el seguimiento del negocio.

En ese sentido, en búsqueda de celeridad y efectividad de la garantía, la ley que crea el patrimonio de afectación de las incorporaciones simplifica procedimientos y desplaza la solución de los problemas para el campo extrajudicial: en caso de quiebra de la constructora, la administración se transferirá a una comisión de representantes, formada por tres personas entre los adquirentes de los pisos en construcción, que dará continuidad a la obra con autonomía, independiente del proceso concursal, recogiendo a la masa fallida el saldo positivo, si lo hay.

Todos los procedimientos se ejecutan en el campo extrajudicial, totalmente independientes del juicio de la quiebra o de la recuperación judicial.

Entre los efectos de la afectación respecto a los acreedores, en general y en especial, los adquirentes y a los financiadores de la construcción, en particular, se destacan los siguientes:

Primero, aleja los bienes y derechos de la construcción afectada del riesgo de embargo por créditos ajenos a aquellos del proyecto específico al destinar el activo de la construcción a la satisfacción de los créditos relacionados a ella. Sólo lo remanente se podrá destinar al pago de créditos no-relacionados a la construcción afectada.

Segundo, excluye de los efectos de la quiebra los bienes y derechos afectados y asegura el seguimiento del emprendimiento con autonomía.

Tercero, transfiere al campo extrajudicial la solución del problema de retraso de obra o de quiebra de la constructora.

Cuarto, subroga los adquirentes en los derechos y obligaciones provenientes del contrato de financiación, en la proporción de los respectivos coeficientes de construcción.

Quinto, inviste la comisión de representantes de los adquirentes de poderes irrevocables para otorgar los contratos definitivos a los adquirentes y constituir garantías reales a nombre de estos, para garantía del pago del saldo remanente.

3. LA SECURITIZACIÓN Y LA TITULARIDAD FIDUCIARIA SOBRE CRÉDITOS INMOBILIARIOS

Factor de especial relevancia en la dinámica del mercado de financiación inmobiliaria es la titulización de créditos inmobiliarios.

Como se sabe, la expresión *securitización* (15) designa un proceso en el que se implementa una serie de actos y negocios jurídicos, empezándose con la cesión de derechos creditorios, seguida de emisión de títulos y su colocación en el mercado secundario. No se trata de simple emisión de títulos, pues la «securitización» se califica por la existencia de una cartera constituida por créditos del activo de la compañía titulizadora, cuyo producto se ha destinado, con exclusividad, al rescate de los títulos a que estén vinculados.

Por ese proceso, la empresa constructora cede a una compañía titulizadora los créditos constituidos con la venta de los inmuebles; ésta convierte los créditos en títulos, con aprobación de la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM), y los vende a inversionistas; el rescate de los títulos se hace con el producto de la recaudación de los créditos provenientes de las ventas de los inmuebles. Para evitar que los créditos se desvíen a otra finalidad, la ley creó una garantía fiduciaria especial por la que los créditos titulizados se segregan en un patrimonio autónomo y se someten a un *régimen fiduciario*, permaneciendo así hasta que se rescaten totalmente los títulos comprados por los inversionistas. Por ese modo, los títulos se hallan protegidos contra eventual incumplimiento de la empresa constructora y de la empresa emisora de los títulos.

Al emitir cada serie de títulos, compete a la compañía titulizadora expedir el *Término de Securitización de Créditos Inmobiliarios*, que unirá

(15) La nomenclatura es objeto de crítica, registrándose controversias cuanto a la adecuación del nombre. En Portugal, el proceso se denomina *titularização*; en la versión española, *titulización*; en México, *bursatilización*; en Francia, *titrisation*; en Colombia, *titularización*; en Chile y en Argentina, *securitización*, etc. Paulo Câmara observa que «la falta de rigor con que se emplea la expresión muchas veces es tan evidente que se llega a cuestionar la existencia de un significado técnico que esté subyacente a aquel concepto: un autor británico lo llamó severamente como “a buzz word lacking any technical meaning”». Similarmente, ya hubo quien afirmara tratarse de uno de los términos más ambiguos del vocabulario jurídico» (in *Titularização de créditos - Anotações ao Decreto-lei núm. 453/99, de 5 de novembro*. Coimbra: Almedina, 2001, ps. 13/14, CAMPOS, Diogo Leite de, e MONTEIRO, Manuel).

cada emisión de títulos, de los que constarán, obligatoriamente, los elementos de identificación de los créditos inmobiliarios afectados a los títulos —Certificados de Crédito Inmobiliario (CRIs)— objeto de la emisión, como la identificación del deudor, el valor de los créditos que constituyen la cartera, la individualización del inmueble relacionado al crédito, entre otros elementos.

Elemento de especial relevancia en la delimitación de riesgo de los inversionistas es la segregación patrimonial, por la que los créditos son afectados al rescate de los títulos emitidos en el proceso de titulización mediante institución del *régimen fiduciario* por la compañía titulizadora.

La legislación brasileña hace posible someter los créditos que respaldan la emisión a un *régimen fiduciario*, por el que se hallan reservados al grupo de suscriptores de los títulos, de modo que el producto del cobro de los créditos sea utilizado con exclusividad para rescate de los títulos.

Separado del patrimonio de la compañía titulizadora (fiduciante), ese patrimonio autónomo mantiene los derechos creditorios que constituyen el respaldo de los títulos alejados de los riesgos patrimoniales de la compañía, ya que no pueden ser objeto de constricción por efecto de acciones o ejecuciones movidas por acreedores de la compañía securitizadora. Por esa forma, los riesgos que se transmiten al mercado son solamente los riesgos de la cartera *securitizada*, y no los riesgos de la sociedad titulizadora.

El patrimonio de afectación así constituido está formado, de un lado, por los derechos de crédito que respaldan los títulos emitidos y, de otro lado, por las obligaciones a él relacionadas, sean las obligaciones de pago del principal de los títulos y sus respectivos rendimientos, además de los gastos propios de ese patrimonio especial, entre ellos los gastos de administración y las obligaciones tributarias a él eventualmente imputadas, estando seguro que los rendimientos de los títulos son tributados por las personas de los respectivos suscriptores. Es importante tener en cuenta que, por definición legal, los derechos de crédito y los derechos reales a ellos atribuidos se destinan a brindar los fondos necesarios al rescate de los títulos emitidos por la compañía titulizadora y demás obligaciones del patrimonio separado. Una vez rescatados los títulos y pagas, las obligaciones correspondientes al patrimonio de afectación respectiva, lo que sobre se reincorporará al patrimonio general de la compañía titulizadora sin el gravamen proveniente del régimen fiduciario.

A pesar de que la ley atribuye, en condiciones normales, la administración del patrimonio separado a la propia titulizadora, se reserva que, en hipótesis como mala gestión y otras que puedan perjudicar los suscriptores de los títulos, ella podrá alejarse de la administración, pasando el patrimonio de afectación a ser administrado por un *agente fiduciario*, al que la ley confiere legitimidad para practicar todos los actos de administración neces-

rios al rescate de los títulos, pudiendo el agente fiduciario promover el cobro y el recibimiento de los créditos afectados y, hasta incluso, liquidar el patrimonio de afectación, destinando el producto de la liquidación al pago de sus propias obligaciones.

Esa modalidad de titularidad fiduciaria, refiriéndose a crédito inmobiliario, debe registrarse en el Registro de la Propiedad, en las matrículas de los inmuebles a que correspondan, reservado que, en las hipótesis en que los Certificados de Recibibles Inmobiliarios hayan sido emitidos con respaldo en créditos representados por Cédula de Crédito Inmobiliario, el régimen fiduciario será registrado en la institución financiera a que haya sido atribuido el encargo de custodiante de las cédulas, dispensada de anotación en el Registro de la Propiedad (Ley núm. 10.931/2004, art. 23, párrafo único).

III. CONCLUSIÓN

La nueva legislación puede contribuir para la modernización de las estructuras del mercado inmobiliario brasileño, sobre todo en razón de mecanismos de segregación patrimonial que propician la realización de inversiones con mayor seguridad jurídica, a partir de una nueva versión de la fiducia, sea en forma del fideicomiso hispano-americano, de la operación de fiducia francesa u otras figuras de naturaleza fiduciaria.

Es verdad que la legislación aún es incipiente, pero ya es posible recoger frutos de la reciente experiencia que ha demostrado la eficiencia de sus instrumentos. De una parte, hemos observado, en la práctica, la posibilidad de recomposición de las situaciones de mora y eventual excusión de la garantía en un plazo promedio entre siete y nueve meses, circunstancia que contribuye al mantenimiento de los flujos de pago de los títulos colocados en el mercado. De otra parte, se observa también la buena receptividad del poder judicial respecto a los mecanismos extrajudiciales de excusión de las garantías fiduciarias, en atención a la técnica legislativa con que han sido formuladas y a rigor con que han observado los requisitos legales.

Importa destacar, todavía, que estas reformas legales no constituyen iniciativa aislada, sino que se articulan a un proceso más amplio, en el que la sociedad brasileña se empeña en modernizar el derecho positivo con miras a estimular las inversiones privadas.

En ese contexto, no hay duda de que la seguridad jurídica favorecida por los subsidios emanados del derecho inmobiliario y registral ha de reflejarse de manera positiva en la realización del desarrollo económico y social en su sentido más amplio.

RESUMEN

BRASIL. HIPOTECA

El artículo trata del nuevo sistema de garantías reales inmobiliarias del Derecho brasileño, basado en la propiedad fiduciaria y en la afectación patrimonial, llevando a cabo una reflexión sobre: (i) la enajenación fiduciaria de inmuebles, para garantía de los promotores y financiadores; (ii) la cesión fiduciaria, desde el promotor hasta el financiador, de derechos crediticios que tienen su origen en la venta de inmuebles; (iii) la autonomía patrimonial de cada proyecto inmobiliario en construcción, que la ley denomina como patrimonio de afectación, y que solamente responde ante las deudas del promotor y persigue su actividad incluso en la hipótesis de quiebra del promotor, hipótesis en la que pasaría a ser administrado por una comisión formada por los adquirentes, y (iv) creación de un patrimonio de afectación formado por los créditos que respaldan la emisión de títulos en el proceso de titulización, que no se comunica con el patrimonio de la sociedad titulizadora y que se destina exclusivamente al pago de títulos y demás obligaciones de ese patrimonio separado.

ABSTRACT

BRAZIL. MORTGAGE

The article is about the new system of real mortgage collateral in Brazilian law, based on fiduciary ownership and property encumbrance. The article shares some reflections upon (i) the fiduciary disposal of immovable property as security for entrepreneurs and financiers; (ii) fiduciary cession, from the entrepreneur to the financier, of credit rights whose origin lies in the sale of immovable property; (iii) the property-wise autonomy of each real estate undertaking under construction; this the law terms «property subject to encumbrance,» and it only secures the debts of the undertaking; activity continues even in the hypothesis of the entrepreneur's bankruptcy, in which hypothesis the property would come under the administration of a committee made up of the persons who have acquired the property; and (iv) the creation of a category of property subject to encumbrance that is made up of the credits underlying the issuance of certificates in the securitization process; this property is not connected with the property of the securitizing company and is intended exclusively for the payment of certificates and other obligations of the separate property.

(Artículo recibido el 19-05-09 y aceptado para su publicación el 10-07-09)

Estatuto jurídico del menor 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. EL DERECHO DE FAMILIA COMO CONTEXTO SISTEMÁTICO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR:
 - 1.1. LA FAMILIA COMO SOCIEDAD NATURAL.
 - 1.2. DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA.
 - 1.3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL.
 - 1.4. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.
 - 1.5. EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO.
 - 1.6. LEGISLACIÓN ESPECIAL.
 - 1.7. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA ITALIANO.
 - 1.8. CONSIDERACIÓN FINAL.
2. EL MENOR COMO SUJETO JURÍDICO:
 - 2.1. PRINCIPIOS GENERALES.
 - 2.2. LA MENOR EDAD.
 - 2.3. CAPACIDAD JURÍDICA DEL MENOR.
 - 2.4. CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR.
3. EL MENOR EMANCIPADO.
4. INCAPACITACIÓN DE MENORES:
 - 4.1. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE AUTONOMÍA.
 - 4.2. *L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO*: ELEMENTOS FUNDAMENTALES Y PROCEDIMIENTO.
 - 4.3. INTERDICCIÓN E INHABILITACIÓN.

1. EL DERECHO DE FAMILIA COMO CONTEXTO SISTEMÁTICO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

1.1. LA FAMILIA COMO SOCIEDAD NATURAL

Por familia se entiende, comúnmente y al margen de toda consideración jurídica, un grupo de personas, más o menos amplio, originado en un vínculo conyugal, o de parentesco o de afinidad, siendo el Derecho de Familia aquella parte del Derecho Privado que disciplina o regula la vida interna del grupo y las relaciones entre familiares y con terceros extraños a la familia.

La materia de Derecho de Familia debe encuadrarse en el Derecho Privado, pues como éste se ocupa de las relaciones entre particulares, en la mayoría de los casos en posición paritaria tutelando sus intereses. No muy actual es la tesis, elaborada en torno a los años cuarenta, que percibía en esta materia connotaciones de Derecho Público, partiendo del interés público en la formación de la familia y de sus particulares características, en cuanto célula fundamental del Estado (se hablaba, incluso, de «la función social que en el Estado tiene la institución de la familia») (1). En concreto, por la naturaleza «superior» de los intereses puestos en juego (intereses familiares) se encontraba justificada una penetrante injerencia del Estado en las relaciones de familia.

Por su parte, el artículo 29 de la Constitución italiana ha definido la familia como una sociedad natural (2) fundada en el matrimonio, por tanto, como una realidad que no deriva de una construcción jurídica sino de la necesidad espontánea y natural del hombre de crear una comunión de afectos, en la cual desarrollar la propia personalidad y encontrar satisfacción a las exigencias fundamentales de su vida. La familia constituye, pues, una realidad metajurídica, más vinculada a los instintos primarios, a la moral o a la religión que al mundo del Derecho.

En cuanto sede natural para el crecimiento y desarrollo del menor, la familia se presenta como una unidad de personas ligada por el recíproco afecto y la solidaridad, como vínculos que adquieren también relevancia jurídica, siendo la primera y fundamental forma de convivencia organizada, la cual, junto a otras formas de organización compone la organización social completa. Es muy apropiada, pues, la imagen que la Constitución italiana da de la familia como una «sociedad natural», bien entendido que el término sociedad no es empleado aquí en sentido técnico estricto sino como forma de

(1) CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1941, rist. con *Lettura* di SESTA, Bologna, 1978, pág. 91. BARCELLONA, voce «Famiglia», en *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, pág. 779. CAMPAGNA, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1966, pág. 51.

(2) MANCINI, «Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione», en *Riv. Dir. Civ.*, 1963, I, pág. 220.

organización de la convivencia humana. La familia se presenta como una sociedad intermedia entre el Estado y el individuo (3).

Sin embargo, la familia, todavía, no tiene subjetividad jurídica propia ni autonomía respecto de sus componentes, de modo que al grupo no le son imputables derechos o deberes. De esta subjetividad derivan, en cambio, las singularidades familiares, como cuando surgen en algunos casos los problemas de armonización de intereses contrapuestos entre sus diversos miembros. Sobre este particular no deben confundirnos aquellas fórmulas normativas que hablan de necesidades, exigencias o intereses de la familia, las cuáles constituyen, en realidad, fórmulas para indicar la unión de intereses de los diversos miembros familiares a la luz de los cuáles, en algunos casos, puede resultar necesario operar una mediación con los intereses de los que cada uno de ellos resultan portadores: así, necesidades de la familia son aquellas comunes a todos los miembros, pero también las exigencias de uno solo, que el grupo debe asumir, porque la ley se lo impone; además, cualquiera de estas necesidades puede resultar sacrificada si uno de estos intereses, también de otro miembro de la familia, resultase más relevante o urgente y debiera ser satisfecho.

1.2. DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA

En congruencia con su relevancia y con la naturaleza de las relaciones en las que se insertan, los derechos y los deberes familiares presentan características peculiares. En este sentido puede afirmarse que son derechos fundamentales de la persona, por la trascendencia fundamental que adquieren en la vida del individuo. Son derechos y deberes de naturaleza no patrimonial, en cuanto están dirigidos a tutelar intereses no susceptibles de valoración patrimonial, sin perjuicio de que puedan tener contenido económico; son indisponibles, porque no pueden ser objeto de enajenación, renuncia, transacción o prescripción (así, no se puede enajenar la posición de hijo o de cónyuge; no se puede derogar la observancia de deberes matrimoniales o paterno-filiales).

Las fuentes de las que derivan los derechos y deberes familiares pueden ser, según los casos, legales (así, la comunidad legal de bienes), judiciales (la declaración judicial de la filiación natural), y negociales o consensuales (el matrimonio, el reconocimiento de hijos naturales); incluso, en otros casos, los efectos derivan de la combinación de tales factores (así, la adopción ocurre por el consenso de los cónyuges y un pronunciamiento del Juez).

(3) DONATI, *La famiglia come relazione sociale*, Milano, 1989. BIANCA, «Dove va il diritto di famiglia?», en *Famiglia*, 2001, pág. 3. RESCIGNO, «Ascesa e declino della società pluralista. Le società intermedie», en *Persona e comunità, Saggi di diritto privato*, Bologna, 1996, págs. 3 y 29.

1.3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

En el Ordenamiento Jurídico italiano, la disciplina del Derecho de Familia ha recibido, en los últimos años (4), las modificaciones más numerosas y significativas, como resultado de todas las reformas experimentadas por la originaria redacción del Código Civil italiano de 1942. Algunas materias han sido, incluso, enviadas fuera del Código Civil (así, la Ley sobre el divorcio o, más recientemente, la Ley sobre la adopción), siendo reguladas según la sistemática de la legislación especial.

Además de las recogidas en la Constitución (arts. 29, 30 y 31), pueden considerarse como manifestaciones significativas de tal evolución normativa la Ley que da vida a la adopción especial (5.6.67, n. 431), sucesivamente expuesta a modificaciones (por las Leyes 4.5.83, n. 184; 31.12.98, n. 476; 28.3.01, n. 149); la Ley que ha introducido en el Ordenamiento el principio de disolubilidad del matrimonio (Ley del divorcio 1.12.70, n. 898, con relativas modificaciones por la Ley 6.3.87, n. 74); el Acuerdo (18.2.84) celebrado entre el Estado y la Iglesia Católica, de revisión del precedente Concordato de 1929, en lo que concierne a la materia matrimonial y, en la misma materia, los Acuerdos entre el Estado y algunas confesiones religiosas distintas de la católica; por último, la reciente Ley sobre la fecundación artificial.

Sin embargo, las innovaciones más significativas han sido aportadas desde la reforma del Derecho de Familia operada por la Ley 19.5.75, n. 151, ley que ha revisado de manera sistemática casi toda la normativa de la materia, abandonando la concepción jerárquica de la familia y aboliendo la discriminación existente entre hijos legítimos y naturales.

La actividad legislativa parece, por otra parte, destinada a continuar en el futuro próximo; baste pensar en las solicitudes recibidas desde distintos grupos de interés proponiendo el reconocimiento, al menos limitado, de la familia de hecho, además de una ulterior modificación de la disciplina de la separación y del divorcio, así como de los efectos de la nulidad del matrimonio, solicitudes que se han visto acompañadas de numerosos proyectos de ley.

También la Corte constitucional ha venido a desarrollar un papel fundamental en la evolución del Derecho de Familia, con numerosas intervenciones, con pronunciamientos de constitucionalidad, solicitando así una revisión sistemática de la materia por parte del legislador (5).

Particularmente significativos han sido los pronunciamientos dirigidos a dotar de mayor eficacia el principio de igualdad en las relaciones entre los

(4) UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1970. RESCIGNO, «Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma», in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, I, pág. 109, y en *Matrimonio e famiglia, cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, pág. 1.

(5) LANZILLO e ZANETTI, «Le sentenze della Corte costituzionale in materia di diritto di famiglia», en *Dir. Fam.*, 1976, I, pág. 360.

cónyuges (así, la sentencia n. 176/1968, que ha declarado la inconstitucionalidad del anteriormente vigente artículo 15 del Código Civil en materia de adulterio; la sentencia n. 46/1966 y n. 133/1970, que han declarado la inconstitucionalidad del artículo 15, en relación con la obligación del marido de mantener a la mujer; la sentencia n. 91/1973, que ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 781, sobre la prohibición de donación entre cónyuges) y a garantizar la paridad de trato entre los sujetos respecto de la disciplina del acto matrimonial (así, la sentencia n. 16/1982, que ha declarado inconstitucionales los arts. 12 y 16 de la Ley matrimonial n. 847/1929, los cuales no preveían entre las causas de invalidez del matrimonio la menor edad; la sentencia n. 18/1982, que ha pronunciado la inconstitucionalidad del art. 34.6.º del Concordato de 1929 y del art. 17 de la Ley matrimonial, en cuanto que no admitían el control de la Corte de apelación sobre la conformidad de la sentencia eclesiástica de anulación de matrimonio con los principios fundamentales del Ordenamiento Civil).

1.4. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Las instituciones que componen el Derecho de Familia no son objeto de regulación por parte de normas ordinarias, sino más bien de normas constitucionales. De hecho, la jerarquía de fuentes (conforme al art. 1, en las disposiciones preliminares) impone que dichas normas sean consideradas con carácter preferente a las demás (6).

En este contexto cobra particular relevancia el artículo 29 de la Constitución italiana, perteneciente al Título dedicado a las relaciones ético-sociales, en cuyos términos: «*La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio*». A esta expresión, *sociedad natural*, ya se hizo referencia al inicio de este epígrafe, por lo que, simplemente añadiremos que, desde un punto de vista jurídico, el matrimonio es un acto solemne, con el cual un hombre y una mujer crean un vínculo entre sí que les viene a imponer, recíprocamente, una pluralidad de derechos y deberes.

Concretamente, respecto de los hijos, la Constitución italiana ha sancionado la igualdad, social y jurídica, entre los hijos nacidos constante matrimonio y aquellos nacidos fuera del mismo (art. 30.1 y 3), si bien este reconocimiento es relativamente reciente, procediendo de la *Novella* de 1975. Del precepto constitucional nace, ante todo, el principio de la responsabilidad moral y jurídica de los progenitores, desde el mismo hecho de la procreación, surgiendo los mismos deberes respecto de todos los hijos, independientemente de la si-

(6) BIAGI-GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989, pág. 7.

tuación en la que hayan sido concebidos. La Ley debe también dictar las normas relativas a la investigación de la paternidad (art. 30, *in fine*).

Es también principio relevante el de la tutela de los derechos de la personalidad del hijo, toda vez que, frente al anterior autoritarismo de los progenitores, la normativa vigente presenta medidas dirigidas a hacer efectiva la concepción de la familia como comunidad de igualdad, en la que se impone el respeto a la personalidad del menor en la elección educativa.

Por lo que se refiere a los principios constitucionales en materia de familia, en primer término debe ser subrayado el reconocimiento de la plena igualdad moral y jurídica entre los cónyuges (art. 29), así como el establecimiento de que es un deber y un derecho de los progenitores el mantenimiento, instrucción y educación de los hijos, incluso si han nacido fuera del matrimonio (art. 30.1). Importantes son también las normas constitucionales a través de las cuales se impone al legislador ordinario la obligación de dictar leyes que aseguren la asunción de las competencias que corresponden a los padres respecto de sus hijos, llegado el caso de incapacidad de aquéllos (art. 30), circunstancia que no debe ser entendida como una injerencia del Estado en la intimidad familiar, cuya autonomía está completamente garantizada, sino como una intervención necesaria a los efectos de garantizar la tutela de los hijos menores (7). Se encuentra igualmente corroborada en el texto constitucional la garantía contra la eventual pretensión del Estado dirigida a atribuirse la función educativa.

La importancia de la familia como núcleo fundamental de la organización social viene ahora reconocida por el artículo 31 de la Constitución italiana, estableciendo que la República debe agilizar, con medidas económicas y con otras actuaciones, la formación de la familia y el cumplimiento de sus competencias respectivas, con particular protección para la familia numerosa. Para garantizar la efectividad de esta normativa programática, han sido aprobadas distintas disposiciones que prevén ventajas y desgravaciones fiscales en relación con el número de hijos o que establecen ayudas para las familias proporcionalmente al número de hijos, con su correspondiente repercusión en las retribuciones salariales. Por otra parte, no debemos obviar que el artículo 34.4 de la Constitución italiana impone el deber de hacer efectivo el derecho al estudio de los hijos mediante providencias y ayudas a la familia; que el artículo 36 sanciona que el trabajador tiene derecho a una retribución que debe ser «*en todo caso suficiente para asegurar a sí mismo y a su familia una existencia libre y digna*»; que el artículo 37 de la Constitución concede una protección específica a la madre trabajadora y al niño.

(7) RESCIGNO, «La tutela dei figli nati fuori dal matrimonio», 1965, en *Matrimonio e famiglia, op. cit.*, pág. 277. NICOLÒ, «La filiazione legittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione», en *Democrazia e diritto*, 1960, pág. 3.

En definitiva, de las normas de la Constitución italiana emerge la idea de la familia como sede natural, en la cual se desarrolla la personalidad de los individuos, y dentro de la cual se forma la personalidad de los menores, siendo ciertamente preferible el crecimiento de éstos en el seno del afecto familiar que en el ámbito de las instituciones públicas (8).

A través de sus normas programáticas, la Constitución italiana indica al legislador la línea a seguir en la legislación ordinaria, es decir, de sus normas emerge un proyecto socio-político en materia de familia, que pone de manifiesto su papel de asociación primaria en el seno de la sociedad, merecedora no sólo de protección sino también de ayuda y estímulo, con pleno respeto a los valores de la autonomía del grupo familiar, que no tolera intrusión alguna.

1.5. EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

En el marco del Ordenamiento Jurídico italiano, las relaciones familiares son reguladas, ante todo, como normas de comportamiento derivadas de la moral, de la costumbre y de la religión, observadas, como regla general, espontáneamente. Muchas de estas normas, como ocurre con el deber recíproco de asistencia entre los cónyuges (art. 143 CC) o el deber del hijo de respetar a sus progenitores (art. 315 CC) son elevadas al rango de normas jurídicas. Al lado de las mismas, el Ordenamiento no añade mucho más: unas veces viene a disciplinar aspectos descuidados por la moral, aunque todavía relevantes para el Derecho, otras veces se dedica a intervenir allí donde los sujetos no cumplen, de manera espontánea, esas normas de conducta. El Ordenamiento debe respetar la autonomía fundamental de la familia, pero, por otro lado, también debe arbitrar soluciones para aquellos casos en los que resultan violados los intereses fundamentales de la persona o no se observa de manera espontánea el comportamiento debido. Así ocurre, por ejemplo, en el caso en que los progenitores no proveen de alimentos o de instrucción a la prole, debiendo activar un mecanismo jurídico de tutela, con carácter previo a las medidas sancionadoras.

El Derecho de Familia es, pues, el sector del Ordenamiento Jurídico destinado a regular las relaciones familiares, siendo, desde una perspectiva objetiva, el *corpus* de normas que regulan las relaciones entre los cónyuges (y la mera convivencia), la filiación (legítima, natural, civil), el parentesco y la afinidad, tanto en lo que se refiere a las relaciones personales como en lo relativo a las relaciones de contenido patrimonial. Además, deben ser tomadas en consideración no sólo las normas dirigidas a disciplinar las relaciones

(8) MORO, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2000, pág.11. DELL'ANTONIO, *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Milano, 2001.

entre los familiares sino también aquellas que contemplan su trato con terceros, extraños al grupo familiar.

Entre las referencias normativas deben ser mencionadas, ante todo, las disposiciones de la Constitución y del Código Civil, cuyo Libro primero tiene por rúbrica «De las personas y de la familia». Teniendo en cuenta que las relaciones familiares son, básica y fundamentalmente, relaciones intersubjetivas, con la expresión «Derecho de Familia» se está haciendo referencia, en sentido estricto, a la parte del Derecho Privado que regula las relaciones familiares. Ahora bien, esta parte no coincide exclusivamente con las normas del Código Civil, siendo particularmente profusa la normativa vinculada a esta misma materia, en concreto, la normativa que constituye el objeto de específicos cuerpos de leyes, los cuales, fundamentándose en el Código Civil, cumplen una función integradora del mismo.

Las relaciones familiares encuentran también su regulación en otros Libros del Código Civil, en los que encontramos normas útiles para su tutela. No debemos olvidar tampoco que existen normas dedicadas a la tutela de la familia en otros sectores del Ordenamiento Jurídico: normas penales, normas de Derecho Tributario, normas reguladoras tanto del procedimiento civil como penal. A disciplinar estas relaciones concurren igualmente normas de Derecho del Trabajo y del Derecho Administrativo. Por último, mención especial merecen las normas de Derecho Internacional Privado, de Derecho Eclesiástico y las derivadas de las Convenciones internacionales.

No obstante, la parte más considerable de la reglamentación del fenómeno familiar tiene ubicación y naturaleza privatística, rechazándose, como comentábamos anteriormente, la tesis según la cual las normas de Derecho de Familia son de Derecho público, en cuanto dirigidas a satisfacer intereses supraindividuales y sociales. En definitiva, el núcleo fundamental de las normas de Derecho familiar tiene naturaleza privada, dado que las relaciones familiares surgen para satisfacer exigencias de la persona, la cual, crece y desarrolla su propia personalidad en el seno del grupo familiar.

1.6. LEGISLACIÓN ESPECIAL

Con el fin de facilitar la integración del Código Civil, el legislador italiano ha venido dictando una profusa normativa, articulada a través de leyes relacionadas entre sí.

Dado que la familia legítima italiana tiene su fuente en el matrimonio, son particularmente importantes las leyes en materia matrimonial, sobre todo si tenemos en cuenta el valor religioso del vínculo matrimonial que hace de la experiencia italiana una experiencia singular. En el tema de las relaciones jurídicas familiares, ha introducido importantes innovaciones la Ley de 19

de mayo de 1975, n. 151, entrada en vigor el 20 de septiembre de 1975. La técnica legislativa adoptada y establecida es la *novellazione*, a través de la cual han sido modificadas, sustituidas y ampliadas numerosas disposiciones del Código Civil italiano. Esta Ley no se fundamenta en el Código Civil, sino que sus disposiciones son normas del propio Código Civil. La Ley 151/1975 será reconocida con la denominación de *Novella*.

Centrándonos de manera más pausada en los derechos de los menores, debemos poner de manifiesto que la legislación especial italiana de los últimos años no ha dudado en trasladar al ámbito estatal la normativa internacional que se estaba dictando por los distintos organismos, concretamente, la Convención de la ONU, aprobada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (9), la Convención de La Haya de 1993, sobre protección del menor y su colaboración en materia de adopción internacional (10) y la Convención Europea sobre Derechos del Niño, aprobada en Estrasburgo, el 25 de enero de 1996 (11). Como consecuencia de esta profusa normativa internacional, se produce una mutación, un giro importante en la consideración de la figura del menor, que encuentra su correspondiente reflejo en el ámbito normativo interno del Derecho italiano, siendo numerosas las leyes que vienen a consagrar los principios y preceptos dictados.

Entre ellas merece la pena mencionar la Ley de 23 de diciembre de 1997, n. 451, gracias a la cual se ha creado la Comisión parlamentaria para la Infancia y el Observatorio Nacional de la Infancia, así como la Ley de 27 de mayo de 1991, n. 176, que ha ratificado la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Un lugar destacado ocupa la Ley de 28

(9) La Convención de la ONU predispone un completo estatuto de derechos del niño, siendo, más que un código de derechos, un verdadero programa pedagógico de formación del menor que obliga a los Estados que la han ratificado a adoptar una serie de medidas apropiadas para realizarlo eficazmente. Vid. SESTA, M., *Diritto de famiglia*, CEDAM, Padova, 2005, pág. 33; EEKELAAR, «The interest of the child and children's wishes, the role of dynamyc self-determinism», in *International journal of Law and the Family*, 1994, pág. 42.

(10) La Convención de La Haya, dice SESTA, M., *op. cit.*, 2005, págs. 34 y 35, representa un paso más en el reconocimiento de la identidad y de la dignidad del niño, porque requiere no sólo que sean tenidas en consideración sus opiniones, sino también sus deseos, debiendo ser informado sobre las consecuencias derivadas de su adopción.

(11) La Convención Europea sobre Derechos del Niño, recientemente ratificada por Italia (cfr. Ley de 20 de marzo de 2003, n. 77), viene a reconocer al menor, siempre que esté dotado de suficiente capacidad de discernimiento y en aquellos procesos que directamente le interesen, el derecho a recibir toda la información pertinente, el derecho a ser consultado y a exponer su propia opinión y el derecho a ser informado de las eventuales consecuencias derivadas de todas las decisiones. Se establece, igualmente, la obligación por parte de la autoridad judicial, cuando se perciba que el menor tiene suficiente capacidad de discernimiento, de asegurarse, antes de adoptar cualquier decisión, que han sido garantizados y respetados todos los derechos antedichos y que han sido tenidas en cuenta todas las opiniones expresadas por el menor. Vid. SESTA, M., *op. cit.*, 2005, pág. 34.

de agosto de 1997, n. 285, que ha instituido, por obra de la Presidencia del Consejo de Ministros, el *Fondo nazionale per l'infanzia e l'adolescenza*, dirigido a la realización de actuaciones directas para favorecer la promoción de los derechos, la calidad de vida, el desarrollo, la realización individual y la socialización de la infancia y la adolescencia. En esta ley se ha previsto la financiación del Fondo, la acometida de proyectos dirigidos a la activación de servicios de preparación y desarrollo de relaciones paterno-filiales, medidas alternativas al ingreso de menores en institutos educativos-asistenciales, la articulación de servicios recreativos y educativos y el mantenimiento económico de la familia que tenga en su propio seno uno o más menores con minusvalías.

Posteriormente han sido dictadas la Ley de 3 de agosto de 1998, n. 269, con normas contra la explotación de la prostitución, pornografía y turismo sexual en perjuicio de menores; la Ley de 31 de diciembre de 1998, n. 476, que ha ratificado la Convención de La Haya de 1993 y reformado la disciplina de la adopción internacional; la Ley n. 53/2000, relativa al mantenimiento de la maternidad y paternidad; la Ley de 28 de marzo de 2001, n. 149, que ha modificado la adopción nacional, y la Ley de 5 de abril de 2001, n. 154, que contiene medidas contra la violencia en las relaciones familiares.

1.7. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA ITALIANO

A la luz de la normativa vigente (12), los principios fundamentales más importantes del Derecho de Familia pueden ser sintetizados así:

- a) Se otorga mayor protección a la libertad matrimonial, toda vez que el consentimiento ha sido prestado conscientemente por sujetos capaces y libres.
- b) Se reconoce la igualdad entre los cónyuges respecto a los derechos y deberes emanados del matrimonio, así como en el ejercicio de las potestades de gobierno respecto de la familia.
- c) Se dispone que la obligación de contribuir a las necesidades de la familia debe ser compartida por todos los miembros de ésta.
- d) Se reconoce el acuerdo como instrumento fundamental para asumir las decisiones familiares.

(12) GRASSETTI, «I principii costituzionali relativi al diritto familiare», in *Comm. Sist. Cost. It.*, diretto da Calamandrei e Levi, Firenze, 1950, I, pág. 285; ID., voce «Famiglia» (*dir. Priv.*), in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, pág. 48. Para una exposición crítica desde la perspectiva iusnaturalista, cfr. BESSONE, «Rapporti ético-sociali», in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, Bologna-Roma, 1976, pág. 8. CATTANEO, *Introduzione, in Il diritto di famiglia*, I, Trattato diretto da BOLINILI e CATTANEO, Torino, 1997, pág. 16.

- e) Las relaciones paterno-filiales se instauran, como regla general, atendiendo al criterio de la generación.
- f) Los progenitores tienen los mismos derechos y deberes respecto de los hijos e igualdad de poderes en el ejercicio de la patria potestad.
- g) Se imponen ciertos límites a la discrecionalidad de los progenitores en el cumplimiento de las decisiones que afecten a los hijos, sin que pueda por ello configurarse un ejercicio abusivo de la patria potestad.
- h) Se reconocen a los hijos legítimos y a los hijos naturales los mismos derechos y deberes respecto de sus progenitores.
- i) Se concede al hijo la posibilidad de solicitar la comprobación de su propio *status*, incluso cuando no concurra la voluntad del progenitor.
- j) Se reconoce al menor el derecho a vivir en el seno de su propia familia o, en otro caso, a tener una familia en la cual crecer y desarrollar su propia personalidad.
- k) Se reconoce a la persona el derecho a conocer su propio origen.
- l) Se impone a la familia la obligación de contribuir al sostenimiento de los parientes en caso de dificultades económicas.

1.8. CONSIDERACIÓN FINAL

La realidad legislativa vivida en los últimos años en Italia nos obliga a reconocer que la disciplina del Derecho de Familia está llamada a renovarse y actualizarse constantemente, en paralelo con las mutaciones que igualmente está experimentando la sociedad de este país. El abandono de la visión institucional de la familia y el creciente reconocimiento de los derechos individuales constituyen el motivo que ha guiado las transformaciones del Derecho de Familia.

Algunas de estas transformaciones, qué duda cabe, afectan de pleno a los menores, a quienes podemos considerar como sujetos protagonistas de una parte específica del Derecho de Familia, tanto en su consideración de hijo, en instituciones como la filiación, la patria potestad o la adopción, como en su condición de sujeto merecedor de una protección adecuada a sus particulares circunstancias, a través de instituciones como la tutela, ya sea prestada en el seno de la familia o por instituciones públicas. Estas instituciones exigen, sin embargo, abordar, como punto de partida, una serie de cuestiones previas que, en la sistemática tradicional, se han encuadrado en la Parte General del Derecho Civil y que constituyen propiamente lo que hemos denominado Estatuto jurídico del menor. Nos referimos al concepto del menor, a la atención debida a su capacidad jurídica y de obrar, a la especial capacidad del menor emancipado y a la situación de incapacitación de aquél.

2. EL MENOR COMO SUJETO JURÍDICO

2.1. PRINCIPIOS GENERALES

En las últimas décadas se puede apreciar cómo el Ordenamiento Jurídico italiano ha ido dirigiéndose hacia el progresivo reconocimiento de una amplia gama de derechos, tanto patrimoniales como de la personalidad, a favor incluso de aquél que no ha adquirido la mayoría de edad y con ella la completa capacidad, comenzando a elaborar un sistema en orden a reagrupar orgánicamente la variada y, a veces, opuesta normativa que tiene como destinatario al menor (13). El Derecho se encamina así a proteger los intereses y las necesidades de la personalidad en formación, tratando de manera específica pero coordinada las distintas instituciones jurídicas y los instrumentos operativos en orden a garantizar al menor las mejores condiciones para un óptimo itinerario en su formación y una progresiva integración en la comunidad social a la que pertenece.

La elaboración de un cuerpo normativo en el que hacer descansar una satisfactoria tutela de los derechos de los menores se ha fundamentado, y sigue haciéndolo, en la Carta Constitucional. Sus disposiciones (en concreto los arts. 30, 31, 34, 35, 37 y 38), lejos de constituir un estatuto particular y, por tanto, separado del menor, vienen a insertar los derechos de los menores en un cuadro general de promoción de los derechos de ciudadano, en el contexto global de desarrollo y realización de la persona humana (14).

En el ámbito interno del Derecho italiano, en actuación de los principios constitucionales y de las declaraciones internacionales, se ha venido desde hace unos años elaborando un *corpus* normativo fundado sobre una serie de principios generales que informan el Ordenamiento jurídico del menor y que se plasman en toda la legislación relativa a los sujetos en proceso de evolución. Estos principios pueden ser sintetizados:

- a) En el derecho propio del menor, en cuanto persona, a seguir un proceso regular en su evolución hasta la edad adulta, privilegiando los aspectos de la personalidad y la socialización.
- b) En la posibilidad de ver respetado este derecho sin discriminación de ningún tipo, al margen, por tanto, de cuales sean sus circunstancias familiares o su origen social o étnico.
- c) En el derecho de los menores a tener una familia, la propia o una sustituta, con suficiente grado de autonomía como para garantizar su proceso de desarrollo personal y socialización.

(13) MORO, *Manuale di Diritto minorile*, Bologna, 2002. BAVIERA, *Diritto minorile*, Milano, 1976.

(14) DOGLIOTTI, «Sul concetto di Diritto minorile, Autonomia, favor minoris, principi costituzionali», en *DFP*, 1977, pág. 954.

- d) En el derecho a recibir, cuando la familia no sea idónea, la intervención del Estado, garantizándole su pleno desarrollo.
- e) En el derecho a recibir una educación respetuosa con su capacidad y con sus aspiraciones.
- f) En el derecho al apoyo y reintegración para el caso de dificultades en el proceso de socialización.
- g) En el derecho a un sistema de escolarización que le permita la formación de su persona y la superación de cualesquiera problemas sociales.

En suma, si es indudablemente importante haber identificado en el plano jurídico aquellas necesidades esenciales de los menores que precisan una tutela específica así como haber reafirmado el empeño institucional por asegurar el disfrute de los derechos reconocidos, también es verdad que el reconocimiento de derechos, por sí solo, no es suficiente para garantizar un proceso pleno de desarrollo que conduzca a la integridad como persona. Esta circunstancia no puede sustituir aquellas relaciones indispensables para un correcto crecimiento y una formación integral de la persona; al contrario, más bien interviene cuando las dificultades en el desarrollo de la persona se han manifestado y han desplegado sus efectos negativos. La misma intervención judicial puede sólo sancionar ciertos comportamientos lesivos de los derechos fundamentales o indemnizar los perjuicios causados, pero no puede desempeñar una verdadera función de apoyo y sostenimiento del menor. Es por esto que muchos mantienen la idea de que el conjunto de derechos que el Ordenamiento reconoce al menor de edad sólo puede ser efectivamente disfrutado en el seno de una íntegra y correcta cultura de la infancia, fundamentada en unas satisfactorias y constructivas relaciones entre adultos y menores (15).

2.2. LA MENOR EDAD

El sujeto que todavía no ha alcanzado la mayor edad viene siendo considerado por el Ordenamiento italiano, en términos generales, como sujeto incapaz. La menor edad se presenta así para el sistema jurídico como un factor esencial para fundar la presunta falta de idoneidad de un individuo en relación con el ejercicio de aquellos derechos y deberes de los que es titular (16).

(15) SAULLE, *Codice internazionale dei diritti del minore*, Napoli, 1992; *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di LENTI, Milano, 2002.

(16) STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona humana*, Camerino-Napoli, 1975. CENDON, *I bambini e i loro diritti*, Bologna, 1991.

Por ello, el menor, aún pudiendo ser titular de su propio patrimonio, por su falta de capacidad de obrar no puede realizar determinados actos hasta que alcance la mayoría de edad. En el ámbito patrimonial, el poder de representación atribuido a sus progenitores es absoluto, al contrario de lo que ocurre en el ámbito reservado a los derechos de la personalidad, en el cual se encuentra ampliamente prevista para el menor la posibilidad de que se le conceda una capacidad anticipada.

La falta de capacidad de obrar, sin embargo, no implica para el menor una absoluta imposibilidad de realizar actos jurídicos, en cuanto que tales actos, incluso patrimoniales, son productores de efectos jurídicos.

De hecho, en el caso de negocios jurídicos celebrados por el menor, en los términos del artículo 1.425 del Código Civil, se habla de anulabilidad cuando resulten gravemente lesionados los intereses del menor o aparezca vulnerado el equilibrio sinalagmático, exponiéndolo a riesgos y perjuicios. A esta circunstancia se dirige la norma contemplada por el artículo 1.426 del Código Civil, que pone de relieve la relatividad del concepto de incapacidad del menor. Esta norma, en sentido contrario al precepto que la precede, sanciona la validez del contrato celebrado por el menor que haya ocultado con dolo esta circunstancia, derogando el principio de incapacidad legal del sujeto que no haya alcanzado la mayoría de edad y manifestando una especie de emancipación de hecho.

Dentro de su capacidad, el menor podrá realizar autónomamente tanto actos dirigidos a proteger sus derechos (así, los actos de constitución en mora, o la interrupción de la prescripción) como actos debidos (el cumplimiento), además de aquellos actos en los que la voluntad no se manifiesta y de los que resulta incrementado su patrimonio (invenciones, descubrimiento de un tesoro, unión, conmixtión). En última instancia puede, incluso, proceder a la interposición de una querrela (art. 125 CP).

Se ha venido a reconocer también que el menor puede realizar toda una serie de actos de la vida cotidiana que incluso pueden implicar disposiciones de valor económico, como pueden ser la utilización de servicios públicos o la adquisición de bienes de uso cotidiano, actividades de entretenimiento y ocio o el ahorro.

En el contexto de los actos *mortis causa*, el Ordenamiento sanciona la incapacidad del menor para hacer testamento (art. 59 CC) (17), mientras le autoriza para recibir bienes por esta misma vía (art. 471 CC). Faltando la declaración de aceptación de la herencia a beneficio de inventario, el menor permanece en la posición de «llamado a la herencia» y los bienes deben considerarse bienes hereditarios en tanto que él no pueda ejercitar el derecho a aceptar dicha herencia o a renunciar a la misma.

(17) Cfr. Tribunal de Salerno, 14-10-2004.

Respecto de la menor edad, en la jurisprudencia se ha afrontado el tema de la concreta determinación de su cese, es decir, del cumplimiento de la edad a partir de la cual se desprende, para un sujeto, la posibilidad de desplegar toda su capacidad de *pleno iure* (18). En algunos casos, en los que se debía determinar el momento en el que se activaba la imputabilidad, la Corte Suprema ha adoptado el principio en base al cual *dies a quo no computatur in termine* (19). En otros, sin embargo, ha seguido la regla del cómputo natural *de momento in momentum*, tomando como base el momento del nacimiento y fijando el momento final en coincidencia con el inicial (20).

2.3. CAPACIDAD JURÍDICA DEL MENOR

Desde el punto de vista de la subjetividad jurídica o, lo que es lo mismo, de la capacidad para ser sujetos de la actividad jurídica, el Ordenamiento jurídico italiano atribuye relevancia tanto a las personas físicas como a las jurídicas, tanto a los individuos como a los entes. Con la adquisición de la capacidad jurídica, que en el caso concreto de las personas físicas coincide con el nacimiento, devienen titulares de derechos y deberes y pueden invocar las normas que el Ordenamiento Jurídico elabora con una función esencialmente tuitiva de tales derechos (21).

El artículo 2 de la Constitución italiana establece expresamente que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre considerado como individuo que en la organización social desarrolla su personalidad. Bajo esta perspectiva, los derechos inviolables del hombre son reconocidos como preexistentes al Ordenamiento, y no como conferidos u otorgados por éste, con la consecuencia de que la capacidad jurídica en general constituye una cualidad propia, un atributo natural de toda persona en cuanto tal.

Encuentra así aplicación el significado originario del principio constitucional de igualdad: a los seres humanos les viene reconocido, a través del reconocimiento de esta cualidad intrínseca que es la capacidad jurídica, el derecho de nacionalidad en el ámbito interno del Ordenamiento Jurídico con todas sus consecuencias.

Durante cierto tiempo se entendió que el momento de adquisición de la capacidad jurídica coincidía con aquél en el que se adquiría la capacidad respiratoria, asumiendo gran trascendencia el requisito de la «vitalidad», considerado como una especie de actitud hacia la vida en los momentos suce-

(18) MANERA, «Osservazione sul modo di computare l'età di una persona», en *GP*, 1999, II, 451.

(19) Cass. 16-1-1974, en *AP* 1974, II, 512; Cass. 7-1-1999, en *GP*, 1999, II, 451.

(20) Cass. 2-11-1978, n. 13429; conforme Cass. 17-1-1999, n. 158.

(21) GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006.

sivos al nacimiento. A este requisito hacía también referencia el viejo Código Civil italiano con la expresión *vita e vitalità* del nacido. Sin embargo, el Código Civil vigente, suprimiendo de hecho este requisito, establece en su artículo 1 que «*La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento*» (22).

El nacimiento, a su vez, coincide con la separación del feto del vientre materno, y con el inicio de la actividad respiratoria. Desde este aspecto, la prueba de la vida, a los efectos de la adquisición de la capacidad jurídica, incumbe a aquellos que tengan interés en afirmar el nacimiento acontecido. Entre los medios de prueba más seguidos se cita el de la capacidad respiratoria autónoma, que a diferencia de otras funciones puramente vitales, como la actividad nerviosa o circulatoria, no preexiste al momento del nacimiento.

En última instancia, el Ordenamiento jurídico conoce también una capacidad jurídica especial, que se presupone por la atribución de ciertos derechos y deberes. Como regla general, vale también para la capacidad jurídica especial el principio, aplicable a la capacidad jurídica general, de su *non limitabilità*, si bien, a veces, la ley establece limitaciones por motivos imperiosos derivados de la realidad natural, social o moral. Así, es evidente que el menor de edad, que no tiene la libre administración de su patrimonio, no podrá ser designado tutor, o administrar el patrimonio de otros sujetos. Lo mismo ocurre cuando la administración de los bienes propios está limitada por razones de salud (en los casos de inhabilitación o prohibición).

Pese a que, como se ha expuesto, el inicio de la vida tenga lugar cuando se proceda a la separación física entre el feto y la madre, existen hechos jurídicos anteriores al momento del nacimiento, a los que el ordenamiento jurídico atribuye cierta eficacia. Esto no significa que el *nasciturus* tenga una capacidad jurídica anticipada, provisional o condicionada, pues al concebido le viene reconocida sólo la posibilidad de una tutela conservativa de algunos derechos patrimoniales a través de la custodia de sus progenitores (23). Cobra aquí relevancia la distinción entre el *nasciturus* concebido y no concebido.

Al *nasciturus* concebido se le reconoce la capacidad de suceder *mortis causa*, exigiéndose que haya sido concebido en el momento de la apertura de la sucesión. A tal fin, el párrafo 1.º del artículo 462 del Código Civil italiano establece que se presume concebido al tiempo de la apertura de la sucesión quien nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del *de cuius*. En tal caso, queda siempre a salvo la posibilidad de practicar una prueba en contrario, mediante la acción de desconocimiento de la paternidad

(22) DOGLIOTTI, «Le persone fisiche», en *Tratt. Rescigno*, I, 2, Torino, 1982. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 1993.

(23) BALDINI, «Il nascituro e la soggettività giuridica», en *DFP*, II, 2000. PALMIERI, «Capacità giuridica e responsabilità civile», en *RCDP*, 1998. ZATTI, «La tutela della vita prenatale, i limiti del nuovo diritto», en *NGCC*, II, 2001.

(art. 244 CC). El apartado 3.º del artículo 462 del Código Civil reconoce también al *nasciturus* no concebido la capacidad de suceder *mortis causa*, pero esta posibilidad está limitada exclusivamente al supuesto de sucesión testamentaria, estableciéndose que puede «recibir por testamento los hijos de una determinada persona viva al momento de la muerte del testador, aunque no se encuentre concebida». El Código Civil italiano usa, por tanto, fórmulas o expresiones distintas en el primer y segundo caso: sólo el concebido es «capaz de suceder», mientras el no concebido sólo puede «recibir» por testamento.

Por otra parte, el Código Civil prescribe la aplicabilidad de las normas sobre la administración de la herencia en caso de condición suspensiva o falta de prestación de garantía también en el supuesto en el que el llamado a suceder sea un no concebido, hijo de una determinada persona viva, a la que incumbe la representación del *nasciturus*, a los solos efectos de la tutela de los derechos sucesorios de éste último (art. 643 CC).

También en materia de derechos patrimoniales, tanto el *nasciturus* concebido como el no concebido, pueden recibir por donación (art. 784.1 CC) (24). En concreto, la aceptación de las donaciones viene regulada por las disposiciones contenidas en los artículos 320 y 321 del Código Civil, que confieren respectivamente a los progenitores o a un curador especial los poderes de representación y administración de los bienes de los hijos, incluso *nascituri*.

Todas estas matizaciones aportadas por el articulado del Código Civil permiten refrendar la observación de que, cuando el apartado 2.º del artículo 1 del Código Civil italiano habla de los derechos a favor del concebido, no está anticipando su capacidad jurídica, puesto que también el no concebido puede ser destinatario de atribuciones de naturaleza patrimonial. De todo ello se desprende, en última instancia, que el Ordenamiento Jurídico expresamente, aunque en una esfera muy específica, reconoce la existencia de situaciones jurídicas merecedoras de tutela, incluso con anterioridad y con independencia de la adquisición de aquella capacidad jurídica sobre la que descansa, normalmente, la titularidad de específicos derechos subjetivos (25).

2.4. CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR

Ya se ha expuesto que con la adquisición de la capacidad jurídica un individuo está preparado para devenir titular de los derechos y obligaciones reconocidos y protegidos por el Ordenamiento Jurídico. Pero si la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento, está claro

(24) LOTITO, «In tema di donazione ai nascituri», en *ND*, I, 1996.

(25) ZENO ZENCOVICH, «Il danno al nascituro», en *NGCC*, I, f. 5, 1994. BATÁ, «La tutela del concepito e il diritto a nascere sano», en *CorG*, f. 4, 1994.

que no puede admitirse que el individuo, desde ese mismo momento, pueda tener la capacidad para realizar actos que le permitan devenir sujeto del tráfico jurídico.

El legislador italiano atribuye la capacidad para realizar válidamente actos que impliquen la adquisición de derechos y la asunción de obligaciones al sujeto que haya alcanzado una madurez psíquica adecuada para permitirle evaluar la conveniencia de los actos que le competen. Como regla general, esta madurez se presume alcanzada al cumplir los dieciocho años (Ley n. 39/1975), adquiriéndose así la mayoría de edad (26). Como se desprende del artículo 2.1 del Código Civil, en este momento el individuo adquiere una completa y general capacidad de obrar, que le permite realizar todos los actos para los cuales no se haya establecido una edad distinta. No obstante, puede darse el caso de que la plena capacidad natural, que se presupone alcanzada, en general, con el cumplimiento de los dieciocho años, se considere suficientemente adquirida antes de tal momento en relación con determinados actos; o puede verificarse que dicha capacidad se pierda o se atenúe, temporal o definitivamente, después de alcanzada la mayoría de edad. En estos casos, surge el problema de anticipar la capacidad para realizar determinados actos, o de proveer a la protección acordada por el Ordenamiento para los sujetos incapacitados.

Por lo que se refiere al artículo 2 del Código Civil, se trata ahora de identificar las funciones implícitas a la mayor edad. Desde el momento en que se establece que con la mayoría de edad se adquiere la capacidad para realizar todos los actos para los que no se precise una edad distinta, estos últimos adquieren una naturaleza excepcional, por tanto, susceptible de una interpretación restrictiva.

Ahora bien, el principal problema lo plantea la interpretación del término «todos» empleado por el precepto que comentamos, pues si bien no cabe duda de que existen actos en los que la capacidad de obrar es un requisito esencial para la validez del acto, no es menos cierto que existen otros supuestos en los que la relevancia de la capacidad de obrar es, cuando menos, controvertida.

El tema de las relaciones entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar es esencial para que los mecanismos de tutela de la personalidad del menor, y su consiguiente protección por el Ordenamiento, no lleguen a ser tan consistentes que resulten invasivos hasta el punto de excluir su ámbito de libertad (27). La dicotomía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar

(26) La jurisprudencia ha precisado (Cass. 22-11-1986, n. 6878), que el hecho de coincidir la adquisición de la capacidad general de obrar y de la mayoría de edad presupone que a los dieciocho años un individuo es plenamente capaz de entender y querer, por haber conseguido la plena capacidad natural.

(27) STANZIONE, «Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore», en *DFP*, I, 1999, pág. 260; *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975.

cobra particular interés en el ámbito de los actos de contenido patrimonial, en el que el menor goza de derechos reconocidos. Sin embargo, es evidente que la distinción tiene distinta trascendencia cuando se trata de situaciones jurídicas personales y de derechos reconocidos en función de la persona, en los que el recurso a la representación legal no es viable.

En los últimos años se ha desarrollado en el Ordenamiento Jurídico italiano una nueva corriente legislativa tendente a reconocer cada vez mayor capacidad al menor, en especial en aquellos contextos en los que está implicada su personalidad, pudiendo realizar actos jurídicos válidos y vinculantes, sin perjuicio de la intervención judicial dirigida a evaluar su efectiva madurez. Tanto la doctrina como la jurisprudencia acuden con frecuencia al criterio de la capacidad de discernimiento del menor para valorar si su opinión merece ser tenida en consideración, por estar basada en una madurez que le permita realizar una elección suficientemente meditada, y si tal elección responde efectivamente a las necesidades y circunstancias del menor en cada momento.

Tal y como adelantábamos anteriormente, el legislador ha reconocido al sujeto que todavía no haya alcanzado la mayoría de edad una capacidad anticipada en relación con algunas situaciones específicas y con aquellas relaciones que le exijan un compromiso con cuestiones más profundas, como el matrimonio, la procreación o la filiación. Esta progresiva erosión de los límites de la capacidad de obrar se funda en la consideración de que los menores, especialmente aquellos que estén próximos a la mayoría de edad, no pueden ser visto, en relación a determinadas situaciones relativas sobre todo a la esfera de los derechos de la personalidad, como absolutamente incapaces, sometidos por completo a la patria potestad o a la voluntad de otras personas, y esto en cuanto que en tales situaciones entran en juego intereses que no admiten la representación.

Entre éstas se encuentra aquélla que permite al menor que haya cumplido dieciséis años contraer matrimonio, con autorización del Tribunal (art. 84 CC) y siempre que concurren los que el Código Civil italiano denomina «graves motivos», y la posibilidad de reconocer hijos naturales (art. 250 CC).

En cuanto al matrimonio contraído por el menor de edad (28), los requisitos exigidos por el artículo 84 del Código Civil para que el Tribunal pueda conceder la *autorización*, consisten, al margen de la edad, en la concurrencia de una determinada madurez psicofísica (29) y en la consistencia de las razones

(28) Vid. CRISALLI, «Sui criteri di autorizzazione per el matrimonio del minore», en *Dir. Fam.* 1982. CIAMPA, «Sulla natura della maturità del minorenne nubendo e dei motivi per la sua ammissione anticipata al matrimonio», en *Minori e giustizia*, 1993, 3, 48. COSSU, *Il matrimonio del minore*, Milano, 1979.

(29) En cuanto a este primer requisito, la jurisprudencia ha especificado desde hace tiempo que en la valoración de la madurez psicofísica del menor, el Juez debe tomar como

que apoyan la conveniencia u oportunidad de contraer matrimonio, precisándose en la norma que para el Juez la concesión de la autorización es una facultad y no una obligación. En relación con los «graves motivos» que pueden justificar la autorización del matrimonio del menor, la jurisprudencia ha elaborado un conjunto de elementos a evaluar, a fin de discernir si la opción adoptada es la más conveniente, se corresponde con las exigencias y si el menor está preparado para gestionar la nueva situación vital que constituye su futuro (30). En todo caso, al menor autorizado para contraer matrimonio puede nombrársele por el Juez un curador especial que le asista en la estipulación de las capitulaciones matrimoniales, cuando así lo exijan las circunstancias (art. 90 CC). El Ordenamiento prevé, por otra parte, la capacidad del menor para prestar el consentimiento en todo lo relativo a las convenciones matrimoniales, que deben considerarse válidas si está asistido por los progenitores que ejerzan la patria potestad o por el tutor o curador especial (art. 165 CC).

El segundo supuesto de capacidad anticipada del menor es aquél que le permite el reconocimiento de hijos naturales una vez cumplidos los dieciséis años (art. 250 CC) (31). En este caso, partiendo del presupuesto de que, al alcanzar dicha edad, el menor haya logrado una madurez psicofísica suficiente para efectuar una declaración que garantice su conformidad con la realidad natural y para valorar las consecuencias en el ámbito de su responsabilidad paterno-filial, el legislador ha anticipado la capacidad de obrar del menor. Esta anticipación viene impuesta, también, por las exigencias de seguridad y estabilidad afectiva del neonato.

Con el reconocimiento, el menor asume, en base a la disposición contenida en el artículo 261 del Código Civil, todas las obligaciones y deberes propios de las relaciones de filiación legítima y, tal y como corrobora el artículo 317 *bis* del Código Civil, la patria potestad. Los efectos del reconocimiento se producen *ope legis*, al margen del estado de capacidad del padre que procede al reconocimiento, no estableciendo la ley distinción alguna entre los supuestos de padres menores o mayores de edad. Entre tanto, la asunción de derechos y obligaciones respecto del hijo reconocido, así como la atribu-

modelo un *criterio medio de desarrollo del menor* (App. Sez. Min. Bologna, 27-1-1982, en *GM*, 1983, 1219); que la comprobación de la madurez debe estar guiada, también, tomando en consideración el ambiente familiar y social en el que ha tenido lugar la formación del menor (Proc. Rep. Trib. Min. Bari, 12-1-1976) y que la madurez puede deducirse de la normal capacidad de elección crítica demostrada por el menor.

(30) Así, la futura maternidad de la menor, por sí sola, puede no constituir un grave motivo para la admisión del matrimonio celebrado antes de los dieciocho años, si no va acompañada de una madurez suficiente, de una independencia psicológica respecto de los progenitores y de un compromiso de constitución de una familia autónoma (Trib. Min. Napoli, 5-6-1995, en *Dir. Fam.*, 1996, 183).

(31) Vid. CARRARO, «Commento all'art. 250 CC», en AA.VV., *Commentario del diritto italiano di famiglia*, Padova, 1995. STANZIONE, *op. cit.*, 1999, pág. 260.

ción de la patria potestad, no parecen sujetos a restricciones particulares por el hecho de que el progenitor que reconoce sea menor. En consecuencia, la actividad desarrollada en interés del hijo no viene subordinada a reglas o normas que tengan en cuenta la edad del progenitor (32).

3. EL MENOR EMANCIPADO

Si el menor contrae matrimonio antes de los dieciocho años, con la preceptiva autorización judicial, deviene automáticamente emancipado (art. 390 CC), adquiriendo una capacidad de obrar limitada a la realización de aquellos actos que no excedan de la administración ordinaria.

La emancipación es, por tanto, un efecto automático, o de derecho, del matrimonio. En el supuesto de la emancipación, el menor está respaldado por un curador (33), que desarrolla una función no de representación sino de asistencia del sujeto, toda vez que éste adquiere verdaderamente la capacidad de obrar, sólo que limitada.

Al menor emancipado le viene reconocida plena capacidad en todo lo relativo a actos no patrimoniales, es decir, relaciones familiares y personales (34). En cambio, la capacidad patrimonial se limita exclusivamente a aquellos actos que no excedan de la administración ordinaria. Para la inversión de capital y para asistir a juicio se requiere la asistencia del curador; para la realización de actos de administración extraordinaria, además del consentimiento del curador, es necesaria la autorización del Juez; para los actos que impliquen mayor onerosidad para el emancipado, la autorización del Tribunal, como también previene el artículo 375 para la tutela.

Con específica referencia a la transacción, la jurisprudencia (35) ha precisado que al menor emancipado le viene siempre impuesta la asistencia del curador, incluso aunque tenga por objeto actos que puedan considerarse de administración ordinaria.

Los actos en los que es necesaria la presencia del curador son actos complejos, en los que su asistencia se fundamenta en una integración de la

(32) De esta circunstancia se desprende, consecuentemente, que el reconocimiento de la madurez suficiente para el ejercicio de derechos y deberes inherentes a la patria potestad (correspondiente al menor que haya procedido al reconocimiento de un hijo natural), conlleva el reconocimiento a favor del mismo de la capacidad procesal, es decir, de la legitimación procesal activa y pasiva para hacer valer en juicio tales derechos (Cass. 29-7-1963, n. 2122; App. Napoli, 11-3-2004, en *FD*, 1/2005, 73).

(33) La elección de la persona del curador recae en el otro cónyuge, si es mayor de edad; si ambos cónyuges son menores, el Juez tiene la facultad de escoger a un tercero, preferentemente a los padres (art. 392 CC). No es admisible que el menor de dieciséis años, no casado, obtenga la emancipación judicial (Corte cost. ord., 30-11-1988, n. 1057).

(34) Cass. 19-10-1970, n. 2074; Pret. Monza, 9-5-1987, en *FD* 1987, I, 2878.

(35) Cass. 14-5-1980, n. 3183.

voluntad del menor emancipado asistido, de modo que el consentimiento prestado garantiza la validez del acto (36). También en el caso de la emancipación vale comúnmente la norma sobre conflicto de intereses entre menor y curador (con el consiguiente nombramiento de un curador especial, conforme al art. 320 *in fine* CC).

El menor emancipado puede desempeñar una actividad empresarial sin la asistencia del curador, si así lo autoriza el Tribunal, teniendo en cuenta el parecer del Juez y oído el curador, conforme al artículo 397 del Código Civil. El último inciso de este precepto precisa que el menor emancipado, autorizado para el desempeño de esta actividad, puede realizar por sí solo actos que excedan de la administración ordinaria, aunque sean ajenos a la actividad de la empresa.

En todo caso, la autorización podrá ser revocada por el Tribunal a instancia del curador o de oficio, atendiendo previamente al parecer del Juez y oído el menor, en casos particulares, como cuando el menor no se muestra capaz de dirigir su empresa o de gestionar sus propios asuntos.

Los actos concluidos por el emancipado sin la asistencia del curador, o sin la debida autorización judicial, no son nulos sino anulables. Por tanto, producen efectos jurídicos hasta que sean anulados a instancia del mismo menor o de aquéllos que estén legitimados para el ejercicio de la acción de anulabilidad (37).

4. INCAPACITACIÓN DE MENORES

4.1. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE AUTONOMÍA

Como dispone el artículo 2 del Código Civil italiano, con la obtención de la mayoría de edad se adquiere la capacidad de obrar general, salvo en aquellos casos especiales en los que la ley requiera, por vía excepcional, una edad más avanzada.

Los institutos tradicionales a través de los cuales venía siendo atendida la limitación total o parcial de la capacidad de obrar de un sujeto eran, antes de la reforma de 2004, solamente dos, la interdicción y la inhabilitación: el primero respecto a los casos de grave incapacidad, constituida por situaciones de enfermedades mentales habituales, operando el sistema una equiparación entre la

(36) STANZIONE, *op. cit.*, 1999; GAZZONI, *op. cit.*, 2006; CRISALLI, *op. cit.*, 1982, pág. 1298.

(37) Cass. 22-12-1984, n. 6666, en *GC*, 1984, f. 12. La prescripción de quince años de la acción de impugnación de tales actos comienza a correr en todos los casos desde que se haya alcanzado la mayoría de edad del menor (Cass., 6-3-1996, n. 2725; Cass. 23-3-1977, n. 1140).

incapacidad del sujeto derivada de la edad y la incapacidad ocasionada por su estado de salud mental. El segundo instituto, la inhabilitación, produce una disminución de la capacidad de obrar en aquellos casos de enfermedad mental menos grave o minusvalía física (ceguera o sordomudez congénita) o bien cuando la incapacidad no tenga carácter permanente o sea teóricamente superable, como en los casos de prodigalidad o de consumo habitual de sustancias alcohólicas o estupefacientes. En el caso de la inhabilitación, la posición jurídica del sujeto era análoga a la del menor emancipado.

Con la Ley 9 de junio de 2004, n. 6, se ha introducido en el Código Civil italiano un nuevo instituto de protección de los sujetos total o parcialmente privados de autonomía: «*l'amministrazione di sostegno*» (podría ser traducida como «administración de apoyo», pero preferimos seguir utilizando la expresión original a lo largo del texto). El nuevo cuerpo normativo ha aportado notables innovaciones en el Código Civil, introduciendo en el Título XII, bajo la rúbrica «*De las medidas de protección de la persona total o parcialmente privada de autonomía*», los artículos 404 a 413, y modificando, también, de manera significativa, la disciplina de la interdicción y de la inhabilitación (38).

4.2. *L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO*: ELEMENTOS FUNDAMENTALES Y PROCEDIMIENTO

La introducción del nuevo instituto de la *amministrazione di sostegno* ha determinado una profunda y global modificación en el sistema de la incapacidad desde el momento en que los principios que lo informan se constituyen en una clave interpretativa de la completa disciplina de las medidas de protección. El artículo 1 de la Ley n. 6/2004 precisa que la finalidad de la nueva norma es «tutelar, con la menor limitación posible de su capacidad de obrar, a la persona privada en todo o en parte de autonomía, en el desarrollo de sus funciones cotidianas, mediante una intervención de apoyo temporáneo o permanente». De este precepto se desprende, ante todo, el principio de gradualidad de las medidas de apoyo, en aplicación del cual el Juez debe escoger, entre los instrumentos de protección ofrecidos por el Ordenamiento Jurídico, aquél que suponga la menor restricción posible de la capacidad del sujeto interesado (39).

(38) DOSSETTI, MORETTI, MORETTI, «*L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*», Milano, 2004; JANNUZZI, LOREFICE, «*Manuale della volontaria giurisdizione*», Milano, 2004. CAMPESE, «*L'istituzione dell'amministratore di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*», en *FD*, 2, 2004; CARBONE, «*Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire*», en *NGCC*, 2004, II, 537.

(39) BONILINI, CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2004. CALO, *Amministrazione di sostegno*, L. 9, gennaio, 2004, n. 6, Milano, 2004. PAZE, *L'amministrazione di sostegno*, en www.altalex.it. MALAVASI, «*L'amministrazione di sostegno, le linee di*

El artículo 404 del Código Civil, en la redacción adquirida tras la reforma, prescribe que los sujetos imposibilitados, en todo o en parte, a causa de una enfermedad o de una minusvalía física o psíquica, para ocuparse de sus propios intereses, podrán ser asistidos por un *amministratore di sostegno*, nombrado por el Juez del lugar en que tal sujeto tenga su residencia o su domicilio.

El nombramiento del administrador se realiza a través de una resolución motivada, inmediatamente ejecutiva, expedida dentro de los sesenta días siguientes a la presentación de la solicitud (art. 405 CC). En el caso del menor no emancipado (art. 405.2 CC), la resolución puede ser emitida solamente en el último año de su minoría de edad, a fin de que la administración opere en el tiempo a transcurrir hasta que cumpla los dieciocho años.

La resolución de nombramiento del *amministratore di sostegno* deberá indicar, además de las generalidades del beneficiario y del administrador, la duración del cargo (que puede ser por tiempo determinado), el objeto del mismo y los actos que el administrador puede realizar en nombre y por cuenta del beneficiario, los actos que el beneficiario puede realizar solo, los límites de los gastos que el administrador puede realizar atendiendo a las cantidades de las cuáles el beneficiario dispone y la periodicidad de las relaciones con el Juez, para abordar cuestiones relativas a la actividad desarrollada y las condiciones de vida personales y sociales del beneficiario.

La resolución de comienzo y finalización de la *amministrazione di sostegno*, así como cualquiera otra que resulte procedente, deben ser inscritas (art. 405.6 CC) en el Registro Civil mediante nota marginal en el folio de inscripción de nacimiento del beneficiario (40). Si el cargo de administrador fuese por tiempo determinado, estas notas marginales deberán ser canceladas al término de dicho plazo.

Conforme al artículo 406 del Código Civil, el nombramiento del administrador puede ser solicitado por varias personas, entre las cuales se encuentra el propio beneficiario, incluso si es menor de edad. En todo caso, dos son los sujetos obligados a practicar esta solicitud: el Ministerio Público y los servicios sociales (41).

El procedimiento de nombramiento está regulado por el artículo 407 del Código Civil. Se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, aunque

fondo», en *Notariato*, 2004, 320. AA.VV. (a cargo de PATTI), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005. MONTESERRAT-PAPPALETTERE, «L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone», en *NGCC*, 2005, 32.

(40) Textualmente dice el precepto que estos decretos «*devono essere comunicati entro dieci giorni all'Ufficiale dello stato civile per le annotazioni in margine all'atto di nascita del beneficiario*».

(41) Es admisible la solicitud presentada personalmente por el propio asistente social, responsable de los Servicios Sociales que tienen a su cargo al interesado (Trib. Roma, sez. I, 19-2-2005).

resultan también aplicables algunas normas del procedimiento contencioso de la interdicción (art. 720 CPC) (42). El Juez deberá escuchar personalmente al beneficiario, incluso desplazándose al lugar donde se encuentre, y tener en cuenta, en la valoración de las exigencias de protección de cada sujeto determinado, las necesidades y circunstancias que éste haya manifestado.

Respecto a las personas que pueden ser elegidas como administradores, el artículo 408 del Código Civil dispone que la elección debe realizarse atendiendo exclusivamente al cuidado y a los intereses del beneficiario. De hecho, corolario de esta prescripción es que el sujeto conserva la capacidad de obrar en todos aquellos actos para los que no se haya solicitado la representación exclusiva o la necesaria asistencia del administrador (art. 409 CC) (43).

En coherencia con el principio sustancial introducido en la reforma normativa de 2004, el artículo 410 del Código Civil prescribe que, en el desarrollo de sus funciones, el administrador debe tener en cuenta las necesidades y las aspiraciones del beneficiario. Los actos que el administrador realice con vulneración de las disposiciones legales o no respetando el encargo o los poderes que se le han conferido, vienen sancionados con la anulabilidad, que podrá hacerse valer dentro de los cinco años siguientes a la cesación del estado de subordinación a la administración, a instancia del autor de los mismos, del Ministerio Fiscal, del beneficiario o de sus herederos. Del mismo modo, podrán ser anulados, por ser contrarios a las disposiciones legales y a la resolución judicial, los actos puestos en práctica personalmente por el beneficiario, a instancia de los mismos sujetos, aunque con exclusión del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la revocación de la administración, el artículo 413 del Código Civil dispone que, en cualquier momento, el beneficiario, el administrador, el Ministerio Fiscal o alguno de los sujetos mencionados en el artículo 406 podrá considerar que concurren los presupuestos necesarios para la cesación de la administración o para la sustitución del sujeto destinado a llevar a cabo la misma, pudiendo presentar una instancia debidamente fundamentada al Juez, quién procederá también en este caso mediante resolución motivada.

(42) En concreto, el recurso debe indicar, además de otras generalidades del futuro beneficiario y de sus carencias habituales, las razones por las cuales se solicita el nombramiento junto a nombre y domicilio del cónyuge, los descendientes, ascendientes, hermano u otras personas que convivan con el beneficiario, cuando sean los solicitantes.

(43) BOLINILI, «Compiti dell'amministratore di sostegno», en BOLINILI-CHIZZINI, *op. cit.*, 2004. TOMMASEO, «L'amministrazione di sostegno, i profili processuali», en *SJ*, 1061. DOSSETTI, «Doveri dell'amministratore di sostegno», en DOSSETTI, MORETTI, MORETTI, *op. cit.*, 2004. ROPPO, DELLA CASA, *Ammistrazione di sostegno, gli atti compiuti in «violazione di legge»*, Milano, 2005. BALLESTRA, «Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno», en *Famila*, 2005, 659.

4.3. INTERDICCIÓN E INHABILITACIÓN

La persona mayor de edad y el menor emancipado afectados habitualmente por una enfermedad mental en grado tal que no le permita atender a sus propios intereses, pueden ser sometidos a interdicción, cuando así se estime pertinente para asegurar su protección (art. 414 CC).

Del mismo modo, el mayor de edad que padezca una enfermedad mental, pero sin alcanzar la gravedad suficiente como para someterlo a interdicción, podrá ser inhabilitado. También podrán ser sometidos a esta medida de protección aquellos que, por prodigalidad o por consumo habitual de alcohol o sustancias estupefacientes, se expongan o expongan a su propia familia a graves perjuicios económicos. La inhabilitación puede ser aplicada también a aquellos que están afectados, desde el nacimiento o desde la infancia, por patologías como la ceguera o la sordomudez, siempre que no hayan recibido una educación suficiente, y a menos que sus condiciones no justifiquen la aplicación de la interdicción (art. 415 CC) (44).

Constituye un elemento esencial en ambas instituciones la habitualidad de la enfermedad mental, ya que, en caso de transitoriedad de la enfermedad o si ésta se manifestase en ciertos periodos o a intervalos de tiempo, lo que procedería sería la *amministrazione di sostegno*.

Se ha precisado, por parte de la jurisprudencia, que la prodigalidad de un sujeto, apreciada en el último año de su minoría de edad, no constituye razón para su inhabilitación, siempre y cuando el menor, en concomitancia con el desarrollo de su proceso personal de madurez, demuestre durante un periodo de tiempo razonable que ha adquirido un autocontrol y un sentido de la responsabilidad tal que le permitan una administración adecuada de su propio patrimonio (45).

En conclusión, el haber introducido en el Ordenamiento Jurídico italiano el instituto más flexible y menos estigmatizante de la *amministrazione di sostegno*, ha degradado en cierto sentido los otros dos sistemas de protección a la categoría de instrumentos residuales, a los que sólo se recurre en los casos más graves, limitando ampliamente su ámbito de aplicación, sobre todo en el caso de la interdicción (46).

(44) CENDON, *Un altro Diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988. PESCARA, «Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici», en *Trattato Rescigno*, IV, Torino, 1997. BRUSCUGLIA, *L'interdizione per infermità mentale*, Milano, 1983. NAPOLI, *L'inabilitazione*, Milano, 1985. VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995.

(45) Trib. Min. Cagliari, 11-12-1986.

(46) Así lo subraya la jurisprudencia, Trib. Venezia, decreto n. 286, 13-10-2005; Trib. Módena, decreto 2-9-2005 o decreto 15-11-2004; Trib. Pinerolo, decreto 4-11-2004; Trib. Palmi, decreto 24-5-2004.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV. (a cargo de PATTI): *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005.
- BALDINI: «Il nascituro e la soggettività giuridica», en *DFP*, II, 2000.
- BALESTRA: *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, en *Famiglia*, 2005.
- BARCELLONA: voce «Famiglia», en *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967.
- BATÁ: «La tutela del concepito e il diritto a nascere sano», en *CorG*, f. 4, 1994.
- BAVIERA: *Diritto minorile*, Milano, 1976.
- BESSONE: «Rapporti ético-sociali», in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1976.
- BIAGI-GUERINI: *Famiglia e Costituzione*, Milano, 1989.
- BIANCA: «Dove va il diritto di famiglia?», en *Famiglia*, 2001; *Diritto Civile*, I, *La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 1993.
- BONILINI, CHIZZINI: *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2004.
- BRUSCUGLIA: *L'interdizione per infermità mentale*, Milano, 1983.
- CALO: *Amministrazione di sostegno*, L. 9 gennaio 2004, n. 6, Milano, 2004.
- CAMPAGNA: *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1966.
- CAMPESE: «L'istituzione dell'amministratore di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione», en *FD*, 2, 2004.
- CARBONE: «Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire», en *NGCC*, 2004, II.
- CARRARO: «Commento all'art. 250 CC», en AA.VV., *Commentario del diritto italiano di famiglia*, Padova, 1995.
- CICU: «Il diritto di famiglia», Roma, 1941, rist. con *Lettura* di SESTA, Bologna, 1978.
- CATTANEO: *Introduzione*, in *Il diritto di famiglia*, I, Trattato diretto da BOLINILI e CATTANEO, Torino, 1997.
- CENDON, *I bambini e i loro diritti*, Bologna, 1991; *Un altro Diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988.
- CIAMPA: «Sulla natura della maturità del minorenne nubendo e dei motivi per la sua ammissione anticipata al matrimonio», en *Minori e giustizia*, 1993.
- COSSU: *Il matrimonio del minore*, Milano, 1979.
- CRISALLI: «Sui criteri di autorizzazione per el matrimonio del minore», en *Dir. Fam.*, 1982.
- DELL'ANTONIO: *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Milano, 2001.
- DOGLIOTTI: «Sul concetto di Diritto minorile: Autonomia, favor minoris, principi costituzionali», en *DFP*, 1977; «Le persone fisiche», en *Tratt. Rescigno*, I, 2, Torino, 1982.
- DONATI: *La famiglia come relazione sociale*, Milano, 1989.
- DOSSETTI, MORETTI, MORETTI: *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2004.
- EEKELAAR: *The interest of the child and children's wishes: the role of dynamic self-determinism*, in *International journal of Law and the Family*, 1994.
- GAZZONI: *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006.

- GRASSETTI: «I principii costituzionali relativi al diritto familiare», in *Comm. Sist. Cost. It.*, diretto da Calamandrei e Levi, Firenze, 1950.
- JANNUZZI, LOREFICE: *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004.
- LANZILLO e ZANETTI: «Le sentenze della Corte costituzionale in materia di diritto di famiglia», in *Dir. Fam.*, 1976.
- LOTITO: «In tema di donazione ai nascituri», in *ND*, I, 1996.
- MALAVASI: «L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo», in *Notariato*, 2004.
- MANCINI: «Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione», in *Riv. Dir. Civ.*, 1963.
- MANERA: «Osservazione sul modo di computare l'età di una persona», in *GP*, 1999, II.
- MONTESERRAT-PAPPALETTERE: «L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone», in *NGCC*, 2005.
- MORO: *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2000; *Manuale di Diritto minorile*, Bologna, 2002.
- NAPOLI: *L'inabilitazione*, Milano, 1985.
- NICOLO: «La filiazione legittima nel quadro dell'art. 30 della Costituzione», in *Democrazia e diritto*, 1960.
- PALMIERI: «Capacità giuridica e responsabilità civile», *RCDP*, 1998.
- PAZE: *L'amministrazione di sostegno*, in www.altalex.it.
- PESCARA: «Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici», in *Trattato Rescigno*, IV, Torino, 1997.
- RESCIGNO: «Ascesa e declino della società pluralista. Le società intermedie», in *Persona e comunità, Saggi di diritto privato*, Bologna, 1996; «Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma», in *Riv. Dir. Civ.*, 1998; *Matrimonio e famiglia, cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000; «La tutela dei figli nati fuori dal matrimonio», 1965, in *Matrimonio e famiglia, cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000.
- ROPPO, DELLA CASA: *Ammistrazione di sostegno: gli atti compiuti in «violazione di legge»*, Milano, 2005.
- SAULLE: *Codice internazionale dei diritti del minore*, Napoli, 1992; *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di LENTI, Milano, 2002.
- SESTA, M.: *Diritto de famiglia*, CEDAM, Padova, 2005.
- STANZIONE: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975; «Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore», in *DFP*, I, 1999.
- TOMMASEO: «L'amministrazione di sostegno: i profili processuali», in *SJ*, 1061.
- UNGARI: *Il diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1970.
- VENCHIARUTTI: *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995.
- ZATTI: «La tutela della vita prenatale: i limiti del nuovo diritto», in *NGCC*, II, 2001.
- ZENO ZENCOVICH: «Il danno al nascituro», in *NGCC*, I, f. 5, 1994.

RESUMEN

MENOR DE EDAD. DERECHO DE FAMILIA

La realidad legislativa vivida en los últimos años en Italia nos obliga a reconocer que la disciplina del Derecho de Familia está llamada a renovarse y actualizarse constantemente, en paralelo con las mutaciones que igualmente está experimentando la sociedad de este país. El abandono de la visión institucional de la familia y el creciente reconocimiento de los derechos individuales constituyen el motivo que ha guiado las transformaciones del Derecho de Familia.

Algunas de estas transformaciones, qué duda cabe, afectan de pleno a los menores, a quienes podemos considerar como sujetos protagonistas de una parte específica del Derecho de Familia, tanto en su consideración de hijo, en instituciones como la filiación, la patria potestad o la adopción, como en su condición de sujeto merecedor de una protección adecuada a sus particulares circunstancias, a través de instituciones como la tutela, ya sea prestada en el seno de la familia o por instituciones públicas. Estas instituciones exigen, sin embargo, abordar, como punto de partida, una serie de cuestiones previas que, en la sistemática tradicional, se han encuadrado en la Parte General del Derecho Civil y que constituyen propiamente lo que hemos denominado Estatuto jurídico del menor. Nos referimos al concepto del menor, a la atención debida a su capacidad jurídica y de obrar, a la especial capacidad del menor emancipado y a la situación de incapacitación de aquél.

ABSTRACT

MINOR. FAMILY LAW

The legislative reality of recent years in Italy forces us to admit that the discipline of family law is destined to undergo constant renovations and updates in order to keep up with the mutations that the country's society is likewise experiencing. The institutional picture of the family has been abandoned, and there is growing recognition of individual rights. These reasons are steering the transformations of family law.

Some of these transformations, of course, affect minors in a big way. Minors may be regarded as the protagonists of a specific part of family law, in their capacity as children in institutions such as filiation, parental authority and adoption, and in their capacity as individuals who deserve to be protected in a way that is suited to their particular circumstances, through institutions such as guardianship, whether guardianship is provided through a family or through public institutions. These institutions, however, require us to face beforehand a series of questions that the traditional system used to classify as belonging to the general part of civil law. These questions actually constitute what we have termed «the legal status of the minor». We refer to the concept of the minor, the attention due to the minor's legal capacity and capacity to act, the special capacity of the emancipated minor and the situation of incapacitation of the minor.

(Trabajo recibido el 22-1-09 y aceptado para su publicación el 10-7-09)

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 29-5-2009

(*BOE* 6-7-2009)

Registro de la Propiedad de Mérida, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES. SENTENCIA EN REBELDÍA.

Si se ordena por sentencia judicial la cancelación de una inscripción de dominio y la posterior de hipoteca, pero en el procedimiento no ha intervenido el acreedor hipotecario, no cabe acceder a la cancelación de la hipoteca, por exigencias del principio de tracto sucesivo, pero no hay inconveniente en cancelar la de dominio. Si dicha sentencia se dictó en rebeldía, no es posible practicar inscripción definitiva hasta que haya transcurrido el mayor de los plazos previstos en el artículo 502 de la LEC para el ejercicio de la acción especial de rescisión.

Resolución de 6-6-2009

(*BOE* 20-7-2009)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 6

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA.

Constando en el Registro la declaración de concurso del titular registral, así como la especificación de que la finca se halla afecta a la actividad empresarial y es necesaria para su continuidad, no cabe acceder a la solicitud de expedición de certificación para procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca, dado que, conforme al artículo 56 de la LC, estas ejecuciones quedan paralizadas en tales casos.

Resolución de 8-6-2009

(BOE 20-7-2009)

Registro de la Propiedad de Gran Canaria, número 6

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULACIÓN. FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

Tratándose de un expediente de dominio para la inmatriculación de una finca, el Registrador no puede negarse a inscribir alegando dudas respecto a la identidad de la finca, ya que tales dudas debió expresarlas al expedir la preceptiva certificación que se aportó al procedimiento. Expresando el auto aprobatorio que «una vez firme, librese testimonio», y habiéndose expedido el referido testimonio meses después de la fecha del auto, no cabe desconocer que el mismo es firme.

Resolución de 15-6-2009

(BOE 25-7-2009)

Registro de la Propiedad de Burjassot

RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: ACREDITACIÓN.

De conformidad con el artículo 159 del RN, es necesario que el Notario exprese, de conformidad con las manifestaciones de los otorgantes, si el régimen económico de los adquirentes es el legal supletorio o el pactado en capitulaciones. Especialmente en un caso de cónyuges residentes en Valencia, donde en la actualidad el régimen legal supletorio no es el común de gananciales.

Resolución de 16-6-2009

(BOE 25-7-2009)

Registro de la Propiedad de Calviá, número 1

TITULARIDAD REGISTRAL. DERECHO EXTRANJERO.

Nuestro ordenamiento no permite la inscripción de una titularidad fiduciaria a nombre de un síndico de una quiebra tramitada ante un juzgado inglés, y verificada a través de una «cesión gratuita» a favor del citado síndico. Debe tenerse además en cuenta que la eventual efectividad de las resoluciones de juzgados extranjeros sobre esta materia en España está condicionada al que las mismas no vulneren normas de orden público español.

Resolución de 19-6-2009

(BOE 25-7-2009)

Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Farners

HIPOTECA CAMBIARIA. VALORES NEGOCIABLES.

La hipoteca constituida en garantía de veinte letras de cambio libradas como consecuencia de las relaciones económicas existentes entre las partes, y

no destinadas a la obtención de fondos reembolsables por el público, no puede entenderse incluida en el ámbito de la prohibición que recoge la Disposición Adicional 3.^a de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Resolución de 23-6-2009
(BOE 25-7-2009)

Registro de la Propiedad de Avilés, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. MENCIONES. CONSTATACIÓN REGISTRAL DEL PRECIO O CONTRAPRESTACIÓN.

Se trata de un caso en el que a la hora de especificar la forma de pago del precio de una transmisión, parte del mismo se supedita en su forma y plazos a las vicisitudes de un derecho de opción que no se halla inscrito. Señala el Centro Directivo que no cabe alegar falta de tracto sucesivo porque el mismo sólo es exigible respecto al derecho que es objeto de transmisión. Tampoco cabe entender que se trata de una mención de derechos, en los términos del artículo 29 de la LH, puesto que sólo es una aclaración más sobre el precio de la transmisión que viene impuesta por exigencias de lo establecido en el artículo 10 de la LH.

Resolución de 24-6-2009
(BOE 25-7-2009)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 2

PERMUTA POR OBRA FUTURA. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.

No es posible anotar un embargo trabado sobre el derecho que corresponde a una persona que cedió el solar a cambio de una parte de la edificación resultante que había de realizar el cesionario, en tanto dicha contraprestación no se configuró con carácter jurídico real. Aunque ya se haya inscrito la obra nueva y la división horizontal, en tanto no se materialice la entrega, no habrá titularidad inscrita susceptible de anotación.

Resolución de 25-6-2009
(BOE 25-7-2009)

Registro de la Propiedad de Tortosa, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Hallándose cancelada una anotación de embargo, no cabe practicar la cancelación de las cargas posteriores a la misma, dado que las mismas quedan antepuestas como consecuencia de dicha cancelación. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguarda de los tribunales y no cabe discutir la procedencia de los mismos a través del recurso gubernativo.

Resolución de 26-6-2009

(BOE 25-7-2009)

Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA.

No es posible practicar la anotación de una demanda que tiene por objeto la devolución de una cantidad de dinero y la resolución de un contrato no inscrito, dado que la misma carece de trascendencia para provocar la modificación de la titularidad registral.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 17-6-2009

(BOE 25-7-2009)

Registro Mercantil de San Sebastián de la Gomera

DENOMINACIÓN SOCIAL. CERTIFICACIÓN DE DENOMINACIÓN.

La certificación ha de estar expedida a nombre de un fundador o promotor. No es admisible la alegación del otorgante de la escritura de que la solicitó a su nombre para facilitar los trámites a su esposa que era la verdadera fundadora.

Resolución de 18-6-2009

(BOE 25-7-2009)

Registro Mercantil de Málaga, número II

SOCIEDADES PROFESIONALES. ADMINISTRADORES DE FINCAS.

La actividad propia de los administradores de fincas no puede considerarse como actividad profesional a los efectos de la Ley 2/2007, toda vez que para el ejercicio de aquélla no se requiere necesariamente titulación universitaria oficial. Esta apreciación no resulta contradicha por la circunstancia de que en la actualidad, por medio de ciertos convenios suscritos con universidades, se pueda acceder a la profesión mediante la expedición por parte de éstas de determinados títulos que no han obtenido la calificación de «oficiales» y, en consecuencia, no figuran inscritos en el Registro administrativo creado al efecto.

Resolución de 19-6-2009

(BOE 25-7-2009)

Registro Mercantil de Pontevedra, número I

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

El artículo 131.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades impone un cierre registral prácticamente total del que sólo se excluye la certificación de alta en dicho índice, excepción que el artículo 96 del RRM hace extensiva a los asientos ordenados por la autoridad judicial.

Resolución de 26-6-2009

(BOE 1-8-2009)

Registro Mercantil de Madrid, número X

CUENTAS ANUALES. AUDITOR A SOLICITUD DE MINORITARIOS.

No puede efectuarse el depósito de las cuentas si no se presenta el correspondiente informe del auditor designado por el registrador a solicitud de socios minoritarios.

La Resolución de la Dirección General, no aceptando la oposición de la sociedad al nombramiento de auditor, es definitiva en vía administrativa y no está suspendida por la interposición de una reclamación previa a la vía judicial.

Una vez inscrito el nombramiento de auditor, el asiento está bajo la salvaguarda de los Tribunales y produce sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

*INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS
AL HONOR Y A LA INTIMIDAD DE UN CONOCIDO TORERO
POR LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA SOBRE SU VIDA
SENTIMENTAL Y LA MUERTE DE SU MADRE (1)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

El pleito del que trae causa el presente recurso versó sobre la posible existencia de una *intromisión ilegítima en el honor, intimidad personal y familiar y propia imagen* de un conocido matador de toros, a resultas del seguimiento informativo de la vida privada del diestro en relación con aspectos relacionados con su vida sentimental y con las circunstancias que rodearon al fallecimiento de su madre (2).

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 2150/2006. Ponente: SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. Número de sentencia: 124/2009. Número de recurso: 2150/2006. Diario La Ley, número 7169, Sección Jurisprudencia, 7 de mayo de 2009, Año XXX, Editorial LA LEY. LA LEY 14600/2009.

(2) Hechos probados:

1. Que es un hecho público y notorio (e incluso admitido por el propio demandante), que es matador de toros, descendiente de toreros conocidos y famosos, con progenitores populares, y por tanto, con indudable proyección pública, tanto por su profesión y origen familiar, como también por su matrimonio con XXX, a la sazón hija de... Su notoriedad le ha hecho ser objeto de seguimiento e información por los medios de comunicación desde su nacimiento.

2. Que YYY ha autorizado determinadas informaciones relativas al ámbito más íntimo de su vida privada (boda con la señora XXX), habiéndose probado igualmente que tanto él como familiares cercanos han hablado en distintos medios de comunicación sobre los motivos de su separación y acerca de sus relaciones sentimentales, sin que para ello fuera óbice que éstas fueran más o menos estables —destacándose por la Audiencia

II. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR. DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La intimidad personal (y familiar) «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares». De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida.

No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo, a este fin, de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada» —sentencia de 6 de noviembre de 2003, traída a colación por la más reciente de 13 de noviembre de 2008, con cita de la de 22 de abril de 2002 y también de las sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre y 115/2000, de 10 de mayo.

En esta misma línea, la reciente sentencia de 26 de septiembre de 2008, también citada por la de 13 de noviembre de este mismo año, recuerda que el derecho a la intimidad «implica la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado», y que «aunque la intimidad se reduce cuando hay un ámbito abierto al conocimiento de los demás, el derecho constitucional no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado, porque a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, relevantes de su vida privada o personal, los cuales no cabe desvelar de forma innecesaria». Entre las conductas que, según la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, tienen la consideración de intromisiones ilegítimas en la intimidad

el amplio seguimiento informativo dispensado a su relación con ZZZ, así como la presentación oficial hecha por el propio actor de su nueva relación con AAA—.

3. Que el torero presta su imagen para fines publicitarios, obteniendo a cambio grandes beneficios económicos.

4. Que en varios números de las revistas... se recogen determinadas noticias referidas a distintas vicisitudes de la vida sentimental del actor donde se hacía referencia a su separación y posible divorcio de XXX, a las nuevas relaciones sentimentales del diestro y a presuntas infidelidades, y se vertían meras especulaciones acerca de los motivos de aquella ruptura.

5. Que, si bien tanto el número 389 de la revista «Qué me dices» como el 2.764 de la revista «Diez Minutos» publicaron información acerca de las causas de la muerte de la madre del demandante, relacionando la misma con una «sobredosis de cocaína, barbitúricos y tranquilizantes», consta también como probado que lo hicieron después de que la mayoría de los medios de comunicación audiovisuales y escritos hicieran un exhaustivo seguimiento de la noticia del fallecimiento de la madre.

de las personas, destaca (art. 7.3) «la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia».

III. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD

La protección civil de la intimidad viene delimitada tanto por las leyes como por los usos sociales, atendiendo al ámbito que cada persona con su comportamiento (propios actos) mantiene reservado para sí misma o su familia, y aún teniendo la consideración de derechos fundamentales, en ningún caso se trata de derechos absolutos, siendo por ello que incluso en el caso de que la intromisión no encuentre en la norma una causa justificadora ni haya sido consentida (art. 2.2 de la LO 1/82, de 5 de mayo), su calificación como ilegítima no es automática, sino que requiere, en caso de colisión o conflicto con otros derechos fundamentales, principalmente las libertades de expresión e información que el órgano judicial lleve a cabo una adecuada ponderación de los derechos en litigio (sentencias de 29 de junio de 2005, 1 de octubre y 13 de noviembre de 2008).

La delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso sin que sea posible establecer apriorísticamente límites o fronteras entre uno y otro; pero teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE ostenta tanto el derecho a la libertad de información como el derecho a la libertad de expresión.

La preeminencia de la libertad de información, y su valoración como causa de justificación que permita que una aparente intromisión pueda ampararse en la existencia de un bien o derecho fundamental merecedor de mayor protección, pasa necesariamente por el cumplimiento de tres requisitos:

- que la información divulgada sea veraz —en el sentido de comprobada y contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa (STC 6/1988 y 3/1997)—;
- que afecte a un interés general o relevancia pública, ya sea por razón de la materia a que se refiere como por razón de las personas que intervienen en el acontecimiento, «como presupuesto de la misma idea y como indicio de correspondencia de la información con un interés general en el conocimiento de los hechos sobre los que versa —SSTC 107/1988, 171/1990, 197/1991, 214/1991, 20/1992, 40/1992, 85/1992, 41/1994, 138/1996 y 2/1997—», en la medida que es doctrina consolidada que las libertades de información y de expresión, «adquieren especial relevancia constitucional cuando se ejercitan en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen y contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora» —por todas, sentencia de 16 de octubre de 2008—;
- y que la información se vierta prescindiendo de expresiones injuriosas o difamantes, inequívocamente ofensivas e innecesarias para el fin de comunicar, debiéndose valorar por el juzgador a la hora de apreciar el carácter ofensivo (sentencia de 20 de noviembre de 2008) el contexto en que se producen las expresiones, es decir, el medio en el que se vierten y las circunstancias que las rodean —valorando, por ejemplo, si el ofen-

dido decidió participar voluntariamente o inició la polémica—, la proyección pública de la persona a que se dirigen las expresiones —dado que en las personas o actividades de proyección pública la protección del honor disminuye—, y la gravedad de las expresiones, objetivamente consideradas, que no han de llegar al tipo penal, pero tampoco ser meramente intrascendentes.

El juicio de ponderación a favor de la libertad de información en atención a las premisas asentadas por la jurisprudencia constitucional y del Supremo, es correcto, ya que el artículo 2.2 de la Ley 1/82, de 5 de mayo, obliga a tomar en consideración los propios actos del supuesto ofendido desde el momento que su comportamiento delimita el concreto ámbito de protección que merecen sus derechos de la personalidad, tanto en su vertiente personal (por la revelación de datos sobre la ruptura de su matrimonio, nuevas relaciones sentimentales) como familiar (por la información acerca de las posibles causas de la muerte de su madre).

En definitiva, sus actos deben valorarse a la hora de fijar las fronteras entre aquello que el torero desea mantener en secreto y aquello que considera accesible para la opinión pública, con la consecuencia de que no cabe apreciar intromisión ilegítima por estar la actuación amparada por la libertad de información, cuando la información se refiera a «hechos dados a conocer y respecto a los cuales el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado» (SSTC 197/1991, F. 3, y 134/1999, F. 8, ambas citadas por la STC 115/2000, de 5 de mayo, F. 10).

Resulta irrelevante desde la perspectiva constitucional que los datos pertenecientes a la esfera de intimidad divulgados sean o no gravemente atentatorios o socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desvela, aunque desde la perspectiva de la legalidad puedan servir para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo).

Lo relevante en este caso para descartar la ilegitimidad de la intromisión en la intimidad del recurrente es que su madre era una persona famosa, habitual de los medios de comunicación de la llamada «prensa rosa», y que voluntariamente había limitado extremadamente su esfera de privacidad, siendo por ello que su muerte súbita e inesperada, constituía un hecho noticioso ubicable, por su objeto y valor, en el ámbito de lo público, es decir, más allá del mero cotilleo o de la satisfacción de la curiosidad ajena, lo cual justifica la priorización de la libertad de información por encima de la preservación de ese reducto de intimidad que corresponde al hijo para que no se revelen esos detalles.

IV. ¿EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO AL HONOR E INTIMIDAD?

A) INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA Y DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

No cabe apreciar la existencia de intromisión ilegítima en cuanto a la pretendida vulneración del honor e intimidad personal y familiar del actor por la información divulgada sobre su separación, posibles causas de la misma, y nuevas relaciones sentimentales, ya que es doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que es «el interés público y la

relevancia comunitaria (no la mera curiosidad ajena) lo único que puede justificar que se asuman perturbaciones ocasionadas por la difusión de determinadas noticias», y también que «la coyuntura temporal y las pautas de comportamiento personal pueden afectar limitando o anulando la protección de los derechos fundamentales del artículo 18.1 de nuestra Constitución».

Debido a su condición de persona de reconocida notoriedad pública por su profesión y por su matrimonio con persona pública como que los hechos objeto de seguimiento informativo (en síntesis, separación matrimonial con XXX, y nuevas relaciones sentimentales del torero), aunque concernientes en general a la vida privada de las personas, no cabe considerarlos en este caso como aspectos íntimos o reservados, al haber sido excluidos de esta condición por propia voluntad del actor —doctrina de los actos propios— «que ha adoptado pautas de comportamiento relativas a su vida personal y sentimental que permiten entender que las despojó del carácter privado o doméstico entrando a formar parte de su imagen pública».

B) INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA Y DOCTRINA DEL REPORTAJE NEUTRAL

En lo que respecta a la vulneración del derecho al honor e intimidad del actor como consecuencia de la información publicada en torno al fallecimiento de su madre, apunta la sentencia objeto del actual recurso que también debe excluirse la existencia de intromisión ilegítima en dichos derechos, habida cuenta que los medios editados por la demandada actuaron respaldados por la doctrina del «reportaje neutral», toda vez que la adicción a pastillas y somníferos fue admitida por la propia afectada en varios programas de televisión, siendo por ello que fueran la mayoría de los medios que cubrieron la noticia de su fallecimiento —no las revistas contra las que se dirige la demanda— los que especularon sobre que fuera esta adicción la causa de la muerte.

C) INTROMISIÓN ILEGÍTIMA Y REVELACIÓN INCONSENTIDA DE DATOS

Frente a lo anterior, el recurrente construye su tesis impugnatoria partidaria de ligar la intromisión ilegítima en aquellos derechos tanto en la revelación inconsentida de datos atinentes a su ruptura matrimonial y a sus nuevas relaciones sentimentales, como a la publicación de los referidos a las circunstancias que rodearon la muerte de su madre.

Alega que su condición de persona de reconocida notoriedad pública, y el hecho de haber hablado públicamente en alguna ocasión de aspectos personales, no le privan de modo absoluto de la protección que la Constitución y la Ley Orgánica 1/82 dispensan a los derechos de la personalidad frente a agresiones como las que denuncia, que exceden del ámbito de protección que corresponde a la libertad de información; y que haber dado la sentencia por cierta la información que vinculaba la muerte de su madre al consumo de drogas, inventando al tiempo detalles escabrosos sobre su cuerpo o su rostro, cuya revelación, por afectar a aspectos de la vida íntima, familiar y privada, no estaría justificada por la libertad de información, en la medida que este derecho es por completo ajeno a la idea de alentar el morbo o la curiosidad ajena, ocasionando aquellos hechos dolor a los familiares y un claro descrédito para la memoria de la fallecida.

RESUMEN

DERECHO A LA INTIMIDAD.
INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

El seguimiento informativo de la vida privada de un conocido torero, con revelación de datos sobre su reciente separación, nuevas relaciones sentimentales y las circunstancias que rodearon a la muerte de su madre, también persona de reconocida notoriedad pública, no cabe hablar de intromisión ilegítima en su intimidad, ya que con su comportamiento decidió despojar del carácter privado lo atinente a su vida sentimental, si no de modo absoluto, sí al menos en lo referente a su separación matrimonial y nueva relación sentimental, que es el contexto en donde tienen encaje esencialmente las informaciones controvertidas. Tampoco cabe hablar de ilegitimidad de la intromisión en la intimidad del demandante en relación con las informaciones sobre su madre, puesto que era una persona famosa, habitual de los medios de comunicación de la llamada «prensa rosa», y que voluntariamente había limitado extremadamente su esfera de privacidad.

ABSTRACT

RIGHT TO PRIVACY.
ILLEGAL INVASION OF PRIVACY

News coverage of the private life of a well-known bullfighter, revealing particulars about his recent separation, new romance and the circumstances surrounding the death of his mother, also a person of acknowledged public renown, cannot be regarded as an illegal invasion of privacy. With his behaviour, he wilfully negated the privacy of his love-life, if not completely, at least with regard to his separation and new romantic relationship, which is the essential context of the controversial stories. Nor may the reports on his mother be regarded as an illegal invasion of the plaintiff's privacy, because she was a famous person in her own right, a regular in what are called «celebrity gossip» magazines, and she had voluntarily reduced her own sphere of privacy greatly.

1.2. Familia

LEGITIMACIÓN DE LA MADRE PARA RECLAMAR, EN EL MARCO DEL PROCESO DE DIVORCIO, ALIMENTOS EN FAVOR DE LA HIJA MAYOR DE EDAD DECLARADA INCAPAZ Y CUYO TUTOR ES SU HERMANO (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

Tras la disolución por causa de divorcio del matrimonio contraído por don Pedro Francisco y doña Antonieta en Torremolinos (Málaga) el día 23 de

(1) Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, sentencia de 11 de septiembre de 2008, recurso 971/2007. Ponente: ALCALÁ NAVARRO, Antonio. Número de sentencia: 472/

octubre de 1977, se acuerda que en concepto de pensión alimenticia, don Pedro Francisco abone la cantidad de doscientos euros mensuales por meses anticipados, en doce mensualidades al año, cantidad que será actualizada con efectos de 1.º de enero de cada año... Contra la que se interpuso recurso de apelación el demandante.

El objeto del debate se centra en que uno de los hijos, la menor de los dos, nacida el 16 de mayo de 1980, ha sido declarada judicialmente incapaz y nombrado tutor su hermano mayor, por lo que el apelante entiende que la madre carece ya de legitimación para reclamar los alimentos para ella, al no ostentar *ni representación legal ni apoderamiento al respecto*.

II. ¿DERECHO DE ALIMENTOS U OBLIGACIÓN DERIVADA DE UN TRÁMITE DE DIVORCIO?

La parte apelante entiende que el objeto de debate no es el derecho de alimentos de un pariente, en este caso una hija mayor de edad frente a sus padres, conforme al artículo 143.2.º del Código Civil, pues si así lo fuera tendría que haberla dirigido en su nombre su tutor, dada su incapacidad declarada, contra ambos progenitores con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 145 del mismo texto legal citado, y el trámite debería haber sido el del juicio verbal, como establece el artículo 250.1.8.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, la sustanciación de este procedimiento es el trámite de divorcio, que es un procedimiento especial, y la medida de alimentos de los hijos está comprendida entre las definitivas a que se refiere el artículo 774.4 LEC, viniendo ya adoptada en un anterior procedimiento de separación, sentencia de 9 de julio de 1992, por lo que lo único que aquí se puede debatir es si sigue existiendo la obligación respecto a la hija incapaz o debe dejarse sin efecto, como ocurrió con el resto de las medidas.

Pero el hecho de que haya sido declarada incapaz no extingue la obligación de los padres, ni mucho menos se le atribuye al tutor, todo lo contrario, la acentúa, pues su grave e incurable invalidez psíquica hace persistente en el tiempo la obligación, y de hecho el mejor sitio donde puede estar la hija es al cuidado de su madre en el domicilio familiar, y persiste la obligación del padre respecto a su hija conforme al artículo 92.1 del Código Civil, alcanzando a los mayores en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 del mismo Código, mientras permanezca en el domicilio familiar y carezca de ingresos propios.

RESUMEN

DERECHO DE ALIMENTOS DE INCAPAZ

El hecho de que la hija mayor de edad haya sido declarada incapaz, no extingue la obligación de alimentos de

ABSTRACT

MAINTENANCE RIGHT FOR AN INCAPABLE PERSON

A daughter who is of legal age has been declared incapable. This fact does not terminate her parents' obligation to

2008. Número de Recurso: 971/2007. Diario La Ley, número 7179, Sección «La sentencia del día», 21 de mayo de 2009, año XXX, Editorial LA LEY. LA LEY 240881/2008.

los padres, ni siquiera en el supuesto de que estos estén divorciados, sino que se acentúa, pues su grave e incurable invalidez psíquica hace persistente en el tiempo la obligación. De hecho el mejor sitio donde puede estar la hija es al cuidado de su madre, continuando la obligación del padre respecto a su hija conforme al artículo 92.1 y 93 del Código Civil, mientras permanezca en el domicilio familiar y carezca de ingresos propios, aunque los padres estén divorciados.

maintain her, not even when her parents are divorced. Instead, it accentuates the obligation, for, because of the daughter's serious, incurable mental disability, the obligation persists over time. In fact, the best place for the daughter to be is in her mother's care. Her father's obligation with respect to her continues pursuant to articles 92.1 and 93 of the Civil Code, as long as she remains in the family home and has no income of her own, even if her parents are divorced.

1.3. Derechos reales

DOS CUESTIONES SOBRE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SU NATURALEZA DECLARATIVA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La anotación preventiva de embargo es una anotación preventiva en función de garantía, recogida expresamente en el artículo 42.2 LH, que pretende asegurar el cumplimiento de una obligación preexistente, mediante la afección de un bien inmueble determinado —embargo— al cumplimiento de una deuda; es decir, aumenta la garantía que ofrece el artículo 1.911 del Código Civil, y dota al derecho de crédito de cierto privilegio. La anotación de embargo es el asiento registral que recoge dicho embargo para darle publicidad, hacerlo oponible *erga omnes*, de forma que, como cualquier anotación preventiva, impida la alegación de la fe pública registral por parte de un tercer adquirente, que compre la finca embargada y alegue desconocimiento de dicho embargo, a la vez que convierte al crédito en privilegiado, tal y como establece el artículo 1.923 del Código Civil.

Al tratarse de una anotación preventiva, goza de todos los caracteres especiales de dicho asiento; es decir, se caracteriza por su temporalidad —tiene una duración limitada en el tiempo, caducidad de cuatro años según el artículo 86 LH—, por lo tanto no es un asiento definitivo sino provisional; y, además, se caracteriza por su eficacia negativa que impide que un tercer adquirente alegue la protección de la fe pública. Es decir, enerva o limita la fe pública registral. Por otra parte, tiene por objeto el embargo, que podemos definir como una actividad jurisdiccional, cuya función principal es afectar determinados bienes a

un proceso. Es decir, no se trata de un derecho real, sino, al igual que el resto de anotaciones preventivas, de una situación jurídica no inscribible.

Como dice MONTERO AROCA (1), el embargo es «aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes».

Es decir, el embargo trata de asegurar el cumplimiento de una obligación mediante la afección o sujeción de unos bienes determinados del deudor ejecutado, a ese proceso de ejecución, sin que esa afección pueda considerarse como un derecho real sobre el bien trabado, en ningún caso, pues el embargo no transforma en real, la mera obligación personal que se trata de asegurar.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha sostenido más de una vez que el embargo no transforma en real el derecho personal, ni altera su naturaleza. Baste como ejemplo, la STS de 21 de febrero de 1975 que afirma que «el embargo como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería en su caso el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía ese carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga —aquí se está refiriendo a la anotación— sea preferido, en cuanto a los bienes anotados solamente, contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación». En el mismo sentido, se manifiestan también las STS de 4 de mayo de 1994, que afirma que «el mandato judicial de embargo ni crea ni declara ningún derecho, ni altera la naturaleza del crédito, función propia de la sentencia firme», y la STS de 24 de febrero de 1995, que recoge la doctrina de la STS de 23 de abril de 1992, sostiene que: «Para resolver la cuestión suscitada conviene hacer las siguientes precisiones: a) el embargo de un bien como medida cautelar que asegura que la sentencia que en su día recaiga se ejecutará sobre los bienes embargados con la misma eficacia que si hubiere recaído sentencia el mismo día del embargo; b) el embargo, como tal medida de aseguramiento, no altera en absoluto la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practicó; c) en consecuencia, no produce preferencia alguna sobre derechos nacidos con anterioridad sobre las cosas embargadas; d) produce absoluta prioridad de la obligación asegurada sobre todos los derechos reales que se constituyan sobre la cosa embargada con posterioridad de embargo». También puede señalarse la STS de 19 de abril de 2000, que confirma esta idea.

En el mismo sentido, encontramos las RRDGRN de 20 de marzo de 1968, 12 de septiembre de 1983, 6 de septiembre de 1988, 12 de junio de 1989, 15 de diciembre de 1994 y, por ejemplo, la SAP de Asturias, de 11 de noviembre de 2003 que dice: «Aunque matizada por algunos, domina en la doctrina el criterio de que el embargo no altera la naturaleza del crédito que sigue siendo un derecho personal, así como que la preferencia creditual y rango registral son conceptos distintos...».

(1) MONTERO AROCA, citado por TALMA CHARLES, J., *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, CER, Madrid, 2001, pág. 43.

Aunque, sin embargo, las RRDGRN de 7 y 8 de noviembre de 1996, a pesar de insistir en que el embargo no crea ni transforma derechos, admiten su eficacia real: «La traba del embargo es una medida cautelar, susceptible de adopción en el procedimiento ejecutivo que, aunque no altera la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practica, tiene eficacia real en cuanto que vincula *erga omnes* el bien trabado al procedimiento en el que se decreta (cfr. Resolución de 3 de junio de 1996 [RJ 1996/4910]) y, una vez anotado, atribuye al crédito que lo motiva, respecto de los bienes embargados, preferencia frente a créditos posteriores a la anotación (art. 1.923, apartado 4.º del CC), siendo la fecha de aquella traba determinante a efectos de tercerías (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995 [RJ 1995/1642]), precisándose la necesaria anotación para que no quede inutilizado ante la eventual aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral (cfr. arts. 69 y 71 de la Ley Hipotecaria [RCL 1946/342, 886 y NDL 18732])».

Creo que con las palabras recogidas en estas resoluciones queda suficientemente claro el concepto y eficacia de un embargo, y lo que supone su anotación, que, como veremos a continuación, implica una preferencia creditual, y hace oponible ese embargo, pero nada más.

II. LA EFICACIA DE LA ANOTACIÓN RESPECTO AL EMBARGO

Se ha planteado por la doctrina una discusión acerca de la eficacia que tiene la anotación preventiva respecto al embargo que recoge. En líneas generales, esta polémica se ha centrado en averiguar si la anotación preventiva es requisito para la constitución, existencia y por tanto validez del embargo; o si, por el contrario, el embargo existe o puede existir con independencia de la misma. Es decir: ¿la anotación preventiva es constitutiva para el embargo?

Dos son las posturas de la doctrina ante esta cuestión: Una primera tesis defiende que la anotación preventiva es constitutiva del embargo (2); esto quiere decir que si no hay anotación, si no se llega a anotar ese embargo previamente trabado por el juez, el embargo no existe, ni siquiera entre las partes, pues ese es el significado, a nuestro juicio, del carácter constitutivo.

Sin embargo, entendemos que esta postura no se puede mantener, y que la anotación preventiva tiene un carácter meramente declarativo respecto del embargo. Es decir, el embargo existe con independencia de la anotación, no es requisito *sine qua non* para la existencia y validez del embargo. Creemos que es así por las siguientes razones:

- a) La regla general en nuestro Derecho es la de la inscripción declarativa, solo excepcionalmente, la toma de razón en el registro es constitutiva, y en ese caso la Ley lo dice expresamente; cosa que no ocurre con la anotación.
- b) Cuando el artículo 43 LH afirma que la anotación preventiva de embargo será obligatoria en los casos de juicio ejecutivo, primero, afirma que es obligatoria, y no constitutiva, cosas distintas; además siempre hay que ponerlo en relación con el principio de rogación, y hoy, con la dicción del artículo 587 LEC, no queda ninguna duda, pues éste

(2) Entre los partidarios de esta primera tesis encontramos a GÓMEZ DE LIAÑO, VIDAL FRANCÉS, LORCA GARCÍA, VILLARÉS PICO, GULLÓN y PRIETO-CASTRO.

aboga claramente por la constitución del embargo con independencia de la anotación: «El embargo se entenderá hecho desde que se decreta por resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba».

- c) Como bien afirma LACRUZ BERDEJO (3), si la anotación fuera un requisito para la existencia del embargo, no podrían embargarse bienes inmuebles no inmatriculados, en los que es imposible tal anotación, y esto no es así.
- d) Del mismo modo, la propia existencia y funcionamiento de las tercerías de dominio ponen de manifiesto la posibilidad de embargos no anotados que quedan sin efecto, precisamente, como consecuencia de dichas tercerías. Por lo tanto, aún no estando anotados los embargos, tienen eficacia, ya que el embargo es el que determina la fecha a partir de la cual procede interponer la tercería de dominio, y por eso es necesario que el propietario no deudor la interponga para paralizarlo.

Gran parte de la doctrina más actual (4) es partidaria de esta segunda tesis, abogando por el carácter declarativo de la anotación preventiva respecto al embargo. Asimismo, la jurisprudencia lo ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones, y se puede decir, sin temor a equivocarnos, que hoy en día está comúnmente admitida esta tesis. Es significativa, por ejemplo, la STS de 4 de abril de 1980, que resume muy bien esta postura: «la validez del embargo de los inmuebles objeto de la tercería de dominio, no obstante no haber sido anotada preventivamente la traba en el Registro de la Propiedad, es constante la doctrina de la STS de 14 de octubre de 1965 en el sentido de que, decretado legalmente un embargo por la autoridad judicial, la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad no puede condicionar su existencia, ni «tener con respecto a él un valor constitutivo que sería incompatible con su naturaleza y el alcance que en nuestro derecho debe darse a las inscripciones y, sobre todo, a las anotaciones registrales como se comprueba con el precepto general contenido en el artículo 42 LH, que al decir podrán anotar está claramente reflejando un sentido potestativo y no imperativo»». En el mismo sentido, afirmando que la anotación preventiva no crea ni constituye ningún derecho real, ni el propio embargo, y no es necesaria la anotación para su existencia, encontramos la STS de 24 de febrero de 1995: «La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que la anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria, pese a los términos literales de los artículos 1.453 LECiv y 43.2 LH, lo que permitiría pasar a la realización forzosa de la finca o derecho aún sin aquel asiento; debiendo tener en cuenta el juzgador, en cada caso concreto, más que el aspecto doctrinal de si la anotación ha de entenderse como acto constitutivo o meramente complementario, las circunstancias de las personas interesadas, no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad formal del embargo, ni el deudor, ni quienes con él contrataran, cooperando a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del em-

(3) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 230.

(4) A favor del carácter declarativo de la anotación de embargo, se encuentran: DÍEZ-PICAZO, LACRUZ BERDEJO, DE LA RICA, CAMY, RIFÀ SOLER, ROCA SASTRE, CHICO Y ORTIZ y RIVAS.

bargante, y todo ello sin perjuicio de proteger, en otro caso, al adquirente de buena fe que apoyó su adquisición en la ausencia de cargas registrales, actuándose en este supuesto a través del instituto del tercero hipotecario». Igualmente, la STS de 16 de junio de 1998 afirma que: «El acceso al registro del embargo de inmuebles lo impone obligatoriamente la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.453), pero no tiene naturaleza constitutiva, esto es, nace de la decisión judicial válidamente tomada y no de su acceso al registro; baste pensar que en nuestro derecho la inscripción no es obligatoria».

En términos muy parecidos a estas sentencias, se manifiestan también las SSTs de 26 de julio de 1994, 16 de junio de 1998, 19 de abril de 2000. Baste, también como ejemplo de jurisprudencia menor, la SAP de Granada, de 13 de diciembre de 2000 que señala: «Muy discutida ha sido esta cuestión en la doctrina y, aún hoy, se mantiene por algunos autores el carácter constitutivo de la anotación preventiva de embargo. Sin embargo en la actualidad, como han puesto de relieve las sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1967, 19 de abril de 1971, 4 de abril de 1980 y 24 de noviembre de 1986, así como la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 12 de junio de 1989, la anotación de embargo no tiene dicho carácter constitutivo, de modo que la expresión utilizada en los artículos precedentes, no tiene sentido si no se conjuga con el principio de rogación (art. 6 de la Ley Hipotecaria) a lo que se debe añadir que, de mantenerse aquella tesis constitutiva, resultarían inembargables los bienes no inmatriculados, no podría iniciarse la vía de apremio sin la anotación, o, finalmente, la cancelación por caducidad de la anotación llevaría inexorablemente a la extinción del embargo. Si la anotación no tiene carácter constitutivo, el embargo existe desde que se practica, por lo que no habrá obstáculo alguno para iniciar la vía de apremio, ni para continuarla sin la aportación de la certificación de cargas de la finca cuya identificación registral se ignora...». Y la SAP de Barcelona, de 10 de febrero de 1999: «...es indudable que la existencia y subsistencia del embargo no está supeditada a su anotación en el Registro de la Propiedad, ello sin perjuicio de que la falta de constatación tabular, además de privar a la traba de los efectos de la publicidad registral a terceros, impida el nacimiento de un derecho de garantía similar al de hipoteca respecto a los actos dispositivos o de gravamen posteriores a su fecha. La falta, pues, de anotación ni priva de efectos al embargo ni impide la prosecución de la vía de apremio contra el inmueble embargado hasta la venta en pública subasta o la adjudicación al acreedor, y buena prueba de ello es que al no regir en nuestro ordenamiento el principio de inscripción constitutiva, es decir, al no ser la inscripción registral requisito indispensable para la constitución o transmisión de los derechos reales inmobiliarios, existen infinidad de fincas que no han tenido acceso al Registro y que, sin duda alguna, pueden ser objeto de embargo y posterior venta en pago del crédito garantizado con embargo, pese a que, por falta de previa inscripción, no puede anotarse la traba practicada. Por otra parte, el artículo 143.2 del Reglamento Hipotecario da por supuesta la posibilidad del procedimiento de apremio sin la anotación del embargo», es decir, una vez más, la jurisprudencia manifiesta que la anotación no es requisito de existencia ni eficacia del embargo.

Igualmente, la Dirección General de los Registros y del Notariado insisten en el carácter declarativo de la anotación de embargo, baste ver la RDGRN de 6 de septiembre de 1988 que dice lo siguiente: «Ha de reconocerse que en ningún precepto se establece el carácter constitutivo de la anotación preven-

tiva. Habrá de estimarse, pues, que, respecto de este acto modificativo de los derechos reales inmobiliarios rigen las normas generales de nuestro sistema, según las cuales la inscripción, como regla general, no tiene carácter constitutivo ni siquiera en el supuesto de que se trate de derechos reales que no llevan aneja la facultad de posesión inmediata...».

A la vista de esta jurisprudencia, podemos concluir que la anotación preventiva, no sólo no altera la naturaleza del crédito, sino que tampoco es requisito de la existencia, subsistencia o validez del embargo, que puede existir y producir sus efectos propios con independencia de la anotación en el Registro; pues éste surge directamente desde que el juez ordena la traba. La anotación preventiva de embargo no tiene, entonces, efectos constitutivos.

Pero, entonces, ¿qué eficacia tiene respecto al embargo? Su eficacia está en relación con el principio de prioridad.

III. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD EN LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

El principal efecto de la anotación preventiva respecto al embargo es que asegura el cobro del crédito que se ejecuta con preferencia a otros acreedores. Es decir, la anotación preventiva hace que ese crédito se convierta en privilegiado y tenga preferencia de cobro.

¿Qué preferencia tiene? Para saberlo hay que acudir a los artículos 44 y 71 LH, que establecen la regla general de la prioridad de las anotaciones preventivas de embargo. De estos artículos se deduce que: *a)* la anotación preventiva no impide la disposición del bien a favor de terceros con posterioridad a la misma (art. 71 LH); *b)* que el anotante —acreedor— gozará de la preferencia que establece el artículo 1.923 del Código Civil. Y este artículo en su apartado 4.º nos dice que los créditos anotados preventivamente serán preferentes con respecto a los «créditos posteriores».

Es decir, el primer efecto de la anotación preventiva es otorgar esa preferencia al acreedor, que cobrará antes, con prioridad a todos aquellos acreedores, cuyos créditos sean de fecha posterior a la anotación. Hay que interpretar de manera amplia la expresión «los créditos posteriores», incluyendo, también en el mismo, los actos de disposición que se realicen con posterioridad a esa fecha, que se verán afectados por la anotación preventiva de embargo, en el sentido de que la propia adquisición del tercero dependerá de la marcha del ejecutivo; pues la anotación hace oponible *erga omnes* ese embargo, e impide la fe pública registral para ese tercero adquirente. Ese es el otro gran efecto que produce la anotación preventiva de embargo.

Volviendo a la prioridad, ésta la determina la fecha de la anotación y no la del embargo, y la situación ideal en la que no se discute la prioridad o preferencia de la anotación preventiva, donde actúan los artículos 71, 44 LH y 1923.4 del Código Civil, sería la siguiente:

Embargo + anotación preventiva de embargo + acto dispositivo (o crédito) + inscripción del acto dispositivo.

En este caso, el acto dispositivo se vería afectado por el embargo, y el adquirente del bien no podría alegar la protección del artículo 34 LH, pues la anotación preventiva le advertía del embargo existente, de forma que puede perder el bien adquirido en favor del adjudicatario de la subasta consecuente

con la ejecución. Sin embargo, y en principio, todos los créditos o disposiciones realizadas antes de la anotación preventiva, quedan a salvo de ésta, y serían preferentes a la misma.

La jurisprudencia en múltiples ocasiones se ha manifestado a favor de esta preferencia de la anotación preventiva, señalando que ese es precisamente su principal efecto. Así, lo afirma, por ejemplo, la STS de 14 de diciembre de 1968: «Aunque la anotación preventiva de embargo implica la constitución de un derecho real de realización de valor al servicio de la garantía del pago de una deuda dineraria, y viene a ser como una hipoteca judicial, sin embargo, no le otorga rango preferente sino sobre los actos dispositivos celebrados y sobre créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco de los créditos anteriores de carácter preferente al embargo anotado: consiguientemente, el favorecido por la anotación no goza, respecto a tales actos, de los beneficios protectores de la fe pública registral que otorgan los artículos 32, 34 y 37 LH, y sólo se antepone en absoluto a los títulos otorgados con posterioridad a ella, pero sin que prevalezcan frente a los actos dispositivos otorgados anteriormente aunque no estén inscritos». Más modernas, la STS de 24 de febrero de 1995 y la STS de 16 de junio de 1998 insisten en la misma idea, diciendo la primera de ellas que: «la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y no en cuanto a los actos de disposición, ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado, anotación que no altera la situación jurídica existente; es decir, la doctrina transcrita coincide con una abundante y uniforme jurisprudencia interpretativa, en el sentido de referir el momento de la justificación dominical del tercero, a una fecha anterior a aquélla en que realizó la diligencia de embargo causante de la decisión restrictiva del tercero, que en la tercera se combate (sentencias de 25 de marzo de 1969 [RJ 1969/1589], 26 de febrero y 30 de octubre de 1980 [RJ 1980/534], 3 de noviembre de 1982 [RJ 1982/6521], 8 de mayo de 1986 [RJ 1986/2346], 5 de junio y 31 de julio de 1989 [RJ 1989/4291] y 6 de marzo de 1990 [RJ 1990/1670])» 23 de abril de 1992 (RJ 1992/3322); y la segunda, de 1998 sostiene que: «El embargo... da una preferencia para el cobro de la deuda cuyo pago se persigue sobre cualquier otro derecho que haya nacido con posterioridad a la traba (vid. STS de 10 de mayo de 1989 [RJ 1989/3750], 21 de febrero [RJ 1975/666] y 22 de febrero de 1994 [RJ 1994/1252]). El acceso al registro del embargo de inmuebles lo impone obligatoriamente la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.453), pero no tiene naturaleza constitutiva, esto es, nace de la decisión judicial válidamente tomada y no de su acceso al registro; baste pensar que en nuestro derecho la inscripción no es obligatoria. Pero si accede al registro, por la vía de la anotación preventiva, avisa a los terceros que confían en el registro, su existencia y que cualquier derecho sobre los bienes con anotación, nacido con posterioridad a la fecha de ésta, tendrá su eficacia subordinada a lo que resulte de la preferencia que el embargo proporciona. En todo caso, los terceros registrales tendrán la protección que el artículo 34 de la Ley (RCL 1946/342, 886 y NDL 18732) da quien adquiere derechos con todos los requisitos que este precepto exige».

Muchas otras asientan esta postura, por ejemplo, la STS de 19 de abril de 2000 afirma que la anotación sólo otorga preferencia respecto a actos dispositivos y créditos contraídos con posterioridad a la fecha de su anotación,

manifestándose con idénticas palabras encontramos la STS de 4 de mayo de 1994, y otras muchas más como pueden ser: SSTS de 31 de enero de 1978, 14 de junio de 1996, 19 de mayo de 1997, y las RRDGRN de 29 de noviembre de 1962, 5 de marzo de 1982, 15 de diciembre de 1994 y 6 de abril de 1994, que afirman que la anotación preventiva no altera las preferencias de cobro de los créditos anteriores a la medida cautelar: no niega operatividad del principio de prioridad registral.

Es decir, es doctrina comúnmente admitida que la anotación preventiva de embargo sólo es preferente con respecto a créditos o disposiciones posteriores. Estamos de acuerdo en que debe ser así en el esquema o regla general de aplicación que ya hemos comentado *supra*; sin embargo, pueden darse otras situaciones en las que no sea tan claro este sistema de preferencia, pues pueden alterar el principio de prioridad registral. En concreto veamos dos situaciones que, a nuestro juicio, requieren otra explicación:

- a) Acto dispositivo (no inscrito) + embargo + anotación del embargo + inscripción acto dispositivo.

En este caso, si aplicamos lo que acabamos de decir de manera exacta, fijándonos en la fecha de la anotación preventiva, como el acto dispositivo es anterior, a la misma, a pesar de estar inscrito con posterioridad, debe prevalecer sobre la anotación preventiva. Entendemos que según el principio de prioridad registral, son preferidos los títulos que llegan antes al registro, con independencia de su fecha de constitución; por eso, esta solución general de la preferencia de las anotaciones preventivas nos parece cuestionable en este supuesto. La solución a este conflicto pasa por entender que, como se han embargado bienes que ya no son del deudor —pues los enajenó antes del embargo—, el nuevo titular de los mismos debe interponer tercería de dominio para tratar de paralizar el embargo. Está en su mano probar que el embargo se trabó sobre bienes que no pertenecen al deudor ejecutado, y si así lo hace, prevalecerá su adquisición al embargo. Si no lo hace, y no interpone la tercería de dominio, como el embargo trabado sobre bienes que no son del deudor es «no obstante eficaz» (art. 594 LEC), el procedimiento ejecutivo seguirá adelante, y como consecuencia del mismo, y del principio de prioridad registral, prevalecerá el embargo anotado sobre la inscripción del acto dispositivo, que debería cancelarse, y, a mi juicio, perdería el dominio del inmueble el titular, a favor del adjudicatario (5).

- b) Embargo + acto dispositivo + Anotación embargo + Inscripción acto dispositivo.

En este caso, de nuevo, la aplicación literal de los artículos 44, 71 LH y 1923.4 del Código Civil, y la interpretación del TS, haría que fuera preferente el acto dispositivo sobre la anotación, porque es de fecha anterior. De nuevo, igual que en el supuesto a), nos parece que quiebra el principio de prioridad registral, si cabe con mayor motivo, pues aquí, además, cuando se vendió el inmueble, ya se había trabado embargo sobre el mismo por deudas de su anterior propietario; lo que puede encubrir o llevar a pensar que se trata de una enajenación frau-

(5) Aunque la DGRN se ha manifestado en contra de este criterio en varias ocasiones.

dulenta, en fraude de acreedores, para tratar de evitar ese embargo. Por eso, sería todavía peor que en el caso anterior, que el nuevo adquirente pudiera ignorar ese embargo y resultar preferido. Por suerte, la nueva LEC de 2000, en su artículo 595.1 impide que, en este caso, el adquirente de la finca interponga tercería de dominio para paralizar el procedimiento de embargo. Es decir, y como dice el artículo, si una vez trabado el embargo, se enajena la finca, su nuevo propietario no está legitimado para la tercería de dominio. Si no cabe ésta, está claro, que no se puede paralizar el procedimiento de embargo, que seguirá adelante, y se debería cancelar la inscripción posterior de dominio, como consecuencia del ejecutivo y del principio de prioridad registral.

De este modo, entendemos que se están paliando los efectos negativos de la interpretación literal y estricta de los artículos 44 y 71 sobre la prioridad de las anotaciones preventivas de embargo; pues, aunque no sean constitutivas, no transformen en real un derecho personal, y sean preferentes respecto a créditos y actos dispositivos posteriores por regla general, no quiere esto decir que todos los actos dispositivos anteriores a la propia anotación hayan de ser siempre preferentes al crédito que ocasiona el embargo. En algunas ocasiones deben resolverse los conflictos por el principio registral de prioridad: *prior tempore, potior iure*, y fijarnos que estamos hablando de unos créditos ordinarios —o escriturarios si se quiere— frente a unos créditos privilegiados por el hecho de estar anotados en el Registro; es decir, en muchas ocasiones, por ser privilegiados (art. 1.923 CC), ya por sí mismo debería ser preferidos a los demás (art. 1.927 CC), y si ambos créditos (o acto dispositivo), están inscritos, y son por tanto privilegiados, deberá aplicarse la regla del artículo 1927.2.2.^a del Código Civil, que dice que entre varios privilegiados del artículo 1.923 del Código Civil, tendrá preferencia por la fecha de inscripción en el Registro; es decir, el principio de prioridad registral: artículos 17 y 32 LH.

Luego, y como conclusión, el principio de prioridad registral juega, y mucho, con respecto a las anotaciones preventivas de embargo, y debería ser interpretado conforme a lo que acabamos de explicar.

RESUMEN

ANOTACIÓN PREVENTIVA. EMBARGO

Se pretenden analizar en este trabajo dos cuestiones relativas a la anotación preventiva de embargo. Por una parte, se estudia si dicha anotación es de carácter constitutivo, de forma que el embargo sólo existe cuando se anota, tesis perfectamente superada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; o si, por el contrario, es de carácter declarativo, limitándose a publicar y a

ABSTRACT

CAVEAT. ATTACHMENT

This paper endeavours to analyze two issues concerning caveats of attachment. The first issue is whether a caveat of that type is constitutive, such that the attachment in question comes into existence only upon caveatting (a thesis that is thoroughly put to rest by Supreme Court case law), or whether, on the contrary, the caveat is declaratory in nature, merely making the al-

hacer oponible a terceros dicho embargo ya trabado. Por otra parte, se trata de analizar cuál es la verdadera eficacia de la anotación respecto al embargo, y para ello se recogen los distintos supuestos en los que puede ponerse en funcionamiento el principio de prioridad registral en relación con la anotación preventiva de embargo: la regla general contenida en LH y del Código Civil, y las situaciones más excepcionales en las que hay que aplicar y concretar dicha regla de prioridad.

ready-established attachment public and enforceable vis-à-vis third parties. The second issue is to determine the actual efficacy of caveats with respect to attachments. For that, a review is made of the different events in which the rule of registration priority may be set into operation in connection with a caveat of attachment: the general rule contained in the Mortgage Act and the Civil Code, and the more exceptional situations where the rule of priority has got to be applied and specified.

1.4. Sucesiones

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: INTENCIÓN Y VOLUNTAD DEL TESTADOR

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

I. PLANTEAMIENTO

La regla básica para interpretar un testamento es la de buscar la voluntad del testador, así lo establece el artículo 675 del Código Civil: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

II. LA REGLA BÁSICA DE LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

La regla básica en materia de interpretación testamentaria es la de la búsqueda de la *verdadera voluntad del causante* (STS de 19 de diciembre de 2006, *RJ* 2006/9243). Son numerosas las sentencias que ponen de manifiesto que el objetivo de la interpretación testamentaria es el conocer *la voluntad real del testador* (STS de 9 de marzo de 1984, *RJ* 1984/1206 entre otras).

1. LA LITERALIDAD

La literalidad debe ser la primera regla interpretativa, así lo establece el artículo 675 del Código Civil cuando dice que hay que estar al *tenor del mismo*

testamento y lo recogen las sentencias del Supremo de 10 de abril de 1986 (RJ 1846) y de 19 de diciembre de 2006 (RJ 9243). Es doctrina constante del Supremo que hay que estar a la literalidad del testamento, siendo sólo permisible la búsqueda por otros medios probatorios de la voluntad testamentaria cuando ésta se expresa de modo oscuro, a las palabras ha de otorgarse el sentido que de ellas se desprenda en relación con las circunstancias personales y sociales convenientes (sentencias del Supremo de 1 de junio de 1985, de 24 de marzo de 1982, de 3 de junio de 1946 y 5 de junio de 1979).

2. LA TOTALIDAD

Los testamentos han de interpretarse de forma global, en palabras de la sentencia de 3 de marzo de 2009 (RJ 2009/1625), es *el conjunto de las cláusulas testamentarias en lo que puede denominarse el canon de la totalidad, de modo que no se trata sólo de interpretar una cláusula aisladamente de su contexto, sino de examinarla y darle sentido en el entero documento, teniendo en cuenta, además que no existe una jerarquía en los medios interpretativos sino que los diferentes cánones de la interpretación deben ponerse en juego dentro de un proceso interpretativo unitario*.

El Supremo tiene declarado en diversas sentencias (1) que el artículo 675 no impone un orden sucesivo de prelación para la utilización de los criterios que estamos analizando.

3. DIFERENCIAS ENTRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS Y LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

El artículo 675 es el básico en materia de interpretación testamentaria. La aplicación de las reglas de interpretación de los contratos como complementarias a la interpretación dada por el artículo 675 no es admitida por gran parte de la doctrina, en especial las que se refieren a la interpretación objetiva de los contratos. El Tribunal Supremo lo pone de manifiesto en la sentencia de 23 de junio de 1988 (RJ 197/98) al decir que: *La recurrente olvida la realidad de un precepto específico, el artículo 675 del Código Civil, relativo a la interpretación de las disposiciones testamentarias, y en el motivo hace mención a la vulneración de una serie de preceptos atañentes a la de los contratos, sin tener en cuenta que la jurisprudencia ha mantenido sólo la aplicación de alguno de éstos —arts. 1.281, 1.282, 1.283, 1.284 y 1.285—, como complementarios o auxiliares de la recién reseñada regla singular, y, asimismo, tiene declarado el rechazo de los artículos 1.286 a 1.289 a ese fin en cuanto contienen reglas de interpretación objetiva y se inspiran en los principios de autorresponsabilidad del declarante y confianza del declaratario, puesto que, como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 1965, luego seguida, entre otras, por las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 1966 y 28 de enero de 1985, «a diferencia de lo que ocurre en los negocios jurídicos inter vivos, en que al interpretarlos debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el*

(1) SSTs de 5 de marzo de 1944, 3 de febrero de 1961, 9 de marzo de 1984 (RJ 1984/1206), 10 de febrero de 1986 (RJ 1986/521), 2 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6042), 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10426).

declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también un punto de partida basado en las declaraciones del testador, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real, exacta o al menos probable de dicho testador, a causa precisamente de que no cabe imaginar un conflicto de intereses entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores».

III. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA

Corresponde a los Tribunales de instancia interpretar el testamento y no al Tribunal Supremo, si bien, excepcionalmente, cabe que el alto tribunal revise la interpretación realizada.

La Sala primera ha seguido siempre el criterio de no examinar las conclusiones interpretativas efectuadas por los Tribunales de instancia ya que a ellos está atribuida la facultad de interpretar el testamento. Entre las sentencias de los últimos años que siguen este criterio se encuentran las de 21 de enero de 2003 (*RJ* 2003/604), 18 de julio de 2005 (*RJ* 2005/5339), 20 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006/6513), 20 de noviembre de 2007 (*RJ* 2007/8850).

Como dice la sentencia de 9 de marzo de 1993 (*RJ* 98/93): «Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo que las mismas puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley y si bien, de acuerdo con el artículo 675 del Código Civil, en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando ésta se expresa de modo oscuro». En igual sentido las sentencias del Supremo de 5 de marzo de 1944, de 3 de febrero de 1962, de 25 de mayo de 1971, de 26 de septiembre de 1974, de 5 de junio de 1979, de 8 de febrero de 1980, de 8 de junio de 1982, de 26 de marzo de 1983, de 9 de marzo de 1984, de 9 de junio de 1987, de 26 de enero de 1988, de 17 de junio de 1988, de 3 de noviembre de 1989 y de 7 de mayo de 1990.

La interpretación del testamento no corresponde a la casación. El Supremo, en la sentencia de 29 de enero de 2008, dice que es doctrina reiteradísima la de que «la interpretación de los testamentos es facultad de la instancia que debe ser mantenida en casación, salvo que se demuestre que es ilógica, arbitraria o incurra en evidentes errores de hecho». En este sentido, las sentencias de 30 de enero de 1997 y 21 de enero de 2003.

En numerosas ocasiones ha manifestado el Supremo que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia del pleito, analizando de nuevo todo el material probatorio (SSTS de 29 de enero de 2008, 9 y 14 de noviembre de 2001, 23 de noviembre y 20 de diciembre de 2002, entre otras).

La reciente sentencia de 3 de marzo de 2009 (*RJ* 2009/1625) pone de manifiesto que, a pesar de que esa Sala es contraria a pronunciarse sobre la interpretación dada por los Tribunales de instancia, sin embargo, *cuando las soluciones a las que llega la Sala sentenciadora llevan a resultados absurdos o francamente contradictorios con la voluntad expresada en el testamento, debe revisarse dicha interpretación.*

IV. CONCLUSIONES

En las disposiciones testamentarias ha de buscarse la voluntad del testador, para lo que ha de tenerse en cuenta el documento entero y no sólo una cláusula aisladamente considerada sin que marque el Código un orden de preferencia a seguir entre los criterios recogidos por el artículo 675. La interpretación de los testamentos corresponde a los tribunales de instancia, siendo mantenida en casación ya que, de no hacerlo así, el recurso de casación se convertiría en una tercera instancia del pleito. El Supremo sólo debe pronunciarse sobre la interpretación del testamento cuando las soluciones dadas sean ilógicas, absurdas o contrarias a la voluntad del testador expresada en el testamento.

RESUMEN

TESTAMENTO. VOLUNTAD DEL TESTADOR

En la interpretación del testamento ha de buscarse siempre la voluntad del causante expresada en el testamento, considerándolo de forma global. La interpretación de los testamentos corresponde a los tribunales de instancia, siendo mantenida en casación ya que, de no hacerlo así, el recurso de casación se convertiría en una tercera instancia del pleito. El Supremo sólo debe pronunciarse cuando las soluciones dadas sean ilógicas, absurdas o contrarias a la voluntad del testador expresada en el testamento.

ABSTRACT

WILL. TESTATOR'S WISHES

In the interpretation of a will, the point to seek is the decedent's wishes as stated in the will considered as a whole. Interpreting wills is the task of trial courts and is to be maintained upon appeal to a higher court. Otherwise the appeal would become a third instance of the suit. The Supreme Court must only rule when the solutions given are illogical, absurd or contrary to the testator's wishes as stated in the will.

1.5. Obligaciones y Contratos

ATRIBUCIÓN PATRIMONIAL A TÍTULO DE LIBERALIDAD

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

En caso de que el cónyuge donatario actúe de mala fe, se reputa incumplimiento el modo o la carga de nulidad del matrimonio.

I. DONACIONES INTER VIVOS COMUNES

Las donaciones por razón de matrimonio son actos de liberalidad antes del matrimonio y en consideración a éste, a favor de uno o de los dos futuros cón-

yuges, son donaciones *inter vivos* comunes, con algunos caracteres especiales y ciertos efectos peculiares, con la naturaleza jurídica de éstos, pero con subordinación a un matrimonio y por estar presididas por un trato de favor, con reglas especiales relativas a la capacidad, objeto y efectos. La definición nos la proporciona el Código Civil en su artículo 1.336, disponiendo que las llamadas donaciones *propter nuptias* son aquéllas en las que hay una atribución patrimonial a título de liberalidad, están otorgadas por razón de matrimonio, antes de celebrarse éste y en favor de uno o de los dos esposos (1).

En estas donaciones se aplican sus normas propias, que son las expresadas por los artículos 1.336 y siguientes del Código Civil, pero también la normativa de las donaciones contenidas en los artículos 618 y siguientes y la regulación general de donaciones y contratos.

II. OBJETO DE LAS DONACIONES *PROPTER NUPTIAS*

Las donaciones *propter nuptias* pueden hacerse en las mismas o fuera de las capitulaciones matrimoniales, siendo sujetos de dichas donaciones el donante y los donatarios, pero si el donante es un tercero, se aplicarán las normas generales sobre capacidad y si es uno de los cónyuges se aplicará lo establecido en el artículo 1.338, siendo el menor no emancipado aquél que con arreglo a la ley puede casarse, es decir, el mayor de catorce años con dispensa. Y en cuanto a la capacidad para hacer donaciones, le aumenta el sentido de que no actúa por él su representante legal sino que sus padres o su tutor le complementarán su capacidad para hacer la donación. En cuanto al donatario será uno de los futuros cónyuges o serán donatarios ambos. En todo caso, su capacidad se rige por las normas generales, por lo que pueden aceptarlas aun siendo menores o incapacitados, a no ser que se trate de donaciones condicionales u onerosas, en cuyo caso hará falta el mismo complemento de capacidad que para ser donante.

El artículo 1.339 trata, por su parte, la extensión de los efectos de la donación *propter nuptias* hecha a los futuros contrayentes, haciendo hincapié en la palabra «futuros» y siendo unas donaciones, como hemos expuesto, que se hacen antes de celebrarse el matrimonio quedan sin efecto si éste no se celebra. Por lo tanto, a falta de disposición del donante, los bienes donados conjuntamente los adquieren los futuros esposos en copropiedad ordinaria *pro indiviso* y en ella el objeto de la donación lo adquieren por partes iguales pero si uno de ellos no acepta, su parte acrece al otro. Si la donación se hace, una vez celebrado el matrimonio, conjuntamente a los cónyuges, siguiendo el régimen de gananciales, los bienes donados serán gananciales, según dispone el artículo 1.353, bien es verdad que este precepto establece una presunción de ganancialidad de los bienes donados por terceros a los cónyuges y exige para ello que concurran los requisitos previstos en el propio artículo, que son: que la liberalidad haya

(1) Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y citamos a este respecto la sentencia de 30 de enero de 2004, los regalos de boda constituyen donaciones por razón de matrimonio de acuerdo con el concepto que de las mismas da el artículo 1.336 que acabamos de mencionar, donaciones que por realizarse «antes de celebrarse el matrimonio, nunca pueden calificarse como bienes gananciales y así lo establece el artículo 1.339 del mismo cuerpo legal al decir que los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en *pro indiviso* ordinario y por partes iguales, salvo que el donante hay dispuesto otra cosa.

sido aceptada por ambos cónyuges, que el donante no haya establecido lo contrario, y que se trate de una presunción que admita prueba en contrario.

Ya hemos comentado que la donación *propter nuptias* produce los efectos propios de toda donación, sin perjuicio de su carencia de efectos por caducidad prevista en el artículo 1.342, que veremos más adelante, y tiene tres especialidades en orden a los mismos: a) la obligación de saneamiento en caso de mala fe, aclarando, a este respecto, que el donante no está obligado al saneamiento de lo donado, salvo en donación modal hasta el valor del modo o carga, sin embargo, en la donación *propter nuptias* el donante queda obligado al saneamiento por evicción o vicios ocultos si ha actuado con mala fe, la buena fe se presume y tiene mala fe el donante que conocía la posibilidad de evicción o la realidad de los vicios ocultos sin advertir al donatario o donatarios; b) la revocación (2), y c) la caducidad (3).

La donación *propter nuptias* tiene por objeto un tercero y en cuanto a los bienes presentes serán objeto de aplicación las normas generales de la donación de bienes entre los que se incluyen la limitación de reservarse lo necesario para vivir que prevé el artículo 634 y la posibilidad de inoficiosidad de los artículos 636, párrafo 2.º, y 654 y siguientes, pero si el objeto de la donación fueran bienes futuros, se permitiría sólo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada. Antiguamente se mantenía que se trataba de una donación *mortis causa* revocable, pero la opinión correcta que se mantiene por la doctrina es que se trata de un pacto sucesorio relativo a bienes que el donante deja a su muerte, siendo éste el sentido de bienes futuros y la remisión a las disposiciones de la sucesión testada que se refiere al importe máximo de la donación. El hecho de que la donación se haga en capitulaciones matrimoniales confirma su carácter de bilateral, siendo, pues, pacto sucesorio de carácter irrevocable.

Además, el matrimonio, cuya consideración ha sido determinante de la donación, produce efecto inmediato pero si no se celebra el matrimonio se produce la resolución de la donación por imposición del artículo 1.342 que establece el plazo de un año para ello. Se produce, pues, la ineficacia de la donación *propter nuptias* si el matrimonio no llegara a contraerse en el plazo de caducidad de un año y esta resolución, en virtud de la no celebración, como condición jurídica resolutoria. Será aplicable también y se resolverá la donación si antes del año ya no hay posibilidad de que se celebre el matrimonio y aquí cabe citar los casos de muerte de uno de los futuros cónyuges, o el matrimonio con otras personas o la ruptura formal, seria y definitiva de los novios.

III. LA REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES *PROPTER NUPTIAS*

En caso de que la revocación de la donación tuviese lugar, ésta no sería libre, sino que deben concurrir alguna de las causas determinadas en el Código Civil. Por lo tanto, si la donación es *propter nuptias*, la revocación, en principio, se puede producir por las causas comunes, excepto la supervivencia o supervenencia de hijos, tal y como dispone el párrafo primero del artículo 1.343, es decir, por incumplimiento del modo o carga y por ingratitud. En la donación *propter nuptias*, cuyo donante y donatario ha sido uno de los cónyuges tiene,

(2) Regulada en el artículo 1.343 del Código Civil.

(3) Siguiendo lo indicado en el artículo 1.342 del Código Civil.

igualmente, la reducción de la posibilidad de revocación, que no cabe por supervivencia o superveniencia de hijos y tiene una doble ampliación de la revocación, tal y como señala este mismo precepto en su párrafo tercero. En primer lugar, se reputa incumplimiento el modo o carga la nulidad del matrimonio en el caso de que cónyuge donatario hubiera actuado de mala fe. Y en segundo lugar, se reputa ingratitud: primero, que el cónyuge donatario haya realizado alguna conducta como causa de desheredación, incumplimiento de los deberes conyugales, conducta que da lugar a la pérdida de la patria potestad, haber negado alimento a los hijos o al cónyuge donante, entre otras.

La jurisprudencia de la Sala en la sentencia de 5 de noviembre de 1993 mantiene que el artículo 1.343 sólo exige, para que se aprecie la ingratitud y proceda la revocación con que se haga imputación que «responsabilice moralmente al donatario la causa de la separación», interpretación que omite la nota de exclusividad en la imputación de la causa de separación para la ingratitud y consiguiente revocabilidad que ha de rechazarse ya que, en otro caso, no sólo se rompe el paralelismo con los demás supuestos legales de incumplimiento de cargas que abocan a la revocabilidad en general, y con el supuesto de anulación de matrimonio por el obrar de mala fe del donatario, sino que, gramaticalmente, contradice la exigencia legal de que cuando se trate de separación o divorcio, porque se considera motivo de ingratitud, es preciso que la causa del mismo le sea imputable precisamente al donatario cuya conducta es de tal modo sancionada.

RESUMEN

DONACIÓN. MATRIMONIO

Las donaciones por razón de matrimonio son actos de liberalidad antes del matrimonio y en consideración a éste. La donación es uno de los pocos negocios jurídicos que pueden ser objeto de revocación y deben concurrir en ella alguna de las causas determinadas en el Código Civil.

ABSTRACT

GIFT. MARRIAGE

Gifts by reason of marriage are acts of liberality prior to marriage and in consideration of marriage. The gift is one of the few juristic acts that can be revoked, and some of the grounds set in the Civil Code must be attendant.

LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN ARRENDATICIA RÚSTICA Y SUS EFECTOS A LA LUZ DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. PLANTEAMIENTO

La terminación del arrendamiento rústico se encuentra regulada en los artículos 24 a 27 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por la

Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Se distinguen tres figuras jurídicas que configuran esta materia: terminación, resolución y rescisión, aunque este último supuesto, regulado en el artículo 26, es verdaderamente un supuesto de resolución contractual. En la actualidad la sucesión ya no se regula como una categoría independiente, a diferencia de la LAR de 1980, sino que se considera como una causa de terminación de la relación arrendaticia *ex* artículo 24.e).

Mientras que las causas de terminación suponen la cesación de la relación jurídica arrendaticia por consumación de sus efectos, las de resolución y rescisión implican la terminación de los efectos de un contrato en curso por incumplimiento de las obligaciones por una de las partes.

A las causas tipificadas en los artículos mencionados hay que añadir las que las partes intervinientes hayan expresamente convenido en el contrato, siempre que no se opongan a la LAR, supletoriamente se aplican las causas de extinción reguladas en el Código Civil, *ex* artículo 1.2 de la LAR. Su ámbito de aplicación se extiende tanto a los arrendamientos rústicos como a los arrendamientos de explotaciones agrarias, agrícolas, ganaderas o forestales.

Vamos a estudiar cada una de las causas de terminación de la relación arrendaticia y los efectos que de ello se derivan.

II. TERMINACIÓN DEL ARRENDAMIENTO RÚSTICO

El arrendamiento termina por las siguientes causas:

1. PÉRDIDA DE COSA ARRENDADA Y EXPROPIACIÓN FORZOSA DE LA FINCA

La terminación se produce por pérdida total de la cosa arrendada y por expropiación forzosa cuando sea también total; si la pérdida es sólo parcial, el arrendatario tiene opción para continuar en el arriendo, y lo mismo en el caso de expropiación forzosa, reduciendo proporcionalmente la renta. En este último supuesto, además, el arrendatario tiene derecho a la indemnización que haya fijado la Administración.

Si la cosa arrendada se pierde totalmente, el contrato quedaría sin objeto, produciéndose la terminación del mismo, ya que la finca es un elemento esencial para su existencia, por tanto, el fundamento de esta causa radica en la teoría general de las obligaciones y en el artículo 1.568 del Código Civil. En el caso de pérdida parcial, se concede al arrendatario la facultad de optar por continuar con el arrendamiento reduciendo proporcionalmente la renta o por terminarlo. La renta debe disminuirse en la misma proporción en que haya quedado mermada su productividad (este es el criterio que seguía el art. 44 de la LAR de 1980), la pérdida parcial supone que la finca sufre daños no reparables que merman su productividad, así entendido podemos considerar que el artículo 18.3 (1) de la LAR alude a un supuesto especial de pérdida parcial

(1) El artículo 18.3 de la LAR dice: «Cuando por causa de fuerza mayor la finca arrendada sufra daños no indemnizables, cuya reparación tenga un coste superior a una anualidad de renta, no estará obligado el arrendador a dicha reparación, debiendo comunicárselo al arrendatario en tal sentido, el cual podrá optar por rescindir el contrato, comunicándose por escrito al arrendador o continuar el arriendo con la disminución proporcional de la renta a que hubiese lugar».

de finca, el hecho de que su reparación tenga un coste superior a una anualidad de renta y hayan sido ocasionados por fuerza mayor libera al arrendador de su obligación de repararlos.

Las consecuencias que se derivan de la pérdida total o parcial de la finca son distintas según la causa que las genera:

Si la pérdida se debiera a fuerza mayor o a caso fortuito, ninguna de las partes tendrá derecho a indemnización en base al artículo 1.105 del Código Civil, ya que en ambos casos el arrendador incumple por un suceso inevitable e imprevisible y por lo tanto inimputable.

Si se debiera a dolo o culpa de uno de los contratantes, el otro tiene derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Si hay dolo o culpa por ambas partes, ATIENZA NAVARRO (2) entiende que si «ambos comportamientos han incidido por igual en la causación del daño, se acude al expediente conocido jurisprudencialmente como “compensación de culpas”, y nada habrá que indemnizar. Si por el contrario, se comprobara que el comportamiento de uno de ellos contribuyó en mayor medida en la producción de la pérdida, el otro obtendría una indemnización reducida en proporción a su propia participación».

Respecto a la expropiación forzosa, hay que distinguir también según afecte a la totalidad o a parte de la finca, en el primer caso la consecuencia que se produce es que el arrendamiento termina, mientras que si es parcial se concede al arrendatario la opción de continuar en el arrendamiento reduciendo proporcionalmente la renta. En este último caso, el arrendatario tiene derecho a la indemnización que haya fijado la Administración (3).

2. EXPIRACIÓN DEL TÉRMINO CONVENCIONAL O LEGAL Y DE LA PRÓRROGA EN SU CASO

Esta causa de terminación tiene su fundamento en que el contrato de arrendamiento es esencialmente temporal. La duración se encuentra regulada en el artículo 12 de la LAR, el cual establece una duración mínima de cinco años, será nula y se tendrá por no puesta toda cláusula del contrato por la que las partes estipulen una duración menor.

El arrendador, para recuperar la posesión de las fincas al término del plazo contractual, deberá notificárselo fehacientemente al arrendatario con un año de antelación. De lo contrario, si el arrendatario no pone la posesión de las fincas arrendadas a disposición del arrendador al término del plazo, el contrato se prorroga por un periodo de cinco años. Tales prórrogas se sucederán indefinidamente en tanto no se produzca la denuncia del contrato.

Las demandas de desahucio por extinción del plazo de la relación arrendaticia se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía.

(2) ATIENZA NAVARRO, M.^a L., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, ed. Tecnos, 2006, pág. 544.

(3) La doctrina mayoritaria entiende que el arrendatario tiene derecho a la indemnización fijada por la Administración tanto en el caso de expropiación total como parcial, a pesar de que la LAR sólo contempla expresamente dicha posibilidad para el caso de expropiación parcial *ex* artículo 24.a). Como argumento de derecho positivo destacamos la Disposición Adicional segunda de la LAR donde se regula esta materia.

3. MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES

El artículo 24.c) de la LAR actual contempla esta causa de terminación que no se encontraba recogida en la LAR de 1980. Su naturaleza jurídica es la de un nuevo contrato que tiene por objeto dar por terminada la relación obligatoria. En mi opinión, ha de respetarse el plazo mínimo de duración del contrato de cinco años, dado el carácter imperativo del artículo 12; considero que ya que el contrato de arrendamiento rústico ha de constar por escrito, de la misma forma debe constar el acuerdo de las partes de dar por terminado el contrato.

4. DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL ARRENDATARIO

El arrendatario puede desistir unilateralmente del contrato al término del año agrícola con la obligación de notificarlo al arrendador con un año de antelación. Como indica la Exposición de Motivos de la Ley, al contemplar esta posibilidad como causa de terminación del arrendamiento se busca compensar al arrendatario por las variaciones introducidas en la duración del contrato, en aras a conseguir el equilibrio entre las partes contratantes.

Respecto a si esta norma contemplada en el artículo 24.d) tiene carácter imperativo o dispositivo, la doctrina mayoritaria, teniendo en cuenta el espíritu liberal de la vigente ley, se inclina por la naturaleza dispositiva de la facultad de desistimiento unilateral del arrendatario.

La notificación no está sujeta a especiales requisitos de forma, consiste en una declaración de voluntad recepticia dirigida por una parte contratante a la otra, cuyos efectos se producen desde el momento en que llega a conocimiento del arrendador; en cuanto al tiempo en que ha de hacerse, hay que partir de la fecha de término del año agrícola y hacerse con un año de antelación a dicha fecha.

Nos planteamos si esta facultad de desistimiento unilateral la tiene el arrendatario durante el plazo mínimo de duración de cinco años o sólo dentro del periodo de prórroga. En mi opinión, se debería limitar dicha facultad al periodo de prórrogas tácitas en base al artículo 12 de la LAR, pero existen opiniones doctrinales contrarias (4).

5. MUERTE DEL ARRENDATARIO

El artículo 24.e) de la LAR de 2003, modificado en 2005, dice: «El arrendamiento termina por muerte del arrendatario, quedando a salvo el derecho de sus sucesores legítimos. En tal caso, a falta de designación expresa efectuada por el testador, tendrá preferencia el que tenga la condición de agricultor joven y si hubiera varios será preferente el más antiguo. Si ninguno la tuviera, los sucesores tendrán que escoger entre ellos, por mayoría, al que se

(4) Así destacamos la opinión de GUILARTE GUTIÉRREZ que dice: «Es posible el desistimiento durante el plazo legal, pues la imperatividad de éste no puede determinar un perjuicio para el arrendatario al que fatalmente se le imponga una duración de la que no puede huir», en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 413.

subrogará en las condiciones y derechos del arrendatario fallecido. Si se da esta última circunstancia, será necesaria la correspondiente notificación por escrito al arrendador en el plazo de un año desde el fallecimiento».

La muerte del arrendatario determina la terminación del arrendamiento, salvo que sus sucesores legítimos (5) se subroguen en el contrato. Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de subrogación en la posición jurídica del arrendatario fallecido, que corresponde a sus sucesores legítimos, entendiendo por tales tanto los que lo sean por testamento como abintestato, incluyendo también a los sucesores a título universal y a los legatarios (mencionados expresamente en la LAR de 1980 y que consideramos también incluidos en la actual).

En defecto de designación expresa por el testador, se concede preferencia al que tenga la condición de agricultor joven y si hay varios al más antiguo. Si ninguno la tuviera, los sucesores tendrán que escoger de entre ellos por mayoría al que se subrogará en la posición jurídica del arrendatario fallecido, y una vez hecho esto, es necesario que se le notifique por escrito al arrendador la persona del nuevo arrendatario en el plazo de un año desde el fallecimiento del arrendatario causante.

6. EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA O DE LA COMUNIDAD DE BIENES A CUYO FAVOR SE CONSTITUYÓ EL ARRENDAMIENTO

El artículo 24.e) regula como causa de terminación del arrendamiento: «En los arrendamientos efectuados a favor de personas jurídicas o de comunidades de bienes, desde el momento en que se extingue la persona jurídica o la comunidad».

El artículo 9 de la LAR contempla la posibilidad de que las personas jurídicas y las comunidades de bienes puedan asumir la posición jurídica de arrendatarias. En estos casos, la extinción de la persona jurídica se considera como causa de terminación del arrendamiento por desaparición de su titular, por lo tanto hay que estar a las causas concretas de extinción de cada persona jurídica en función de su propia formativa.

Con relación a las comunidades de bienes, el artículo 400 del Código Civil contempla la posibilidad de que cualquiera de los comuneros solicite en cualquier tiempo la división de la cosa común y una vez extinguida la comunidad, termina también el arrendamiento que sobre ella se haya constituido.

7. POR RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR

El arrendamiento termina por resolución del derecho del arrendador, es decir, cuando éste deja de tener la capacidad requerida para concertar el arrendamiento.

Como supuestos determinantes de esta resolución podemos mencionar los siguientes:

Los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán

(5) No se exige que el sucesor sea profesional de la agricultura paralelamente a la supresión del requisito de profesionalidad para ser arrendatario rústico.

al extinguirse el derecho del arrendador, salvo que no haya terminado el año agrícola, en cuyo caso subsistirá hasta que éste concluya; también podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando éste exceda de la duración de aquellos derechos si a su otorgamiento hubiera concurrido el propietario.

El arrendamiento otorgado por padre, madre o tutor sobre las fincas propiedad del menor, el cual una vez emancipado puede poner fin al contrato, siempre que haya transcurrido el plazo mínimo de cinco años y lo comunique al arrendatario en el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado, o en su caso, desde que falte un año para que se cumpla el plazo mínimo de duración. En todo caso, la denuncia del contrato no surtirá efecto hasta transcurrido un año desde su realización.

8. LA RESOLUCIÓN O RESCISIÓN DEL CONTRATO EN LOS SUPUESTOS LEGALMENTE CONTEMPLADOS

Cuando el artículo 24.h) contempla como causa de terminación del arrendamiento los supuestos «legalmente contemplados», entendemos que se refiere tanto a las causas de rescisión o resolución reguladas en la LAR como en cualquier otra norma, especialmente los supuestos contemplados en el Código Civil en base a la aplicación supletoria del mismo (art. 1.2 de la LAR), también hay que tener en cuenta lo dispuesto por las partes contratantes, siempre que no se oponga a las normas imperativas de la LAR.

III. RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO A INSTANCIA DEL ARRENDADOR

El contrato puede resolverse, en todo caso, a instancia del arrendador por alguna de las siguientes causas:

1. Falta de pago de renta y de las cantidades asimiladas a la misma, sin perjuicio del derecho de enervación de la acción de desahucio en los mismos términos previstos en las leyes procesales para los desahucios de fincas urbanas.

El pago de la renta se verificará en la forma y lugar pactado y en defecto de pacto o costumbre aplicable, se abonará en metálico por años vencidos en el domicilio del arrendatario.

Todas las cantidades que haya de pagar el arrendador y que por disposición legal sean repercutibles al arrendatario, podrán ser exigidas por aquel desde el momento en que las haya satisfecho, expresando el concepto, importe y disposición que autorice la repercusión. El impago de estas cantidades equivale al impago de renta. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del arrendatario faculta al arrendador para resolver el contrato.

2. Incumplir gravemente la obligación de mejora o transformación de la finca, a las que el arrendatario se hubiese comprometido en el contrato y a aquellas otras que vengan impuestas por norma legal o resolución judicial o administrativa.

Esta norma se refiere a los casos en que la renta consiste en la mejora o transformación de la finca a que se obliga el arrendatario, dando lugar así al llamado arrendamiento *ad meliorandum*, es decir, el arrendador cede el uso y

disfrute de la finca o explotación a cambio de una renta consistente en la mejora o transformación de la finca. Esta obligación puede tener un origen legal, contractual o venir determinada por resolución judicial o administrativa y su incumplimiento cuando sea grave faculta al arrendador para resolver el contrato.

3. No explotar la finca, aun parcialmente, o destinarla, en todo o en parte, a fines o aprovechamientos distintos a los previstos contractualmente, salvo que sean impuestos por programas y por planes, cuyo cumplimiento sea necesario para la percepción de ayudas o compensaciones en aplicación de la normativa estatal, autonómica o comunitaria aplicable.

La jurisprudencia exige que la falta de explotación sea de cierta entidad, dando lugar a una importante falta de aprovechamiento. En este sentido destacamos la SAP de Jaén, de 9 de febrero de 2000, y también ha exigido que la falta de explotación sea imputable al arrendatario.

4. Subarrendar o ceder el arrendamiento con incumplimiento de algunos de los requisitos del artículo 23, es decir, se estará a lo pactado por las partes, deberá referirse a la totalidad de la finca o explotación y deberá otorgarse por todo el tiempo que reste del plazo del arrendamiento y por una renta que no podrá ser superior a la pactada. Es necesario el consentimiento expreso del arrendador, salvo que la cesión o subarriendo se efectúe a favor del cónyuge o de uno de los descendientes del arrendatario. No obstante, el subrogante y el subrogado notificarán fehacientemente al arrendador la cesión o el subarriendo en el plazo de 60 días hábiles a partir de su celebración.

5. La aparición sobrevenida de algunas circunstancias contempladas del artículo 7.1 de la LAR, es decir, no se aplica a los arrendamientos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos o aquellos que tengan por objeto fincas en las que concurran algunas de las siguientes circunstancias:

A) Constituir, conforme a la legislación específica, suelo urbano, en la actualidad regulado en el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el TRLS.

B) Ser accesorias de edificios o de explotaciones ajenas al destino rústico, siempre que el rendimiento distinto del rústico sea superior en más del doble a éste.

6. Causar graves daños a la finca, con dolo o negligencia manifiesta. Esta causa de resolución a instancia del arrendador tiene su fundamento en la obligación impuesta al arrendatario de usar la cosa arrendada como un diligente padre de familia. Concurren, por tanto, un elemento objetivo (gravidad del daño) y otro subjetivo (dolo o negligencia manifiesta), cuya valoración ha de realizarla el Juez atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

IV. CAUSAS DE RESCISIÓN

El artículo 26 de la LAR dice: «Tanto el arrendador como el arrendatario podrán rescindir el contrato por incumplimiento de la otra parte de la obligación de satisfacer gastos de conservación y mejoras en los términos de los artículos 18, 19 y 20».

Aunque el artículo habla de rescisión, estamos más bien ante supuestos de resolución por incumplimiento de las obligaciones siguientes:

1. El arrendador está obligado a realizar las obras y reparaciones necesarias con el fin de conservar la finca en estado de servir para el aprovechamiento o explotación a que fue destinada al concertar el contrato. Si requerido el arrendador, no realiza las obras, el arrendatario podrá optar bien por compelerle a ello judicialmente o resolver el contrato u obtener una reducción proporcional de la renta o por realizarlas él mismo, reintegrándose mediante compensación con las rentas pendientes a medida que vayan venciendo. Asimismo podrá reclamar los daños y perjuicios causados.

2. Corresponde al arrendador realizar las obras, mejoras o inversiones que por disposición legal o por resolución judicial o administrativa firme o por acuerdo firme de la comunidad de regantes sobre la modernización de regadíos para el cambio de sistema de riego, hayan de realizarse sobre la finca arrendada.

3. Cuando las obras, mejoras o inversiones, anteriormente aludidas, sean de tal entidad y naturaleza que excediendo de la natural conservación, supongan una transformación que redunde en el incremento de la producción, el arrendador tendrá derecho a la revalorización proporcional de la renta y en su caso a la rescisión del contrato, cuando el arrendatario no estuviese conforme con dicha revalorización.

4. El arrendatario está obligado a realizar las reparaciones, mejoras o inversiones que sean propias del empresario agrario en el desarrollo normal de su actividad, sin que por ello tenga derecho a disminución de renta ni a la prórroga del arriendo, salvo que por acuerdo de las partes o de las propias disposiciones legales o resoluciones judiciales o administrativas, resulte otra cosa.

V. EFECTOS

Los efectos de la terminación del contrato de arrendamiento rústico se encuentran regulados en el artículo 27 de la LAR: «El arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente y recíprocamente el entrante tiene la obligación de permitir al saliente lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos, en la forma prevista en el artículo 1.578 del Código Civil».

Este artículo se aplica tanto en los casos en que el arrendamiento termina de forma voluntaria como de manera forzosa, por ejemplo, por impago de renta o cantidades asimilables. Así destacamos la sentencia del TS de 18 de marzo de 1904, que señala que la terminación de un contrato de arrendamiento rústico por desahucio no extingue los derechos contemplados en el artículo 1.578 del Código Civil.

El artículo 27 de la LAR no contempla todas las consecuencias que se derivan de la terminación de la relación arrendaticia, por tanto, es importante destacar que el arrendatario ha de devolver la finca en el mismo estado en que la recibió, siendo responsable del deterioro o pérdida que haya sufrido por culpa del mismo.

RESUMEN

ABSTRACT

TERMINACIÓN ARRENDAMIENTO
RÚSTICO

La terminación de la relación arrendaticia rústica y sus efectos se hayan regulados en los artículos 24 a 27 de la LAR, distinguiendo tres figuras jurídicas distintas: terminación, resolución y rescisión. Hemos analizado las causas determinantes de cada una de ellas, a las cuales hay que añadir las que las partes contratantes hayan expresamente acordado, rigiendo con carácter supletorio el Código Civil. También hemos analizado los efectos derivados de dicha terminación, en cuyo caso el arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente y recíprocamente el entrante tiene obligación de permitir al saliente lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos en la forma prevista en el artículo 1.578 del Código Civil.

RURAL LEASE TERMINATION

The termination of a rural lease relationship and its effects are regulated in sections 24 to 27 of the Rural Lease Act. The act distinguishes between three different legal concepts: termination, cancellation and rescission. We have analysed the causes at the root of each, to which causes must be added any causes that the parties to the lease have expressly agreed to. The Civil Code is applied as a supplementary framework. We have also analysed the effects stemming from the termination of a rural lease, in which case the outgoing tenant must allow the incoming tenant to use the premises and other means necessary for the following year's preparatory work, and reciprocally the incoming tenant is obligated to allow the outgoing tenant all that is necessary to gather and use the fruits of his labour as provided for in article 1578 of the Civil Code.

VENTA DE UN BIEN INMUEBLE POR UN PRECIO JUSTO REALIZADA
POR EL DEUDOR ENAJENANTE PARA PAGAR A UNOS ACREEDORES
CON PREFERENCIA A OTROS Y ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA

por

JUAN IGNACIO PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil

Las siguientes líneas vienen motivadas por la lectura de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2007 (RJ 2007/4707), que aborda, entre otros temas, el problema de la rescisión por fraude de acreedores de la venta de un inmueble seguida de la aplicación del precio recibido al pago de unos acreedores con preferencia a otros, llegando a la conclusión de que no procede la rescisión por inexistencia del requisito del *consilium fraudis* exigible para el ejercicio de la acción rescisoria en fraude de acreedores. Tesis que mantienen también, en supuestos semejantes, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2004 (RJ 2004/931) y 21 de junio de 1945 (RGLJ, Tomo XI, junio-septiembre, 1945, núm. 26).

Para la doctrina italiana, que ha estudiado con detenimiento la cuestión planteada, la venta hecha por un precio justo no puede ser revocada cuando

la cantidad percibida por el deudor enajenante se ha utilizado para pagar a algunos acreedores (así, entre otros autores, COSATTINI, Luigi, *La revoca degli atti fraudolenti*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Padova, CEDAM, Padova, 1939-XVII, pág. 152, nota 77; PICARO, Pio, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, Tip. Fratelli RUGGIERI, Taranto, 1946, n. 25, pág. 64, nota 66; NICOLÒ, Rosario, «Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale», en *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Libro Sesto, *Tutela dei diritti*, Art. 2900-2969, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1957, sub art. 2901, pág. 234; MAFFEI ALBERTI, Alberto, *Il danno nella revocatoria*, Università di Bologna, Facoltà di Economia e Commercio, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto, 36, CEDAM, Padova, 1970, pág. 78 y sigs.).

Los argumentos esgrimidos para justificar dicha solución son diversos.

En primer lugar, se ha sostenido que el comportamiento del deudor que, en presencia de deudas vencidas, vende un bien por un precio justo y utiliza la cantidad percibida para pagar una deuda antes que otra, la cual ya no puede cumplir a consecuencia del pago realizado, no constituye un daño para el acreedor no favorecido, ya que la acción revocatoria no tutela la *par condicio creditorum*. Por tanto, la desigual distribución del patrimonio del deudor enajenante entre los acreedores no puede integrar el extremo objetivo en la revocatoria ordinaria. Lo decisivo, se dice, en la hipótesis en cuestión, es que el deudor no disponga de dinero y deba recurrir a la venta para procurárselo (MAFFEI ALBERTI, *ob. cit.*, págs. 79-80).

Siendo cierto, como afirma la STS de 24 de julio de 2007, que el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin sujetarse a criterios de igualdad o preferencia, de modo que la acción revocatoria ordinaria, a diferencia de lo que sucede respecto de las acciones rescisorias concursales, no persigue impedir la eficacia de actos que buscan la desigualdad entre los acreedores, sin embargo, no cabe ignorar que en la hipótesis consistente en la venta *justo praetio* del único bien inmueble del deudor seguida de la aplicación del precio recibido al pago de unos acreedores con preferencia a otros, cuyos créditos quedan insatisfechos a consecuencia de carecer el deudor enajenante de otros bienes en su patrimonio, hay que diferenciar dos actos distintos: por un lado, el acto del pago preferencial, cuya irrevocabilidad puede justificarse con el argumento de que no rige la *par condicio creditorum*; por otro lado, el acto de la venta, cuya irrevocabilidad no parece que pueda justificarse aplicando el mismo argumento, aunque apreciemos la existencia de una conexión necesaria entre ambos actos cuando la venta tiene por finalidad el cumplimiento de débitos vencidos.

Con independencia de que el pago de una deuda vencida y exigible sea irrevocable, porque, según la tradición romana acogida por nuestro Derecho patrio, pagar una deuda exigible no es un acto contrario al Derecho o no es un acto injusto, pues el acreedor que cobra no recibe sino lo suyo, lo cierto es que la venta del único bien inmueble del deudor con devolución del precio de la misma a unos acreedores con preferencia a otros puede determinar un daño para los acreedores insatisfechos. El perjuicio para los acreedores no pagados no consistiría en haber sido excluidos del grupo de los destinatarios del precio de la venta, sino en el hecho mismo de que a consecuencia de la venta seguida de la devolución del precio a otros acreedores

se encontrarían frente a un deudor cuyo patrimonio no está en condiciones de garantizar la satisfacción de sus créditos (LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Studi di Diritto Privato diretti da Arturo Dalmartello e Luigi Mengoni, 26, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1995, pág. 299).

Y para que se produzca el perjuicio pauliano en la hipótesis que estamos tratando tienen que concurrir tanto la venta del inmueble como el sucesivo pago de algunas deudas exigibles. En efecto, es indudable que el simple hecho de que el deudor venda su único inmueble no realiza el daño o perjuicio que se exige en tema de acción revocatoria. No podemos perder de vista que en el caso relatado de enajenación de un inmueble a título oneroso, el deudor enajenante recibe dinero a cambio del bien inmueble vendido. La doctrina según la cual la simple transformación o conversión del inmueble en dinero produce el perjuicio pauliano, porque un inmueble constituye en todo caso una garantía patrimonial mejor (desde el punto de vista cualitativo) que el dinero (así MAFFEI ALBERTI, *ob. cit.*, pág. 25 y nota 33), no encuentra confirmación en nuestro Ordenamiento, pues el dinero, como bien embargable que forma parte del patrimonio del deudor, está sujeto a la responsabilidad patrimonial, haciendo posible la satisfacción de los créditos. En consecuencia, en la hipótesis examinada aquí, el perjuicio pauliano causado a los acreedores no pagados requiere la venta y el sucesivo cumplimiento de obligaciones contraídas con otros acreedores. Antes del pago efectuado a unos acreedores con preferencia a otros no se produce ningún perjuicio, porque no se puede considerar perjudicial la sustitución de un inmueble por dinero, aun reconociendo el riesgo que comporta dicha sustitución, pues el dinero, a diferencia del inmueble, puede ser ocultado o dispersado. Lo que realiza el riesgo creado por la venta, produciendo el perjuicio pauliano, es el comportamiento posterior del deudor que decide destinar el dinero recibido al pago de determinados débitos vencidos y exigibles.

Los autores partidarios de la irrevocabilidad de la venta seguida del pago de algunos créditos argumentan que con la efectiva devolución del precio de la venta a los acreedores, el *eventus damni* sería eliminado (cfr. MAFFEI ALBERTI, *ob. cit.*, pág. 80; PICARO, *ob. cit.*, pág. 64 y nota 66; y COSATTINI, *ob. cit.*, pág. 152, nota 77). Sin embargo, este argumento no puede aceptarse como válida justificación de la irrevocabilidad de la venta cuyo precio se destina al pago de deudas exigibles, ya que sólo operaría en una específica hipótesis: cuando con el precio de la venta son satisfechos todos los acreedores. Pero cuando únicamente son pagados algunos acreedores, la aplicación del anterior argumento supondría ignorar completamente el perjuicio que los acreedores no pagados sufren a consecuencia de la realización de la venta seguida del pago efectuado a los otros acreedores (LUCCHINI GUASTALLA, *ob. cit.*, pág. 297). En efecto, es indudable que si todos los acreedores son pagados con el precio de la venta, ésta será irrevocable. Pero si, como suele ocurrir, alguno de los acreedores no recibe pago alguno, deberá ciertamente afirmarse que la venta con devolución del precio de la misma a determinados acreedores ha producido un perjuicio al acreedor no pagado; y no precisamente un perjuicio consecuencia de la lesión de la *par condicio creditorum* (perjuicio que, tratándose de la acción revocatoria ordinaria, sería irrelevante), sino más simplemente el perjuicio pauliano, consistente en la disminución de la garantía patrimonial del deudor enajenante a favor de los acreedores pagados que lleva a la insatisfacción del crédito del acreedor no pagado. Para el acreedor que permanece insatisfecho,

la utilización del precio de la venta para pagar a otros acreedores equivale a una ocultación o a una dispersión del dinero (VASSALLI, Francesco, «Sulla revoca della vendita al giusto prezzo [Profili del danno e del nesso causale nella disciplina degli atti in frode ai creditori]», en *Giurisprudenza Commerciale*, 1974, I, pág. 298 y nota 27).

En conclusión, nos parece acertada la opinión conforme a la cual cuando la venta realizada con el fin de procurarse el dinero necesario para pagar únicamente algunos créditos vuelve el patrimonio del deudor enajenante insuficiente para garantizar eficazmente la satisfacción de los restantes créditos no pagados, los titulares de estos últimos créditos sufren un daño. El hecho de que el precio de la venta se destine al pago de algunos acreedores no influye para nada en el daño ocasionado a los acreedores no satisfechos. En el ámbito de la acción revocatoria no se toma en consideración la utilidad y oportunidad o no del acto de enajenación para el deudor o para el tercero adquirente o para alguno de los acreedores, sino el perjuicio causado al acreedor no pagado, el cual, a consecuencia de la disminución de la garantía patrimonial, se encuentra frente a un deudor insolvente, viendo excluida la satisfacción coactiva de su crédito (así lo señala, por ejemplo, la sentencia de la Cass., de 8 de noviembre de 1985, n. 5451, en *Giustizia Civile-Massimario annotato della Cassazione*, 1985, págs. 1641-1642).

Se ha objetado que los acreedores no pagados no pueden lamentarse de nada porque el patrimonio del deudor, también antes de la venta, era insuficiente para garantizar la satisfacción de todos los créditos. Es cierto que antes de la venta ningún acreedor podía considerarse totalmente garantizado. Pero también es cierto que el bien objeto de la enajenación era suficiente para garantizar *pro quota* todos los créditos, mientras que después de la venta seguida del pago de determinados créditos, el grupo de los acreedores se encuentra dividido entre quienes han sido satisfechos totalmente y quienes se encuentran absolutamente privados de la llamada garantía patrimonial. Y eso nada tiene que ver con el principio de la *par conditio creditorum*: el perjuicio para los acreedores no pagados deriva, de hecho, de la venta, no de la devolución del precio obtenido a los otros acreedores (LUCCHINI GUASTALLA, *ob. cit.*, págs. 301-302).

Se argumenta también en contra de la revocabilidad de la venta seguida del pago que la disminución del activo se compensa con la correspondiente disminución del pasivo, por lo cual el perjuicio no existe para los acreedores no satisfechos. Dicho argumento olvida que en el ámbito de la acción revocatoria el patrimonio del deudor no puede ser contemplado en abstracto, es decir, como la relación entre el activo y el pasivo, sino en concreto, es decir, como el conjunto de los bienes que constituyen la garantía de los acreedores. Si bien es cierto que el activo está destinado a cubrir el pasivo, cuando el deudor paga a algunos acreedores con el precio de la venta del único bien (inmueble) que forma parte de su patrimonio es evidente que disminuye los bienes con los que deben ser satisfechos los restantes acreedores no pagados.

En segundo lugar, se afirma que cuando el acto de la venta es necesario para pagar a los acreedores, porque el deudor no dispone de dinero y debe recurrir a la venta para procurárselo o, dicho en otros términos, porque el deudor no dispone de ninguna otra alternativa a la venta de sus inmuebles, tal acto presenta los rasgos de un «acto debido» que, por analogía con lo que dispone el párrafo 3.º del artículo 2.901 del Código Civil italiano, relativo

a los pagos de débitos vencidos, no puede ser revocado (puede verse esta argumentación en LUCCHINI GUASTALLA, *ob. cit.*, pág. 292 y notas 23 y 24). Para la jurisprudencia italiana, que mantiene esta posición, la no revocabilidad del acto de disposición del propio patrimonio realizado por el deudor que no dispone de dinero al objeto de procurarse las sumas necesarias para proveer al pago de débitos vencidos deriva de su carácter de instrumentalidad necesaria respecto al pago de los débitos vencidos, reconocido siempre lícito por la Ley, fuera de los casos en que rige el principio de la *par conditio creditorum* (puede verse esta jurisprudencia en COSTANTINI, Cristina, *I rimedi a tutela del credito*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2003, pág. 108 y nota 111).

Sin embargo, no parece que la sustracción a la revocatoria del cumplimiento de un débito vencido se pueda extender más allá de la precisa previsión de la norma legal, en particular a todos los actos necesarios para satisfacer necesidades del patrimonio del deudor. Por tanto, de la irrevocabilidad del pago de un débito vencido no puede deducirse la irrevocabilidad de la venta hecha por un precio justo con devolución del precio a los acreedores, porque se trata siempre de un acto dispositivo, aunque económicamente unido al cumplimiento de obligaciones. Podrá el acto de la venta no ser en concreto revocado por falta de alguna de las condiciones de la revocatoria, pero en abstracto, no obstante su aspecto de utilidad o también necesidad para el patrimonio del deudor, no puede no ser sometido a la acción revocatoria (DE MARTINI, Angelo, «Azione revocatoria (Diritto privato)», en *Noviss. Dig. it.*, II, 3.^a edizione, Torino, 1958, n. 14, pág. 157).

En tercer lugar, hay quien apela a la ausencia del *consilium fraudis* para justificar la irrevocabilidad de la venta en la hipótesis en cuestión. Nuestra jurisprudencia ha mantenido este punto de vista. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2007 basa la irrevocabilidad de la venta de un inmueble seguida de la aplicación del precio recibido al pago de algunos acreedores en la inexistencia del requisito del *consilium fraudis*. Afirma la sentencia (Fundamento de Derecho octavo) lo siguiente: el examen de los hechos probados conduce a la conclusión de que no concurre el requisito del *consilium fraudis* exigible para el ejercicio de la acción rescisoria en fraude de acreedores, dado que la sentencia que se casa declara probado que con la cantidad percibida por el deudor se atendió a obligaciones con otros acreedores. El quebrantamiento, añade, de la *par conditio creditorum* que la sentencia de instancia admite haberse producido no comporta la existencia de ánimo o conciencia de fraude, puesto que el deudor, en tanto no resulte constraído por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atenerse a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el Código Civil (art. 1.292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio *qui suum recepit nullum videre fraudem facere* (quien cobra lo que es suyo no defrauda).

Tanto en esta última sentencia como en las de 12 de marzo de 2004 y 21 de junio de 1945, nuestro Tribunal Supremo parte del hecho que estima probado de que el precio de la venta se destina por el deudor al pago de sus obligaciones, y de este hecho probado deduce que no existe fraude, entendido

en dichas sentencias como propósito defraudatorio o como ánimo o intención defraudatoria.

Por tanto, nuestra jurisprudencia tiene en cuenta fundamentalmente que la razón determinante de la venta hecha por el deudor no es otra que conseguir dinero suficiente para pagar a una parte de los acreedores. Y como el precio de la venta se destina precisamente al pago de algunos acreedores, parece que se estima que el acto de la venta se impregna de buena fe, porque en la venta seguida del pago de los créditos se pone de manifiesto la buena intención del deudor enajenante de cumplir sus obligaciones, lo que contradice el fraude. Por tanto, la aplicación del precio de la venta al pago de algunos acreedores repercute en el elemento subjetivo.

Sin embargo, no creemos que la irrevocabilidad de la venta seguida de la aplicación del precio recibido al pago de algunos acreedores pueda justificarse acudiendo al argumento de la inexistencia del *consilium fraudis*. La supuesta buena fe del deudor al realizar la venta seguida del pago debería ser irrelevante bajo el perfil del *consilium fraudis*, pues el elemento subjetivo de la acción revocatoria no consiste modernamente en el *animus nocendi*, sino en la conciencia del perjuicio (a la que se equipara modernamente la conciencia que se debió tener: véase sobre este punto, STS de 17 de julio de 2006 —RJ 2006/4960—), y ése es el único dato relevante, desde el punto de vista subjetivo, en el juicio revocatorio; la buena fe del deudor en el momento de la realización de la venta seguida del pago no puede borrar ni el perjuicio causado a los acreedores no pagados ni el conocimiento que de dicho perjuicio tuvieron (o debieron tener) tanto el deudor enajenante como el tercero adquirente, siendo indiferente a tal efecto el buen propósito del deudor de pagar algunos créditos con el precio de la venta, así como el conocimiento por parte del tercero adquirente de dicho propósito (cfr. VASSALLI, *ob. cit.*, págs. 299-300; LUCCHINI GUASTALLA, *ob. cit.*, pág. 304 y sigs.).

Pero nuestra jurisprudencia, al afirmar que en la hipótesis en cuestión no concurre el elemento subjetivo del *consilium fraudis*, atribuye relevancia determinante al buen propósito que ha determinado la venta, y que no es otro que obtener dinero para cumplir las obligaciones. Afirma, en tal sentido, la sentencia de 24 de julio de 2007, que no concurre el requisito subjetivo, dado que la sentencia de instancia declara probado que con la cantidad percibida por el deudor se atendió a obligaciones con otros acreedores. Por tanto, parece que para dicha sentencia el que vende su único bien inmueble para satisfacer uno o más créditos no realiza un acto injusto; antes al contrario, quien paga sus débitos cumple con su deber y permanece dentro del ámbito de lo permitido o de lo lícito, aunque no pueda pagar todos los créditos, porque, salvo en los supuestos de concurrencia de acreedores en los que rige el principio de igualdad de trato entre ellos, el deudor tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atenerse a criterios de igualdad o preferencia, pudiendo, en consecuencia, utilizar su patrimonio para satisfacer uno o varios créditos. De modo que, para nuestra jurisprudencia, no cabe hablar de fraude de acreedores en la venta hecha por un precio justo cuando el deudor enajenante destina el precio recibido al pago de los acreedores, aunque sólo sea a algunos de ellos, que aceptándolo realizan el propio derecho.

RESUMEN

FRAUDE ACREEDORES.
REVOCACIÓN DEL CONTRATO

En este breve artículo abordamos el siguiente problema: si puede decretarse la rescisión por fraude de acreedores de la venta del único bien (inmueble) del deudor enajenante seguida de la aplicación del precio recibido al pago de unos acreedores con preferencia a otros.

La cuestión es delicada, porque se da una conexión necesaria entre el acto de la venta y el posterior acto del pago. Los argumentos que se esgrimen a favor de la irrevocabilidad de la venta seguida del pago de algunas obligaciones son diversos, fundamentalmente centrados en la ausencia de alguno de los requisitos de la acción revocatoria. En esta dirección, nuestra jurisprudencia fundamenta la irrevocabilidad en la inexistencia del consilium fraudis, pues entiende que el destino dado al precio de la venta contradice el fraude.

Nosotros, sin embargo, nos adherimos a la tesis según la cual el acto de la venta en la hipótesis en cuestión es en abstracto revocable, pudiendo no ser en concreto revocado por ausencia de alguno de los requisitos de la acción revocatoria.

ABSTRACT

CREDITOR FRAUD.
CONTRACT REVOCATION

In this brief article, we address the following problem: When the sale of a debtor's sole asset (immovable property) is followed by the application of the price the asset fetches to pay off certain creditors with preference over other creditors, can the sale be decreed rescinded due to creditor fraud?

The question is delicate, because there is a necessary connection between the act of sale and the subsequent act of payment. The arguments wielded in favour of the irrevocability of the sale followed by payment of some obligations are varying. They fundamentally focus on the absence of this or that requirement for action for revocation. Along these lines, our country's case-law finds the foundation for irrevocability in the non-existence of consilium fraudis, as the understanding is that the purpose to which the price of the sale is put contradicts any fraud.

We, however, adhere to the thesis that the act of sale in the hypothesis in question is revocable in the abstract, although it might not be revoked in a concrete case due to the absence of one of the requirements for action for revocation.

1.6. Responsabilidad Civil

LA RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES POR LOS DAÑOS COMETIDOS
POR SUS TUTELADOS

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente análisis es apuntar el cambio que se está produciendo en la esfera de la responsabilidad derivada de los daños causados por las

personas incapacitadas judicialmente, aquéllas que sufren una discapacidad psíquica, o aquéllas que, careciendo de capacidad natural, no están incapacitadas judicialmente.

La escasez de pronunciamientos jurisprudenciales, fuera del ámbito de la comisión de un ilícito penal, ha podido ser una de las causas por las que no haya habido una adecuación normativa a las nuevas situaciones que de hecho se están dando en la sociedad (1). Por un lado, la tendencia es promover la autonomía de las personas que sufren una merma en sus aptitudes volitivas restringiendo las limitaciones a la capacidad y fomentando el autogobierno; y por otro, el aumento de enfermedades psíquicas que hacen que el mecanismo de protección y tutela se ponga en funcionamiento. La finalidad es proteger a la víctima que ha sufrido el daño, respetando la dignidad del incapacitado en su vida diaria, pero no debemos olvidarnos del tutor, quien asume una responsabilidad en ocasiones desmesurada en relación con sus posibilidades.

II. PLANTEAMIENTO

Dentro de los supuestos contemplados en el artículo 1.903 del Código Civil de responsabilidad por hecho ajeno, el párrafo tercero señala que los tutores serán responsables por los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Según el tenor literal del precepto, para que el tutor responda de los daños causados por su tutelado, éste tiene que «estar bajo su autoridad» y «habitar en su compañía», es decir, es precisa una resolución judicial que declare la incapacitación y el nombramiento de tutor, además de la convivencia con el pupilo. Es lógico pensar que es necesaria la convivencia para poder ejercer bien la función tutelar, porque el control es más exhaustivo, sin embargo, esta obligación de convivencia parece no reflejarse en lo dispuesto en el artículo 269 del Código Civil (2), ya que interpretado *a sensu contrario*, no establece como obligación del tutor la de tener al tutelado bajo su techo. Parece coherente pensar que si no hay convivencia entre tutor y tutelado, éste debe vivir sólo, con un tercero o en una institución que al final serían los que están ejerciendo la guarda efectiva sobre la persona incapacitada.

(1) Como señala GUTIÉRREZ CALLES, la situación del tutor habría que estudiarla en dos fases claramente diferenciadas. La primera, antes de la entrada en vigor de la Ley 13/1983, de reforma del Código Civil en materia de tutela, y la segunda tras la entrada en vigor de la citada ley. En la primera fase, como señala el autor, para que pudiera imputarse al tutor la responsabilidad por los hechos dañosos ejecutados por su pupilo, cumpliéndose los presupuestos señalados de sujeción a su autoridad y convivencia, era preciso que se probase la culpa del tutor (*culpa in vigilando*) y que fuera precisamente el que reclamaba la indemnización quién acreditase este extremo. Siendo además el incapacitado un ser molesto que casi siempre terminaba ingresado en el entonces denominado «manicomio». Tras la reforma, en donde hay un mayor control judicial y la tendencia es la sustitución del internamiento por una red de servicios sociales y asistenciales que permitan al enfermo mental estar integrado en su entorno social dificultan la labor de vigilancia por el tutor. GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Madrid, 2006, pág. 20.

(2) Así lo pone de manifiesto FÁBREGA, quien afirma que si interpretamos el artículo 269 *a sensu contrario* no hay indicación de convivencia obligatoria entre tutor y pupilo. FÁBREGA RUIZ, F., *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Madrid, 2006, pág. 68.

Ello nos lleva a plantearnos las siguientes cuestiones: ¿La responsabilidad del tutor es idéntica en todos los casos? ¿Es extensible la responsabilidad del tutor a otras figuras no contempladas especialmente en el precepto?

III. FUNDAMENTO Y EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR

Es preciso establecer las directrices que forman la base de la responsabilidad del tutor, el alcance de la misma en la sociedad actual y la aparición de nuevas situaciones que quedan sin una total cobertura jurídica.

1. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR

El fundamento de la responsabilidad del tutor se basa en la culpa *in vigilando*, estamos ante un supuesto de responsabilidad directa de quien teniendo que velar y vigilar al tutelado descuida esta obligación. El tutor responde por alguien que depende de él, es decir, existe una relación de dependencia entre el causante del daño y el obligado al resarcimiento. El obligado a reparar el daño causado por otro, lo es, por su propia conducta, y en opinión de un sector doctrinal, no cabe la repetición contra el pupilo causante del daño, como ocurre con los dependientes, ya que si el tutor hubiese actuado diligentemente el hecho dañoso no se habría producido (3), así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia en diversas ocasiones, afirmando que (4):

«...la más reciente doctrina y la jurisprudencia vienen proclamando que la responsabilidad impuesta por el artículo 1.903 a los que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas, no es subsidiaria, sino directa, “ya que se establece un incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos”» (sentencia de 16 de abril de 1973) (5).

Por lo tanto estamos ante un supuesto de responsabilidad por culpa en donde sólo es posible exonerarse de la misma si se demuestra que el obligado a tener una conducta de vigilancia, la llevó a cabo con la diligencia de un buen padre de familia, como así prevé el último párrafo del citado artículo. Se produce así una inversión de la carga de prueba, es el tutor el que tiene que demostrar

(3) Véase ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 1997, pág. 514 y sigs.

(4) STS de 16 de octubre de 2003 (RJ 2003/7392).

(5) En este mismo sentido, la STS de 23 de enero de 2004 (RJ 2004/50), «(...) conviene recordar que la más reciente doctrina y la jurisprudencia vienen proclamando que la responsabilidad impuesta por este artículo a los que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas, no es subsidiaria, sino directa, “ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos”» (sentencia de 16 de abril de 1973). Lo mismo declara la sentencia de 15 de febrero de 1975...

que actuó con la máxima diligencia, el perjudicado tendrá que demostrar simplemente que ha sufrido un daño y el nexo causal. Así lo contempló la STS de 15-2-1975 (6) que en su Considerando primero afirma:

«Que la doctrina de este Tribunal viene declarando que la responsabilidad derivada del artículo 1.903 del Código Civil, en sus diversos apartados, en cuanto a aquellos que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas, no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de otra determinada (...) uno de los codemandados no ha probado que haya empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño originado...»

Ahora bien, la prueba de la actuación diligente del tutor hay que acomodarla, como apuntaba anteriormente a las circunstancias actuales, en este sentido, afirma GUTIÉRREZ CALLES que al valorar la actuación del tutor, hay que considerar las circunstancias concurrentes y especialmente el riesgo que la sociedad debe asumir, derivado de un tratamiento en libertad para la integración social y familiar del enfermo mental, alejándonos de los internamientos en centros especializados como primera opción. En todo esto juega un papel muy importante la propia administración que debe poner a disposición de los familiares o de las personas que están a cargo de los incapacitados todos los medios adecuados para que estén atendidas las personas que padecen una enfermedad mental. Es curioso observar como en la mayoría de las sentencias tanto de Audiencia como del Tribunal Supremo en las que se declara una responsabilidad del encargado de la tutela, es un órgano tutelar y la responsabilidad deriva de delito (7).

2. EXTENSIÓN A OTRAS FIGURAS

Como señalábamos anteriormente, existe una relación de dependencia entre el autor material del daño —el pupilo— y quien debe responder. Ahora bien, como expresaba al inicio, existen situaciones en las que hay una relación de dependencia, señaladas en el propio Código Civil y no incluidas en este artículo 1.903, me estoy refiriendo en concreto al guardador de hecho (8). ¿Responde éste ante un acto realizado por una persona que, o bien está incapacitada legalmente y no convive con el tutor o aquella otra que no está incapacitada judicialmente pero carece de capacidad para entender y discernir sobre sus propios actos?, ¿se podría extender la responsabilidad prevista para el tutor al guardador de hecho.

La doctrina está dividida, hay quienes consideran que estamos ante una enumeración cerrada que no admite aplicación analógica, basándose en el carácter preciso, concreto y excepcional de la norma (9). Otro sector entiende

(6) (RJ 1975/566).

(7) GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *La guarda...*, pág. 50.

(8) Figura prevista en los artículos 303 y 304 del Código Civil.

(9) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, vol. II, Dykinson, 2002, págs. 501, 502.

que no es una norma temporal, ni excepcional, ni de ámbito temporal, pero para poder extender su aplicación a otros supuestos se han de dar las características comunes (10), incluso quienes consideran que existe una responsabilidad, entre otras cosas, por no haber promovido la tutela (11).

Es totalmente compartida la opinión de GÓMEZ CALLE (12) cuando afirma que no estamos ante una norma excepcional respecto del artículo 1.902 del Código Civil, ya que la responsabilidad del 1.903 deriva de la propia culpa del autor en su deber de vigilancia, aunque el daño lo haya causado un tercero. Además como expresa el propio artículo 4.2 del Código Civil, una norma se puede aplicar de forma analógica cuando no se contemple un supuesto específico pero que regule otro en el que se aprecie identidad de razón. Yo creo que en este supuesto si existe identidad de razón, esta identidad de razón se centra en la relación de dependencia en la que se encuentra el incapaz respecto tanto del tutor como del guardador de hecho. La diferencia que existe entre ellos es que el guardador de hecho asume voluntariamente la obligación de vigilancia del incapaz, mientras que el tutor ha sido designado en un procedimiento judicial de incapacitación.

La jurisprudencia es contradictoria en este sentido. La sentencia de 30 de abril de 1969 (13) siguió el criterio de considerar como enumeración taxativa los supuestos citados en el artículo 1.903 del Código Civil.

Mientras que la consideración del artículo 1.903 como una lista abierta se puso de manifiesto en la sentencia de 23 de febrero de 1976 al hacer una aplicación de analogía extensiva, en el afán de acomodar las normas a las necesidades que van surgiendo, expresando que:

«...ha dado lugar a una interpretación extensiva de los casos en que se debe responder por hecho ajeno, superando los estrechos moldes de la rigurosa exigencia del subjetivismo...».

Más recientemente la Sala de lo Penal ha tenido ocasión de manifestarse en este sentido, así la sentencia de 21 de julio de 2001 (14), en un supuesto en el que el delito se cometió en un permiso de fin de semana, declara que:

«...un requisito esencial de la responsabilidad civil subsidiaria es la existencia de una relación de causalidad —a la que se refiere claramente la expresión legal “siempre que haya mediado”— entre la culpa o negligencia de quienes tengan al exento de responsabilidad criminal —total o parcialmente— bajo su potestad o guarda y la comisión por aquél de un hecho punible y en el caso enjuiciado se excluye la responsabilidad del Centro Psiquiátrico donde se encon-

(10) Como señala DIEZ PICAZO, en todos los supuestos recogidos en el artículo 1.903, se observa en unas relaciones jurídicas determinantes de un nexo de jerarquía o subordinación que permite dar a otro órdenes e instrucciones, o vigilar la actuación de una persona, es decir, una relación de dependencia. DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, 9.ª ed., Tecnos, 2001, pág. 569.

(11) TEJEDOR MUÑOZ, L., «Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho», en *La protección de las personas mayores*, Tecnos, 2006, pág. 255.

(12) GÓMEZ CALLE, E., «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, Aranzadi, 3.ª ed., 2006, pág. 519.

(13) (RJ 1969/2307).

(14) (RJ 1527/2001).

traba internado el acusado al cometer los hechos y a la Sociedad en que dicho centro se encontraba asegurada a estos efectos, de la indemnización a que había sido condenado el acusado para la reparación del daño causado por el delito, en cuanto el acusado cometió el hecho cuando disfrutaba de un permiso de fin de semana en el domicilio familiar, esto es, cuando el deber de custodia incumbía no al centro en que recibía tratamiento sino a sus familiares...»

Observamos cómo se traslada la responsabilidad a la familia que ejercía la función de guardador de hecho en ese momento, con carácter temporal, pues el incapacitado disfrutaba de un permiso de fin de semana. Esto nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión. En este supuesto concreto, ¿No sería responsable también el Centro por permitir que alguien que no está en condiciones de discernir sobre lo que está bien y lo que está mal goce de una libertad sin un control exhaustivo? Quizá en estos supuestos en los que el tutor es una persona, ya sea física o jurídica y el guardador de hecho otra, la responsabilidad debería ser solidaria de ambos.

IV. CONCLUSIONES

La responsabilidad de los tutores, prevista en el apartado tercero del artículo 1.903 del Código Civil, es una responsabilidad directa del propio tutor bajo el fundamento de la culpa *in vigilando* como reiteradamente han venido manifestando tanto doctrina como jurisprudencia. Es un tema al que no se había prestado demasiada atención, quizá ante la ausencia de conflictos derivados de los daños ocasionados por las personas incapacitadas. Sin embargo, el tema va adquiriendo cada vez mayor relevancia jurídica debida principalmente al aumento de enfermedades de carácter psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma y que conducen al establecimiento de la tutela.

El entorno de las personas incapacitadas ha cambiado considerablemente, hasta el punto de que sería conveniente un nuevo planteamiento de la responsabilidad de los tutores por los daños ocasionados por las personas que tienen bajo su guarda y custodia, en cuanto a la extensión de su responsabilidad y de los obligados a responder.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Bosch, 1997.
DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistemas de Derecho Civil, II*, 9.^a ed., Tecnos, 2001.
GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Dykinson, 2006.
FÁBREGA RUIZ, F., *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Dykinson, 2006.
GÓMEZ CALLE, «La responsabilidad de padres y centros docentes», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, Aranzadi, 3.^a ed., 2006.
LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, II*, Dykinson, 2002 (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ).
TEJEDOR MUÑOZ, L., «Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho», en *La protección de las personas mayores*, Tecnos, 2006.

RESUMEN

TUTELA.
DAÑOS

El panorama de la responsabilidad civil de los tutores por los actos cometidos por sus tutelados y que causan daño a una tercera persona, tendría que ser revisado por el legislador a la vista de los cambios que se están produciendo en los tratamientos aplicados a las personas incapacitadas. Cada vez y en mayor medida se aboga por propiciar el autogobierno y la autonomía de la persona incapacitada sin haber variado el ámbito de responsabilidad del tutor. Además, la regulación actual es incompleta y no contempla figuras que están proliferando en la actualidad, como la del guardador de hecho de la persona incapacitada judicialmente o con una capacidad natural reducida.

ABSTRACT

GUARDIANSHIP.
DAMAGES

Legislators ought to revise the civil liability of guardians for acts committed by their wards causing damage to third parties, in view of the changes that are occurring in the way incapacitated persons are being treated. More and more often, it is recommended to encourage self-government and autonomy for incapacitated persons, yet the sphere of a guardian's liability remains the same. In addition, the regulations are incomplete as is and fail to envisage concepts whose use is currently on the rise, such as the de facto guard of a person who has been declared legally incapacitated or has a lessened natural capacity.

2. MERCANTIL

LOS PACTOS PARASOCIALES Y LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES POR SU INFRACCIÓN TRAS LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo ha vuelto a tener la oportunidad de volver a enjuiciar el delicado tema de la posible impugnación de acuerdos sociales por vulneración de un pacto parasocial.

Una primera lectura de estas recientes sentencias de nuestro más Alto Tribunal pudiera ofrecer la precipitada conclusión de que en las mismas se ofrece una tajante oposición a dicha posible impugnación, así como que el Tribunal Supremo debilita los acuerdos parasociales en relación con lo pactado por los socios en los correspondientes estatutos sociales. Sin embargo, en nuestra opinión, dicha conclusión no resulta acertada, pudiéndose adelantar respecto de la misma que no está basada en los hechos probados en las instancias que dieron lugar a dichas sentencias, así como que no componen la *ratio decidendi* de sus fallos, por lo que no puede extraerse de estas sentencias una doctrina jurisprudencial rotunda en cuanto a la imposibilidad de impugnar los acuerdos sociales por infracción de lo convenido en un pacto parasocial, sino que evidentemente, habrá que estar al caso concreto para poder enjuiciar con corrección dicha viabilidad o no, aunque sí es cierto que el Tribunal Supremo afirma en estas sentencias que la mera alegación de un pacto parasocial no puede servir como presupuesto para la impugnación de un acuerdo social, ello no significa, a nuestro entender, una conclusión doctrinal jurisprudencial al respecto en términos absolutos.

Es decir, las resoluciones jurisprudenciales a las que nos estamos refiriendo, a saber, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/17), la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2009 (*RJ* 2009/1633), la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/140200), y la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/140201), no conllevan, en nuestra opinión, una ruptura o quiebra de la doctrina jurisprudencial establecida, principalmente, en las clásicas resoluciones sobre la materia como son la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987/6194), y la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1204).

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Estas sentencias del Tribunal Supremo de 2008 y de 2009 ofrecen un mínimo común denominador, consistente en que las mismas se refieren todas

a impugnaciones que realizan diferentes partes interesadas contra acuerdos sociales de empresas de lo que podríamos denominar, a estos efectos, Grupo Konrad, en base a unas alegadas infracciones de un mismo convenio parasocial que debería aplicarse a las sociedades del Grupo y suscrito el día 23 de junio de 1997 por los miembros de las dos familias en liza —presentes o representados—, configurándose un caso complejo por dicho motivo: caso Grupo Konrad vs. Varios.

El otro gran elemento común, lo ofrece el contenido de dicho pacto en el que todos «los accionistas se comprometen a actuar en todo momento en beneficio de la sociedad y en base a los principios de cogestión, lealtad y buena fe», así como el controvertido modelo de artículo estatutario modificado como consecuencia de dicho pacto parasocial relativo a que el consejo de administración estaría compuesto por cinco miembros, requiriéndose para la válida adopción de los acuerdos, el voto favorable de cuatro de sus miembros y si no se llegaba a esa mayoría, bastaría en segunda convocatoria la mayoría de tres de sus miembros para la adopción del acuerdo social en cuestión.

Pues bien, con independencia del tratamiento de la cuestión específicamente controvertida en cada uno de los recursos de casación, al no ser éste el objeto del presente trabajo aunque no estén exentos de interés (por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/140201), se permite el sistema de representación proporcional en el órgano de administración de las sociedades limitadas, pese a la dicción literal del artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil) (1), la cuestión comúnmente controvertida y objeto de recurso fue si la adopción de dichos acuerdos sociales en segunda convocatoria por mayoría de tres de los miembros del órgano de administración resultaba válida o inválida, por vulneración o no de lo establecido en el convenio parasocial.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/17), el único motivo de casación se formalizó «...citándose como infringida la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987/6194) y 10 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1204), que permiten oponer a la sociedad los pactos parasocietarios firmados por socios como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales, en relación con el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (*RCL* 1989, 2737 y *RCL* 1990, 206), al que remite el artículo 56 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*RCL* 1995, 953).

El motivo carece de consistencia y no puede ser estimado por las siguientes razones:

*Un recurso de casación por interés casacional como el que es objeto de enjuiciamiento requiere para su prosperabilidad la concurrencia de dos requisitos: la existencia de una infracción legal y que la misma resulte de una oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Así resulta de los artículos 477.1; 2.3.º y 3 y 479.4 LEC (*RCL* 2000, 34, 962 y *RCL* 2001, 1892), y de la doctrina que mantiene esta Sala en la aplicación de la normativa casacional en los procesos seguidos por razón de la materia, como es el del caso de autos.*

(1) Vid. sobre este tema, con carácter general, Javier JUSTE, *Pactos parasociales e impugnación de acuerdos sociales: el acceso de las minorías al Consejo*. Anuario Mercantil para abogados, 2009, los casos más relevantes de los grandes despachos. La Ley, pág. 417 y sigs., 2009.

Pues bien, en el supuesto que se examina, no concurre ninguno de los dos requisitos, porque aparte de que la que se cita como doctrina jurisprudencial no tiene tal carácter, tampoco hay la infracción legal, con independencia de que ésta, por sí sola, resultaría insuficiente en la perspectiva del recurso ejercitado.

El artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, de aplicación por remisión del artículo 70.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, establece que los acuerdos (del Consejo de Administración en el caso) podrán ser impugnados por ser contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad, y sucede que la parte recurrente no cita ninguna norma legal como infringida, reconoce que no hay vulneración de los estatutos, y no alega (y en cualquier caso no prueba) que haya habido una lesión de la sociedad con beneficio de algunos socios o terceros.

La tesis del recurso es que la doctrina jurisprudencial permite impugnar un acuerdo societario (de la Junta o del Consejo de Administración) que es contrario a un pacto parasocial, al constituir una ilegalidad la vulneración de éste por ser de obligado cumplimiento para los socios y consejeros. Tal alegación carece de fundamento. La sentencia de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6194), que es una de las citadas en el recurso, estima la impugnación del acuerdo social por violación del artículo 14 de los Estatutos vigentes en la fecha que se adoptó el acuerdo, con independencia de que discorra acerca de los pactos existentes entre los socios al respecto de la legitimación de la impugnante y aplique la doctrina denominada del “levantamiento del velo”; y la sentencia de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992/1204), que es otra de las mencionadas por la parte recurrente, razona, frente al alegato del motivo, de que el abuso del derecho en que se funda la sentencia de apelación no se encuentra entre las posibles causas de impugnación de acuerdos sociales que prevé el artículo 67 LSA, de 17 de junio de 1951 SIC (RCL 1951, 811, 945) [del que es trasunto el actual 115 LSA 1989 (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206)], que, “la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho (subjetiva, de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria, y objetiva, de anormalidad en el ejercicio del mismo), que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, como acertadamente ha entendido la sentencia recurrida”.

Como es de ver, ninguna de las sentencias citadas mantiene la doctrina alegada, al referirse a causas de impugnación de las previstas en el actual 115.1 LSA, y no a un mero pacto extrasocietario.

Finalmente debe señalarse que el ordenamiento contractual no puede servir de norma “eludible o soslayable” a efectos de configurar un hipotético fraude de ley, como ya declaró esta Sala en sentencia de 3 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9190).

Así pues, de la sentencia anteriormente expuesta y a la luz de los hechos de la misma de los que hemos realizado abstracción con anterioridad, sólo puede extraerse que la simple vulneración de un pacto parasocial no es base suficiente para la impugnación de un acuerdo social, lo que en sede de principio y como afirmación general compartimos, sin perjuicio de las observaciones al respecto que con posterioridad realizaremos.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2009 (RJ 2009/1633), lo interesante, a nuestro juicio, de su razonamiento es lo siguiente:

«...Entrando por tanto a conocer del motivo, esto es, de si la sentencia recurrida se opone o no a la jurisprudencia de esta Sala sobre la vinculación de la sociedad a los llamados pactos o acuerdos parasociales, debe comenzarse por señalar que la verdadera doctrina contenida en las sentencias de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6194) y 10 de febrero de 1992, es decir, las dos citadas en el encabezamiento del motivo que sí guardan estrecha relación con la cuestión planteada, es que la contravención por los órganos sociales de unos pactos privados entre los socios, sobre todo si éstos son todos los socios, puede determinar la nulidad de lo acordado por resultar, en definitiva, contrario a la ley, a los estatutos o al interés social. De otro lado, algunas sentencias más recientes de esta Sala, como la de 3 de septiembre de 2007 (rec. 3222/00), sin versar realmente sobre la misma cuestión, ciertamente no desconocen la relevancia de lo que todos los socios de una determinada sociedad puedan acordar en documento privado, lo que desde luego no supone desconocer lo que con toda claridad establece el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 7 LSA (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206).

Sucede sin embargo que la sentencia recurrida no se opone a dicha doctrina jurisprudencial, pues toma en consideración el convenio de sindicación para decidir si su contravención podría suponer una infracción de la ley o los estatutos o una lesión al interés social, como claramente resulta de su fundamento jurídico cuarto, en el que incluso se hace una especial referencia a la sentencia de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992/1204) invocada por el recurrente.

A partir de lo antedicho se impone la desestimación del único motivo del recurso porque, amén de alterar la realidad dando a entender que el convenio de sindicación llegó a inscribirse en el Registro Mercantil cuando lo informado por el registrador en la fase probatoria del pleito fue precisamente todo lo contrario, el recurrente prescinde por completo de los atinados razonamientos del tribunal sentenciador, en primer lugar, sobre la plasmación de dicho convenio en los estatutos de la sociedad demandada, de suerte que el Consejo de Administración quedaba vinculado a partir de ahí no tanto al convenio como a los estatutos resultantes de la correspondiente modificación, y, en segundo lugar, sobre las diferencias que según la LSA hay entre los consejeros delegados y los apoderados de la sociedad, condición esta última predicable de aquellas personas naturales designadas por la sociedad para encarnar a ésta como consejera de otras sociedades.

Sobre lo primero, esta Sala no puede menos que compartir lo razonado por el tribunal sentenciador, pues fueron todos los socios firmantes del convenio de sindicación quienes, ese mismo día, celebraron Junta universal que trasladó su contenido a los estatutos en la forma y hasta el grado que todos los socios consideraron más conveniente, de suerte que la nulidad de los acuerdos del Consejo habría dejado de tener como punto de referencia el convenio de sindicación mismo para pasar a tenerlo en los estatutos, que ya previeron lo necesario sobre las mayorías precisas para los nombramientos de miembros del Consejo de Administración y consejeros delegados de un modo que se cumplieran los términos del convenio de sindicación».

Esto es, la totalidad de los socios de la sociedad firmantes del pacto de sindicación, con posterioridad celebraron junta general de la misma, trasladando el contenido del mismo (en cuanto al objeto de debate) a los estatutos sociales, por lo que a partir de ahí, la infracción supuestamente cometida lo sería de los propios estatutos sociales, a efectos de las causas de impugnación

de acuerdos del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, máxime si quedó probado en autos que ni siquiera fue alegada en la instancia la contravención del interés social, sólo la supuesta violación del pacto parasocial, por lo tanto, a juicio del Tribunal Supremo, la no viabilidad de la impugnación del acuerdo social no ha violado las sentencias del mismo (de 1987 y de 1992) citadas por la recurrente, por cuanto éstas sí que concedieron validez a dicha impugnación por otros motivos, a saber, el levantamiento del velo para impedir el fraude de ley y la interdicción del abuso del derecho, aspectos que como tales no quedaron acreditados su existencia en la fase probatoria de instancia.

Por su parte, de la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009/140200), en términos análogos y no estimando la existencia de fraude de ley no abuso del derecho, conviene reseñar —en nuestra opinión— lo siguiente:

«La impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración de las sociedades de responsabilidad limitada, clase a la que pertenece la demandada, se rige por las normas reguladoras de la de los acuerdos de la junta general de accionistas en el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas —art. 70, apartado 2, de la Ley 2/1995— y, entre ellas, por la del artículo 115, apartado 1, de dicho texto, que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

De la literalidad del referido precepto resulta como consecuencia que la mera infracción de un convenio parasocial no baste, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social —sentencia de 10 de diciembre de 2008—. Lo que, en el supuesto que se enjuicia, caracterizado porque los acuerdos son plenamente conformes con los estatutos y no se han impugnado por lesionar los intereses sociales, implica la necesidad de averiguar si infringieron, además de o junto al pacto, alguna norma jurídica.

TERCERO

En el motivo se acusa la infracción del artículo 56 —por el 70— de la Ley 2/1995, de 23 de marzo (RCL 1995/953), en relación con el 115, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206), y de la jurisprudencia expresada en las de 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6194) y 10 de febrero de 1992 (RJ 1992/1204) que, según el recurrente, “permite oponer los pactos parasocietarios firmados por todos los socios como fundamento de la impugnación de acuerdos sociales”.

Alega el demandante que el convenio de que se trata estableció un principio de gestión social compartida que vinculaba a los socios, a los consejeros y a la propia sociedad, con independencia de cual hubiera sido su reflejo estatutario. Añade que, en concreto, los acuerdos de ratificación de los actos ejecutados por un apoderado sin poder suficiente y de atribución de poderes, por tres, en lugar de cuatro, consejeros, eran contrarios a aquel principio, por más que se manifestaran como formalmente correctos.

El motivo se desestima.

Ha de indicarse que ninguna de las sentencias en él señaladas ofrecen el apoyo que busca el recurrente. La de 24 de septiembre de 1987 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una sentencia que había anulado los acuerdos impugnados, pero lo hizo por la razón de ser los mismos opuestos a los estatutos. Y la ratio decidendi de la de 10 de febrero de 1992 no fue otra

que la demostración de una lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas.

En definitiva, dichas sentencias no se alejan de los términos en que se expresa la norma del artículo 115, apartado 1, del texto refundido de la Ley de sociedades anónimas.

Por otro lado, no pueden considerarse contrarios a la Ley —las otras causas de impugnación ya se ha dicho que no fueron alegadas— los dos acuerdos impugnados por la mera invocación de los artículos 6, apartado 4, y 7, apartado 2, del Código Civil (LEG 1885/21).

El primero de ellos exige, además, de que el acto se haya realizado bajo la cobertura de una norma y persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, la existencia de otra norma eludida, que no se identifica en el motivo y que es la que debería ser aplicada en el caso de declararse el fraude de ley y, por ende, la que debería determinar cuál habría de ser el tratamiento que merece el acto considerado fraudulento.

Por otro lado, no cabe hablar de abuso de derecho, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto. Entre ellas, que lo pactado por los socios debía proyectarse por voluntad de los mismos, y se proyectó en los estatutos. Que, como se dijo, es a éstos a los que corresponde establecer el régimen de organización y funcionamiento del consejo, con inclusión, en todo caso, del modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría —arts. 13, letra f), y 57 de la Ley 2/1995—. Y que los estatutos de Camanchaca, S. L., por decisión de la junta que los aprobó en su día, contienen, junto a las normas que expresaron la voluntad de dar intervención a la minoría en la administración social, otra, de aplicación supletoria, que elimina el rigor de tal exigencia».

Esta sentencia lo que vuelve a confirmar es que la existencia de la posible vulneración de un pacto parasocial no es causa suficiente para que se pueda proceder a la impugnación de un acuerdo social con base en el mismo, a la misma vez que entiende que las reiteradas sentencias de 1987 y 1992 no se alejan de los términos del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, esto es, fraude de ley y abuso de derecho, que vuelven a ser desestimados en este caso, ya que la recurrente no alude en sus alegaciones a cuál ha sido la norma eludida para que entre en aplicación el artículo 6.4 del Código Civil, y puesto que no cabe hablar de abuso de derecho, sin atender a las circunstancias concretas del caso, siendo las mismas en el presente, que lo pactado por los socios se proyectó en los estatutos sociales. Por lo tanto, parece que sólo el alegado principio de coestión social, inspirador del contrato parasocial, es el debilísimo argumento esgrimido por la recurrente para poder entender su petición, principio que, por otro lado, se estipuló también en los estatutos al recogerse en su contenido el mismo sistema de adopción de acuerdos previstos en el acuerdo parasocial firmado por todos los socios de la compañía.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009/140201), nos ofrece el siguiente razonamiento sobre esta materia, amén del interesante fundamento revelador de la conducta de los socios minoritarios:

«Sin embargo, no se trata de determinar si el litigioso convenio, al que llegaron los socios, fuera de los cauces establecidos en la legislación societaria y en los estatutos, fue válido ni cuáles serían las consecuencias que de su alegado incumplimiento se pudieran derivar para quienes lo hubieran incumplido. Lo

que el recurso plantea es la necesidad de decidir si el acuerdo adoptado en el seno del órgano social puede ser declarado nulo o anulado por contravenir, si es que lo hace, lo pactado por los socios en aquella ocasión.

Y la respuesta debe ser negativa a la vista de los términos en que está redactado el artículo 115.1 del referido Real Decreto 1564/1989 —aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por virtud de lo dispuesto en el art. 56 de la Ley 2/1995—, ya que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

Consecuentemente, la mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado —sentencias de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009/17) y 2 de marzo de 2009—.

Por otro lado, ninguna de las sentencias señaladas en el motivo ofrecen apoyo al mismo. La de 24 de septiembre de 1987 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una sentencia que había anulado los acuerdos, pero lo hizo por la razón de ser éstos contrarios a los estatutos. Y la ratio decidendi de la sentencia de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992/1204) no fue otra que la demostración de una lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de una o varios accionistas.

(...)

QUINTO

El artículo 19 de los estatutos de Turística Konrad-Hidalgo, S. L., establece que, “para la efectividad de este derecho de agrupación, bastará con que los socios que se propongan ejercitarlo lo notifiquen por cualquier medio al secretario del Consejo de administración, con cinco días de antelación a la celebración de la junta general de que se trate...”.

El referido precepto estatutario fue tomado en consideración por el Tribunal de la segunda instancia para declarar —fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida—, a mayor abundamiento, que “los socios que representaban a la minoría, debidamente convocados a la junta, no ejercitaron antes de su celebración su derecho de representación proporcional en la forma que viene regulado en el precepto estatutario... (el cual) no puede abarcar los casos en que ésta (la minoría) no ejerza tal derecho”.

Tal afirmación —que, por su contenido fundamentalmente fáctico, debe ser mantenida en casación— sirvió a la Audiencia Provincial como base de un segundo argumento para la desestimación de la impugnación del nombramiento del consejero por la mayoría: el mismo no fue opuesto a los estatutos, sino, como consecuencia de la falta de ejercicio del derecho reconocido a la minoría, conforme a sus disposiciones.

Dicho argumento debe ser también mantenido por su solidez jurídica.

En conclusión, procede que estimemos el motivo sólo en cuanto a la declaración de la nulidad de la regla estatutaria —con la que, además, se dio respuesta excesiva a la excepción que había planteado la demandada—.

Es decir, vuelve a reiterar que la mera alegación de vulneración de un pacto parasocial no sirve como presupuesto para la impugnación de un acuerdo social, sino que ha de ubicarse la misma en sede del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que los presupuestos del mismo se den en el presente caso.

Además, después de afirmar la validez del sistema de representación proporcional en el órgano de administración de las sociedades limitadas, los socios minoritarios ni siquiera cumplieron con el procedimiento estatutario establecido para el mismo.

En conclusión, tal y como habíamos adelantado, las citadas sentencias del Tribunal Supremo no se oponen frontalmente a que la vulneración de un pacto parasocial pueda ser base para la impugnación de un acuerdo social contradictorio del mismo, sino que lo que realmente vienen a afirmar es que no basta la mera alegación de dicha vulneración, por lo que han de analizarse si en el caso concreto confluye alguno de los requisitos del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, resultando que en los casos enjuiciados por las mismas no se aprecia la existencia de ninguno de ellos, a saber, el acuerdo social no resulta contrario a Ley imperativa, ni a los estatutos sociales (ya que se había trasladado el pacto parasocial a los mismos) ni al interés social (no alegado correctamente, por otra parte, en las correspondientes instancias), no apreciándose la existencia de fraude de ley (al no invocarse la norma pretendidamente eludida, ni servir como base del mismo la infracción de un contrato), ni observándose la existencia de un abuso de derecho, ya que quedó constatado que la mayoría no sólo actuó conforme a los estatutos, sino también conforme al pacto extraestatutario.

Por ello, y como principio, mostramos nuestra conformidad al fallo de dichas sentencias, de los hechos que se pueden deducir de las mismas, aunque no podemos por menos que observar cómo sigue sin abordarse ni ofrecerse por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo un correcto tratamiento del debate, así como una solución fundada para la resolución del mismo, ya que, sin menospreciar los intentos de las meritadas sentencias del Tribunal Supremo de 1987 y 1992, consideramos que las soluciones ofrecidas por algunas sentencias no dejan de ser algo artificiosas, tal como la ficción de la existencia de una Junta general cuando la totalidad de los firmantes del pacto son la unanimidad del capital social, sin que el «interés social» en su aspecto contractualista, tal y como ha venido en reconocer la más autorizada doctrina mercantilista, siga sin aflorar como piedra angular y como base para la resolución de esta problemática.

III. EL TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL PROBLEMA

Evidentemente, con carácter previo a esta cuestión, ha de admitirse como de hecho ya hicimos (2), de acuerdo con PAZ-ARES (3), en que en los supuestos de coincidencia subjetiva entre los firmantes del pacto y la totalidad de los socios de la sociedad, así como cuando los resultados que ofrece el ordenamiento societario son iguales o equivalentes a los del ordenamiento contractual, deben poder hacerse valer los acuerdos parasociales frente a la sociedad, siendo esto lo que ocurre en el caso de los acuerdos sociales, pudiendo por

(2) FRANCISCO REDONDO TRIGO, «De nuevo sobre la retribución de los administradores. ¿Estatutos o Pactos Parasociales?», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, págs. 522-532.

(3) PAZ-ARES, «El Enforcement de los pactos parasociales», en *Actualidad Jurídica, Uría & Menéndez*, núm. 5, 2003. Vid., con carácter general sobre la materia, la abundante doctrina nacional y extranjera citada por este autor.

tanto, como regla general, afirmarse la posibilidad de alegar la infracción de un pacto parasocial por un acuerdo social (4).

PAZ-ARES, en su citado trabajo (*El Enforcement...*, págs. 40 y 41) concluyó con pleno acierto en relación con la posible impugnación del acuerdo social que vulnerase lo convenido en un pacto parasocial, lo siguiente: «*La infracción de pactos parasociales ha de construirse necesariamente como una causa de anulabilidad, donde los intereses en juego son estrictamente privados, lo cual obliga —dentro del razonamiento que venimos desarrollando— a transformarlas, o bien en infracciones estatutarias, o bien en infracciones fiduciarias. La primera alternativa se ha intentado recurriendo a la vía interpretativa. Los pactos parasociales —se afirma— son reglas interpretativas de los estatutos; tratan de establecer la voluntad de todos los socios y, en esa medida, pueden equipararse. Pero la solución tampoco convence. Nuevamente, puede tacharse de artificiosa. Los pactos parasociales no son o, al menos, no son siempre un instrumento para interpretar los estatutos, sino un cuerpo de reglas que deliberadamente se ha establecido al margen del orden estatutario. La segunda alternativa, en cambio, se revela más prometedora. No hay que forzar nada las cosas, en efecto, para construir la violación del pacto parasocial como infracción fiduciaria. Basta con percatarse de que, desde un entendimiento contractual del interés social —como el que predomina en nuestra doctrina y jurisprudencia—, cualquier acuerdo que contravenga un pacto suscrito por “todos” los socios revela una desconsideración de sus intereses —una forma de deslealtad o infidelidad— y, en esa medida, resulta contrario al interés social. Por definición, el acuerdo adoptado en contravención del pacto beneficia a los accionistas que lo incumplen en perjuicio de los accionistas que reclaman su cumplimiento. El beneficio de unos y el perjuicio de otros está in re ipsa.*».

Con posterioridad, FERNÁNDEZ DEL POZO (*El protocolo familiar...*, págs. 221, 222 y 223) se decanta igualmente a favor de dicha solución argumentado lo siguiente: «*Bajo esta óptica debe admitirse con nuestra doctrina —sorprendentemente pacífica— la posibilidad de una impugnación de los acuerdos sociales adoptados en Junta o en Consejo cuyas decisiones infrinjan lo convenido en el pacto parasocial o protocolo familiar ex artículo 115 LSA y en el bien entendido que tales acuerdos serían anulables... como si se tratara de una infracción de estatutos o reglamentos de régimen interior (doctrina que puede seguirse de las SSTs de 24 de septiembre de 1987, caso Hotel Atlantis Playa; 26 de febrero de 1991 y 10 de febrero de 1992, caso Munaka; 18 de marzo de 2002, caso Villar de Olaya Golf, S. A., STS de 21 de septiembre de 2007, caso QUINCOSA; la RDGRN de 26 de octubre de 1989, caso Promociones Keops). Entre las mismas partes, por ejemplo, si ésta es su voluntad, prevalece el régimen parasocial de transmisibilidad sobre el estatutario (cfr. STP de Barcelona, sec. 15.ª, de 18 de noviembre de 1996) o el precio de rescate pactado sobre el estatutario (STS de 23 de marzo de 2001), etc.*».

(4) Aunque esta solución haya sido negada tradicionalmente. Vid. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, y GARRIGUES, «Los sindicatos de voto», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1955, la doctrina más reciente ha venido confirmando la existencia de dicha oponibilidad del pacto parasocial frente a la sociedad en determinadas situaciones, así, PÉREZ MORIONES, *Los sindicatos de voto para la Junta General de la Sociedad Anónima*, 1996; PAZ-ARES (*El Enforcement...*), y FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, 2008.

Recientemente, y tras estas sentencias del Tribunal Supremo, David PÉREZ MILLÁN (5) expone su opinión coincidente con la doctrina anterior al decir que: «*Por el contrario, ha de encontrarse un fundamento que permita no sólo encuadrar tales hipótesis en las causas de impugnación previstas legalmente [para la importancia de este aspecto, v. STS de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009/17), de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009/140200), y de 6 de marzo de 2009 (JUR 2009/140201), sino asimismo delimitar bajo qué presupuestos y con qué límites puede admitirse la impugnación de un acuerdo social por vulnerar lo dispuesto en un pacto parasocial (...). Si todos los socios son parte del pacto parasocial, se antoja razonable, en todo caso, sostener que el acuerdo social contrario a lo pactado lesiona el interés social [en cuanto a la conclusión, cfr. STS de 10 de febrero de 1992 (RJ 1992/1204), así como PAZ-ARES, ob. cit., pág. 41, que considera equivalente el razonamiento que, para el ordenamiento alemán, encuentra en esta clase de acuerdos una infracción del deber de lealtad o buena fe por los socios, y, en este sentido, cfr. ZÖLLNER, loc. ult. cit.; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln, 202, § 15, pág. 94, así como EHRLICH, Schuldvertragliche Nebenabreden zu GmbH-Gesellschaftsverträgen, Heildeberg, 2004, págs. 29 a 34, donde puede comprobarse la relación entre el deber de fidelidad, interés de los socios e interés social, así como su posible concreción en pactos parasociales suscritos por todos los socios].*»

IV. CONCLUSIONES

En nuestra opinión y pese al carácter cerrado del artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas: «*Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros los intereses de la sociedad. Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables...*», entendemos que la violación de un pacto parasocial suscrito por todos los socios sí encuentra ubicación dentro de los supuestos de impugnación de acuerdos sociales legalmente establecidos, aunque reconocemos que la misma no resulta fácil.

Concretamente, la *sedes materiae*, en la que debe ofrecerse respuesta al supuesto de hecho debatido, ha de ser la de la anulabilidad del acuerdo social en los casos en que el mismo lesione en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros los intereses de la sociedad, esto se puede producir cuando el acuerdo social contraviene lo pactado por todos los socios en un acuerdo extraestatutario.

Bien a través de la ruptura del deber fiduciario de fidelidad antes apuntado, o bien, mediante el principio de la buena fe y el de la interdicción general del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo (art. 7 del Código Civil), los mismos han de valer como argumentos de la consecuencia jurídica propuesta, a saber, la anulabilidad del acuerdo social por ser contrario al interés social, ya que se entiende por la doctrina el «interés social» desde una concepción contractualista al afirmarse que «*la colisión del interés de la sociedad como interés común de los socios, con el interés particular del socio o socios*

(5) David PÉREZ MILLÁN, *De la posible impugnación de acuerdos sociales por infracción de pactos parasociales*. Jornada «Reflexiones sobre la Junta General de las Sociedades de Capital», celebrada el 20 de abril de 2009 en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

de la mayoría, o el interés más claramente extrasocial del tercero» (6), y en términos análogos la Jurisprudencia configura dicho «interés social» como que éste «...no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria supone una lesión al interés social; segundo, el beneficio de uno o varios accionistas o de un tercero; tercero, nexo causal entre la lesión del interés social y el beneficio indicado. Tales presupuestos deben ser probados» (vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 1991 —RJ 1991/1512— y sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 1998 —RJ 1991/1512—) (7).

De esta forma, la reiterada sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1992, dispone al efecto lo siguiente: «...la sociedad recurrente denuncia infracción del artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas, para lo que, en el breve alegato que integra el desarrollo del mismo, parece querer aducir que el abuso del derecho no se encuentra incluido entre las posibles causas de impugnación de acuerdos sociales que dicho precepto establece. El referido apartado del motivo ha de ser desestimado, pues la lesión de los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas (que es una de las causas de impugnación contempladas en el precepto invocado) puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho (subjettiva, de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria, y objetiva, de anormalidad en el ejercicio del mismo), que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso...».

De igual manera, la también reiterada sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1987, pese a que acude al recurso del fraude de ley y del levantamiento del velo de la persona jurídica, lo hace con base al «...acogimiento del principio de la buena fe...». Este caso ha sido calificado por la doctrina como un ejemplo del principio del *Tu quoque*. En este sentido, Miquel GONZÁLEZ (8) explica dicho principio, relacionándolo con la sentencia anterior, del siguiente modo: «La regla conocida con las palabras *tu quoque* está emparentada con el aforismo *nemo auditur sua turpitudine allegans*. Significa la imposibilidad de invocar las reglas jurídicas por el mismo que la desprecia... También parece un caso semejante el de quien niega a su socio legitimación para la participación en la sociedad alegando que éste le ha transmitido fiduciariamente a él todas sus acciones (STS 24-IX-87)» (9).

(6) Fernando SÁNCHEZ CALERO, *La Junta General en las Sociedades de Capital*, Editorial Thomson-Civitas, pág. 375, 2007.

(7) Puede verse una exposición de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el siguiente trabajo de Felipe PALAU RAMÍREZ, «Nulidad y anulabilidad de acuerdos de la junta general de las sociedades de capital en la jurisprudencia española de la última década», en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2004.

(8) José María MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, pág. 55. Secretaría General Técnica de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

(9) *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. «No se oye a quien alega su torpeza. Cfr. CJ 7.8.5, del 223, donde Alejandro Severo establece por rescripto que no debe ser oído el manumisor que declaró que defraudó a los acreedores con el fin de revocar una manumisión hecha a unas esclavas dadas en prenda; cfr. también CJ 8.55 (56), 4, del 293, que recoge un rescripto de Diocleciano y Maximianoa Prócúla en que se le advierte que no se puede revocar una donación por alegar el donante que la hizo en fraude de terceros; o CJ 2.4.30, del 294, que impide a quien ha actuado con dolo alegarlo con el fin de impugnar una transacción (...) En ocasiones, aparece el principio formulado con

A nuestro juicio, la infracción del deber de fidelidad del socio y la actuación conforme al principio de la buena fe tienen un enorme paralelismo, o mejor dicho, el deber de fidelidad del socio es una obligación del deber genérico de actuación de buena fe en el marco del contrato social y del contrato parasocial, ya que se concreta en un deber de actuación leal que le impide (en el caso de los socios mayoritarios, generalmente) adoptar un acuerdo social contrario al contrato parasocial suscrito por todos los socios. Así la doctrina (10), haciéndose eco de la difícil distinción entre el ejercicio abusivo del derecho y el ejercicio contrario a la buena fe ha establecido que: «...*De modo aproximado podemos decir que el ejercicio del derecho contra la buena fe ataca la confianza suscitada en la otra parte, o bien una regla de coherencia de la propia conducta por imperativos éticos; la buena fe también condena el ejercicio de un derecho obtenido de forma desleal. Se desenvuelve en el marco de una relación especial entre las partes, en la que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca. En el abuso del derecho hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica ínsita en el derecho subjetivo o en la norma. En el abuso del derecho, el problema se ha visto, inicialmente al menos, más bien desde la óptica de los derechos absolutos, por ejemplo la propiedad, como un problema de libertad reconocido por el derecho o la norma*».

En conclusión, entendemos que el principio de la buena fe debe ser aplicado de oficio, es de carácter imperativo y aplicable en todo el Ordenamiento Jurídico, y su infracción da lugar a su control en casación por tener evidente interés casacional (ex art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que, la buena fe (art. 7 del Código Civil) puede considerarse como «una espada de Damocles» en relación con los posibles abusos de la mayoría con respecto a la minoría, cuando tal abuso provenga de lo convenido por todos en un pacto parasocial, ya que dicha actuación debe ser considerada como contraria al «interés social», lo que originaría la viabilidad de la impugnación del acuerdo social mayoritario infractor del pacto parasocial acordado por unanimidad.

No obstante, lo anterior somos conscientes que el recurso a tal «norma principal» que positiviza el principio general del Derecho de la buena fe, no puede servir como panacea para la impugnación indiscriminada de los acuerdos sociales que contraríen lo acordado en un pacto parasocial, incluso cuando éste hubiera sido acordado por la unanimidad de los socios, ya que las circunstancias del caso concreto han de ser las correctoras de esta consecuencia jurídica que consideramos viable.

Por ello, entendemos que estas sentencias del Tribunal Supremo de 2008 y 2009 no sientan una doctrina jurisprudencial contraria a la debatida impugnación del correspondiente acuerdo social que vulnere lo pactado en el contrato parasocial, sino que esta mera alegación no basta para estimar dicha impugnación, debiendo por tanto analizarse los hechos y la conducta de las partes para determinar si en base a los mismos puede acordarse la impugnación que se alegare.

el aforismo: fraudem suma nemo debet allegare. Cfr. STS de 19 de febrero de 1992 (RJ 1992/2909); STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 1992/5095); STS de 20 de mayo de 1992 (RJ 1992/5097); STS de 26 de noviembre de 1992 (RJ 1992/8963); STS de 16 de julio de 1997 (RJ 1997/6034). Principios de Derecho Global. Aforismos jurídicos comentados. Thomson-Aranzadi, 2003, págs. 156 y 157.

(10) José María MIGUEL GONZÁLEZ, vid. *op. cit.*, pág. 46.

RESUMEN

ACUERDOS SOCIALES Y PARASOCIALES

Recientes sentencias del Tribunal Supremo de 2008 y 2009 sientan como principio que la mera alegación de la existencia de un pacto parasocial no puede servir como base para la impugnación de un acuerdo social que vulnerase tal convenio extraestatuario, sin embargo, ello no supone que en determinadas situaciones cuando concurra una lesión del interés social no pueda ser viable la referida impugnación del acuerdo social.

ABSTRACT

CORPORATE RESOLUTIONS AND SHAREHOLDERS' AGREEMENTS

Recent Supreme Court rulings of 2008 and 2009 establish as a principle that the mere allegation that a shareholders' accord exists cannot serve as grounds for challenging a corporate resolution that violates the shareholders' private accord (which is not made under the company by-laws). However, this does not mean that, in certain situations, when an injury of the corporate interest is attendant, the challenge of the corporate resolution is necessarily unviable.

3. URBANISMO

PUBLICIDAD REGISTRAL DEL URBANISMO: PUBLICIDAD DEL PLANEAMIENTO O DE SUS DETERMINACIONES

por

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

Abogado

I. EL TRÁNSITO DESDE EL URBANISMO EXTRAÑO AL REGISTRO HASTA LOS INTENTOS DE PUBLIFICACION TOTAL POR EL MISMO

Es suficientemente conocido que ya en la primera Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, el legislador de la Ley central en la historia del Urbanismo español proclamó la necesidad de adaptar el sistema registral a los nuevos conceptos e instituciones que aún cuando esporádicamente se habían utilizado en las leyes particulares anteriores, sólo adquieren carta de naturaleza en aquella Ley.

Hubieron de transcurrir casi cuarenta años para que ese objetivo fuera conseguido con ocasión de la promulgación del Real Decreto de 4 de julio de 1997.

Ha de reconocerse sin embargo, como tantas veces he aprovechado para recordarlo, que sólo cuando se publica el primer texto reglamentario, como fue el Reglamento de Reparcelaciones de 1967, es cuando el Urbanismo comienza su andadura real. Y ello, además, gracias al impulso y colaboración directa de un Registrador tan importante como el que fuera Decano del Colegio, Narciso de Fuentes Sanchís.

No obstante a pesar de que el juego del Registro permitía la incorporación de las instituciones esenciales del Derecho Privado, es decir, el reconocimiento del dominio y la incorporación a él de la función social dentro de una estructura tan elaborada como la que proporcionaba el sistema registral, susceptible sin embargo, de acuerdo con su profunda sabiduría, de permitir el acceso de las grandes transformaciones sociales patrocinada desde la entraña del sistema registral, la realidad sin embargo era que las Administraciones Públicas no estaban especialmente interesadas en someterse a las consecuencias del sistema y los particulares tampoco querían entrar en el formalismo y el rigor que del mismo pudiera deducirse.

En este entorno los titulares del sistema registral calificaban a las leyes que no eran el Código Civil como meras leyes administrativas y la jurisprudencia se movía igualmente en la imagen de que la propia terminología de la finca como entidad registral no podía extrapolarse del mundo agrario, que era su seno natural, con desconocimiento de todas las virtualidades que el propio sistema podía alcanzar.

Todo ello, sin duda, debe entenderse en el sentido de que retrataba mundos diferentes que sólo de modo excepcional entraban en contacto.

Naturalmente que el progreso y la transformación de la sociedad, especialmente a partir de la Constitución, y la creación del Estado de las Autonomías con las atribuciones normativas a favor de las Comunidades Autónomas, varió el signo hasta entonces dominante.

Se llega con ello a una singular posición que no tenían los Registradores en la primera época, ya que instaurada la posición del Registro en esta nueva sociedad, el Registrador se encuentra revestido de un enorme poder, que además puede ejercer no sólo ante los particulares sino ante las Administraciones mismas. El riesgo es que tan enorme poder, sobrevalorado en la práctica ante la larga duración de los procesos, incluida la misma eventual revisión judicial de sus decisiones, provoque en sus titulares la inclinación de mantenerse al margen de los conflictos cuando precisamente son ellos los que pueden objetivamente ofrecer respuesta suficiente, si bien todo ello comporta la necesidad de patrocinar un estudio permanente y la adaptación a esquemas jurídicos ignorados en los programas de oposiciones.

Hacemos este pequeño discurso de introducción porque en la actualidad, gracias especialmente a la versatilidad del sistema, la tendencia diríamos que ha explotado a nuevos modelos, algunos de los cuales sólo desde la propia estructura del sistema pueden ser acogidos.

En este sentido, una de las cuestiones que siempre se planteó como quimérica fue la de que el Registro recibiera la totalidad de los atributos predicables del dominio de los bienes inmuebles para robustecer así la seguridad jurídica integral y no fraccionada, sometiendo a todos los agentes sociales y a las propias Administraciones a sus consecuencias.

II. LOS TESTIMONIOS HISTÓRICOS Y DOCTRINALES

Ciñéndonos a este problema parece de interés que quienes hemos participado en el proceso de inserción del Urbanismo en el sistema registral dejemos noticia de las manifestaciones producidas en este periodo.

Comenzando por los testimonios doctrinales, hemos de aludir aquí a los principios que enunciábamos desde el año 1980 en nuestra obra de Derecho Urbanístico en la que destacábamos la autonomía entre el sistema registral y el urbanístico, las distintas fuentes de publicidad de cada uno de ellos y los poderes inherentes a las Administraciones Públicas como poderes jurídico-públicos con potestades no compartidas en la producción y modificación de sus actos y la ejecución de sus decisiones.

En ningún caso llegó a plantearse que el Registro fuera la fuente de información de la publicidad urbanística y menos condicionar la eficacia de los actos adoptados por las Administraciones y que quedaran supeditados a su admisión por la inscripción, a pesar de que el Derecho Comparado presentaba algunos testimonios que llegaban a este objetivo, como la legislación mejicana de la época, según tuvimos ocasión de recoger en el trabajo conjunto con FRANCISCO CORRAL DUEÑAS en esta Revista, año 1983, número 555, páginas 313 y siguientes, titulado *La publicidad inmobiliaria en la ordenación del territorio*, abarcando incluso el medio ambiente.

En este trabajo se resaltaba ya la idea de la publicidad en relación «*con la acción del Estado sobre el suelo, ya sea éste concebido bajo su utilización agraria o como formando parte de la ciudad, en un sistema político de reconocimiento de los derechos patrimoniales (lo que) convierte a los aspectos registrales de aquella acción pública en elemento fundamental para el buen éxito de la operación*».

El primer intento reglamentario de conexión entre ambos sistemas se formuló en el borrador de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1982, en la

que llegó a existir un texto normativo que quedó desechado al pertenecer al Título Primero del Reglamento.

Con ocasión de su discusión en la propia sede del Ministerio de Justicia, siendo Ministro Pío Cabanillas, los representantes del Notariado sí que entraron en una rotunda oposición que rechazaba en bloque, salvo puntos aislados, como la reversión de concesiones, cualquier intento de reflexionar en el papel del Registro ante las Administraciones Públicas Territoriales en general y ante el proceso urbanístico en particular, sin bajar a un análisis detallado de cada situación, como sí quisieron los Registradores, como era la expresión más frecuentemente utilizada, querer inscribir los planos en el Registro, lo que, como es evidente, nunca se propuso.

La simplificación por ello resultaba absurda y sin sentido, pero con ello se impedía pasar a los temas concretos que necesariamente tenían que ser analizados e incorporados como ocurrió en el Real Decreto de 1997.

Hecha esta salvedad, las manifestaciones normativas de las Comunidades Autónomas permitían nuevos avances fuera de visiones dogmáticas pero acordes a las nuevas realidades sociales.

En este sentido, podemos aportar también un texto con rango de Ley como fue la de Medidas de Disciplina Urbanística de la Comunidad de Madrid 4/1984, de 10 de febrero de 1984, que en su Disposición Adicional Única, anticipando el texto pormenorizado de la Adicional Décima de la Ley del Estado de 25 de julio de 1990, base de todo el desarrollo normativo posterior, enunciaba ya el marco de la recepción en el sistema registral en estos términos:

«Sin perjuicio de la aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 221 de la Ley del Suelo (es decir, el Texto Refundido de 1976) reglamentariamente se señalarán los requisitos que habrán de reunir los actos inscribibles o anotables en el Registro de la Propiedad conforme al citado artículo y a la Legislación Hipotecaria en desarrollo de los acuerdos de aprobación del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución o de fiscalización cuando tengan relación directa con las fincas de que se trate, ya sea para dar publicidad a las determinaciones urbanísticas vigentes, garantizar su cumplimiento o asegurar las medidas de protección de la legalidad urbanística y su sanción».

Este desarrollo no se produjo, pero sí alcanzó el mayor rango en la Ley de 1990 citada, su Texto Refundido de 1992 que mantuvo la Adicional Décima, exceptuada del efecto anulatorio de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997 y, finalmente, en el vigente Real Decreto de 4 de julio del mismo año.

Podríamos aducir nuevos proyectos desarrollados en aquel tiempo, los Protocolos suscritos con la Comunidades Autónomas y, principalmente, la práctica registral que comenzó a dar acogida a las nuevas formas insertándolas en la estructura del propio sistema.

No es por tanto extraño que en estos momentos asistamos a múltiples manifestaciones de inserción de la acción urbanística en el sistema registral, incrementadas por la generalización posterior de aquella y la aparición de conflictos contradictorios entre partes y necesariamente también respecto de terceros para los que resulta indispensable un tratamiento jurídicamente solvente que permita la aplicación equilibrada de las instituciones.

Una de estas manifestaciones es la que surge en el testimonio que tenemos ocasión de comentar aquí.

III. LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE 18 DE ENERO DE 2008

1. EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA

El origen del proceso se produce cuando un Ayuntamiento solicita directamente del Registro que se practique una *anotación de cargas urbanísticas*, sin que conste mayor precisión respecto del acto que da origen al recurso interpuesto, al parecer, por el titular registral de la finca.

El Juzgado de lo Contencioso desestima el recurso contra esa decisión e interpuesto recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Madrid, éste estima la apelación, pero no tanto por la improcedencia de la anotación porque *«sin la existencia del plan parcial, que agote la ordenación pormenorizada de los ámbitos, no es posible pasar a la fase de ejecución y no es procedente acordar, en consecuencia, la inscripción de las cargas derivadas del Plan Especial...»*.

Con independencia de la decisión final, lo significativo es todo el aparato dialéctico empleado, con unas inequívocas pretensiones doctrinales, entrando en la estructura de los asientos registrales, su contenido y compatibilidad, por fin, con el proceso urbanístico.

Al ser en este punto la sentencia tan amplia y voluntariosa desde la perspectiva registral, parece fundamental reproducir prácticamente de forma completa el contenido de la misma, como hacemos aquí a continuación:

«El planteamiento y la resolución de la temática litigiosa llevada a cabo en la sentencia no son del todo satisfactorios, porque se prescinde de las categorías y preceptos hipotecarios en cuya sede habría de resolverse la cuestión y a los que a decir verdad, no se hace ninguna mención ni en el acto recurrido, ni en los escritos alegatorios, ni correlativamente en la sentencia. Que exista un plan especial aprobado y que los planes son eficaces y ejecutivos desde que se publican, independientemente de que estén sujetos a control jurisdiccional, es evidente, pero en ello no puede estar la clave de decisión.

Así las cosas, lo primero que llama la atención es que no se sabe bien qué tipo de asiento era el pretendido por el Ayuntamiento en su acuerdo. Nos explicamos, los asientos son de varias clases, por razón de la materia: de inscripción, de anotación preventiva y de nota marginal [vid. art. 309 del Real Decreto Legislativo 1/1992 (RCL 1992/1468 y RCL 1993/485), en adelante TRLS 1992] y el acuerdo recurrido sin cita a precepto legal alguno, se refiere a la anotación, sin más (...).

A los actos de naturaleza urbanística inscribibles en el Registro de la Propiedad se refiere el artículo 307 del TRLS 1992, y se reproducen en el artículo 1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (RCL 1997/1861), por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (...).

Descartemos algunas de las hipótesis. Parece claro que no se pretende la práctica de la nota marginal del inicio del sistema de ejecu-

ción, en este caso de compensación, en la medida que la constitución de la Junta de Compensación, que no se había producido, se consideraba presupuesto de aplicación del propio sistema [ver art. 157.3 del Reglamento de Gestión Urbanística (RCL 1979/319)] o, si se prefiere, en el régimen de la Ley del Suelo de Madrid 9/2001 (LCM 2001/385 y LCM 2002/61), el acuerdo de aplicación del sistema de compensación (art. 107 de la LSM).

Tampoco estamos en presencia de una solicitud de anotación preventiva, porque este tipo de asiento está sujeto al régimen de numerus clausus, no siendo posible identificar ni en el TRLS 1992 (RCL 1992/1468 y RDL 1993/485), ni el Reglamento Hipotecario Urbanístico, ni en el resto de la legislación hipotecaria general un supuesto de los que abren la posibilidad de anotación preventiva para la aprobación de un Plan Especial.

Sólo cabría, entonces, acudir al número 8 del artículo 307 del TRLS 1992 para examinar la posibilidad del acceso al Registro de la Propiedad de actos como el relativo a la inscripción de las cargas urbanísticas del Plan Especial de Ejecución de Infraestructuras del Proyecto de Desvío de Líneas de Alta Tensión en las fincas comprendidas en los ámbitos de actuación UZ-6 "Calatalifa" y UZ-7 "Pinares Llanos".

Este número 8 del artículo 307 pretende facilitar el acceso al Registro de toda clase de actos administrativos de naturaleza urbanística, siempre que den lugar a alguna modificación del contenido normal de los asientos registrales y es expresión del sistema de numerus apertus de actos inscribibles que rige en nuestro Derecho (no debiendo confundirse con el sistema de numerus clausus que rige para las anotaciones preventivas).

Desde esta perspectiva sería posible que accedieran al Registro (como inscripción, nunca como anotación preventiva o como nota marginal, tal como exige el art. 307.1 del TRLS 1992) determinados actos de desarrollo inmediato del planeamiento urbanístico. Pero en el caso examinado, no estamos en presencia de un Plan de Desarrollo del Plan General, porque el Plan Especial de Ejecución de Infraestructuras del Proyecto de Desvío de Líneas de Alta Tensión no estaba previsto en el Plan General. Por su carácter de plan sectorial, no puede contener la ordenación integral y pormenorizada del sector, cuyo cometido está reservado al Plan Parcial (ver art. 47.1 de la LSM), y aunque resulta necesario para legitimar la ejecución de las actuaciones en él previstas [ver art. 52.1.a) de la LSM] no constituye un acto de desarrollo inmediato del planeamiento general.

Y es que los Planes Especiales disponen de un amplio margen de apreciación para la consecución de los fines singulares que constituyen el objeto de su regulación, pudiendo, incluso, introducir modificaciones respecto a la ordenación establecida en el instrumento de planeamiento general o parcial, siempre que ello sea preciso para la consecución de fines específicos que les son propios y siempre, claro está, que se respeten los límites que el ordenamiento jurídico ha fijado a su capacidad innovadora. Por lo demás, la especialidad de estos planes les permite regir incluso en defecto de planeamiento general o parcial.

Sin embargo, la inexistencia del plan parcial es relevante a los efectos que nos ocupan. En efecto, para pasar a la fase de ejecución del planeamiento, en cuya garantía se pretende por el Ayuntamiento, la "anotación" de la carga, es presupuesto de ineludible observancia, la existencia del planeamiento idóneo para establecer la ordenación pormenorizada (art. 78.1 de la LSM), en nuestro caso al plan parcial».

Tal es el contenido de la sentencia en la que el encomiable interés que sin duda aporta por su franca introducción en las conexiones registrales queda algo insatisfecho desde el punto en que, cual si tratara de la explicación de un viaje no seguido del conocimiento efectivo de cada una de las ciudades que constituyen su itinerario, pareciera que su explicación se hacía tan sólo partiendo de las sugerencias que ofreciera el mapa tenido a la vista.

Esto es, no se trata tanto de describir la nomenclatura de los asientos practicables sino del rango que se dé a la pretensión para la que se pide el apoyo registral. La línea enunciativa se mantiene también equívocamente en los actos inscribibles conforme al modelo de *numerus clausus* y no de los derechos, e incluso, dentro del sistema urbanístico, al descartar de plano determinados planes de ordenación cuando también el carácter sustancialista deducido de la jurisprudencia permite reconocer en un Plan General, por ejemplo, determinaciones de Plan Parcial, lo que suele ser hoy bastante frecuente cuando se incorporan las denominadas ordenaciones pormenorizadas propias del planeamiento de desarrollo al general.

No queremos con ello reducir el valor de la sentencia ni hacer de ella una crítica también meramente nominalista cuando en realidad lo que sí hace es una apertura seria hacia el sistema registral, aunque se escude excesivamente en la tipificación formal en función del tipo de asientos cuando precisamente también la jurisprudencia anterior a la reforma legal había abierto brecha en el rigorismo de las anotaciones preventivas cuando diríamos que estaban cristalizadas en el modelo tradicional y llegó a admitir la anotación en el proceso contencioso.

Quizás el mayor interés que hubiera podido tener la sentencia tendría lugar si su resultado hubiera sido positivo para contrastar qué criterios de admisión eran aceptables partiendo de la excesiva generalidad de inscripción del planeamiento o, más bien, de las determinaciones susceptibles de ello.

Recordando el trabajo al que antes aludíamos, en el que se contenía ya un esbozo de lo que siete años después recogió la Disposición Adicional Décima de la Ley de 1990, quedó enunciada una serie de actos susceptibles de inscripción, prescindiendo de la condición de los asientos en los que fueran albergadas, pero ello no para hacer del Registro una especie de cajón de sastre indiscriminado sino en tanto en cuanto «se respeten los principios institucionales que las justifican y se haga posible la verificación de la legalidad de los actos mediante decisiones responsables y profesionales independientes que puedan permitir el control de una creciente penetración pública de la propiedad privada para que ésta pueda cumplir su función».

A tal fin, los aspectos susceptibles de publicidad inmobiliaria que entonces se enunciaron podrían resumirse, con el propio lenguaje utilizado a modo de las siguientes

CONCLUSIONES

En cuanto sean compatibles con la estructura del sistema registral, puede acogerse al mismo:

- a) La publicidad de las determinaciones del planeamiento con efectos respecto de terceros, *«aún cuando quedan directamente vinculados por la publicidad ordinaria derivada de la ordenación del territorio, verían reforzada también su posición con la publicidad registral»*.
- b) La publicidad de los compromisos contraídos por los particulares en la ejecución de la ordenación del territorio y las garantías asumidas en tal sentido.
- c) Cuanto pronunciamientos se deriven del planeamiento en cuanto sean exigibles a los particulares o a la propia Administración.
- d) La publicidad de las vinculaciones impuestas.
- e) La instrumentación de los distintos medios de ejecución del planeamiento en cuanto desencadenan un conjunto de medidas que desembocan en el tránsito del dominio privado al público o en el reparto preceptivo de cargas.
- f) El señalamiento temporal del cumplimiento del planeamiento con las consecuencias derivadas de su incumplimiento, igualmente afectantes a terceros y que, a través de la publicidad inmobiliaria, permitirían evitar la aparición de ulteriores adquirentes de buena fe desconocedores de los compromisos contraídos.
- g) Cuanto se refiere a la cooperación en la disciplina y corrección de actuaciones contrarias al interés público, dimanante de la planificación.

Es por ello en este elenco de modalidades o en el que ofrezca la siempre viva realidad social en el que, si existe conformidad con los principios del sistema registral, cabe abrir, sin tipificaciones rígidas, como quedó sancionado en la Ley y en el Real Decreto de 1997, el acceso al Registro de determinados actos de contenido urbanístico.

En estas circunstancias se observa en la sentencia la posibilidad de que el propio planeamiento, por sí mismo, pueda ser acogido, lo que parece posible siempre que se respete la autonomía institucional de uno y otro ámbito, lejos de cualquier arbitrio carente de fundamento, aunque para ello resulta imprescindible, cuando menos, aplicar con rigor el desenvolvimiento de cada institución sin querer llegar a fáciles analogías con figuras más usuales a la mano. Es por ello que el enorme poder de la calificación registral tiene por eso que ponerse también al actualizado servicio de los intereses legítimos de la sociedad comprometiendo su colaboración.

RESUMEN

PLANES URBANISMO. INSCRIPCIÓN

La creciente recepción de las cuestiones urbanísticas en decisiones o pretensiones susceptibles de acogerse a la publicidad del sistema inmobiliario,

ABSTRACT

URBAN PLANNING DOCUMENTS. REGISTRATION

Urban planning issues are more and more frequently being set down in decisions and claims that are eligible to apply for publicity through the real

pone de relieve cómo éste ha permitido abrir un extensísimo caudal de experiencias a partir de las cuales el Registro ha quedado abierto a la sociedad y a los problemas nuevos y palpitantes de un derecho tan innovador como el urbanístico, pero con raíces y repercusiones muy profundas en el Derecho Registral.

estate system. This highlights how the real estate system has made possible a great stream of experience on whose basis the property registry has become open to society and to the new, thrilling problems of urban planning law, a field that is innovative yet has very deep roots and repercussions in registration law.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 25-6-2009. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 8/2009, de 12-6-2009, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito por importe total de 19.821,28 millones de euros, y se modifican determinados preceptos de la Ley 38/1992, de 28-12-1992, de Impuestos Especiales.

— Resolución de 8-7-2009. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 9/2009, de 26-6-2009, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley 6/2009. 3-7-2009. Modifica el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29-10-2004, para suprimir las funciones del Consorcio de Compensación de Seguros en relación con los seguros obligatorios de viajeros y del cazador y reducir el recargo destinado a financiar las funciones de liquidación de entidades aseguradoras, y el TR de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29-10-2004.

— Ley 7/2009. 3-7-2009. Medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (procedente del Real Decreto-ley 1/2009, de 23-2-2009).

— Ley 8/2009. 28-9-2009. Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

— Real Decreto-ley 10/2009. 13-8-2009. Regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción.

— Real Decreto-ley 11/2009. 13-8-2009. Regula, para las concesiones de ámbito estatal, la prestación del servicio de televisión digital terrestre de pago mediante acceso condicional.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1083/2009. 3-7-2009. Regula la memoria del análisis de impacto normativo.

— Real Decreto 1161/2009. 10-7-2009. Modifica el Real Decreto 240/2007, de 16-2-2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

— Real Decreto 1162/2009. 10-7-2009. Modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30-12-2004.

— Real Decreto 1164/2009. 10-7-2009. Modifica el Real Decreto 3/2006, de 16-1-2006, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

— Real Decreto 1224/2009. 17-7-2009. Reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral.

— Real Decreto 1305/2009. 31-7-2009. Crea la Red de Museos de España.

— Resolución de 29-7-2009. Aprueba el procedimiento de certificación de las cartas de servicios de las organizaciones de las administraciones públicas.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1207/2009. 17-7-2009. Crea y constituye 106 juzgados, se constituye un juzgado y se crean 28 plazas de Magistrado en Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales correspondientes a la programación del año 2009.

— Resolución de 24-6-2009. Convoca Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario número 277.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1298/2009. 31-7-2009. Modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20-11-1998, y el Reglamento de mutualidades de previsión social, aprobado por el Real Decreto 1430/2002, de 27-12-2002.

— Real Decreto 1299/2009. 31-7-2009. Modifica el Reglamento de planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20-2-2004.

— Orden 1928/2009. 10-7-2009. Aprueba los modelos de la documentación estadístico-contable anual, trimestral y consolidada a remitir por las entidades aseguradoras, y por la que se modifica la Orden 339/2007, de 16-2-2007, por la que se desarrollan determinados preceptos de la normativa reguladora de los seguros privados.

— Resolución de 30-6-2009. Hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2009.

— Resolución de 10-7-2009. Establece el procedimiento para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de crédito para diligencias de cuantía igual o inferior a 20.000 euros.

— Resolución de 20-7-2009. Desarrolla la Disposición Adicional 2.^a de la Resolución de 26-12-2005, de la Presidencia de la AEAT, Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre organización y atribución de competencias en el área de recaudación.

— Resolución de 21-7-2009. Publica la revocación de números de identificación fiscal.

— Resolución de 27-7-2009. Autoriza la eliminación de declaraciones catastrales conservadas en sus propios archivos catastrales, en los de las Delegaciones especiales y territoriales de Economía y Hacienda y en los archivos histórico-provinciales de titularidad estatal.

— Resolución de 31-7-2009. Modifica la Resolución de 19-2-2004, sobre organización y atribución de funciones en el ámbito de competencias del Departamento de Gestión Tributaria.

— Resolución de 31-7-2009. Modifica la Resolución de 24-3-1992, sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

— Corrección de errores. Real Decreto 817/2009. 8-5-2009. Desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30-10-2007, de Contratos del Sector Público.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 1-7-2009. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 17-7-2009. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 3-8-2009. Hacen públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 19-8-2009. Hacen públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE VIVIENDA

— Orden 1952/2009. 2-7-2009. Declaran los ámbitos territoriales de precio máximo superior para el año 2009, a los efectos del Real Decreto 2066/2008, de 12-12-2008, por el que se regula en Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 1010/2009. 19-6-2009. Establecen medidas destinadas a compensar la disminución en la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores cuyo contrato de trabajo se extinguió como consecuencia de los expedientes de regulación de empleo 76/2000, de 8-3-2001 y 25/2001, de 31-7-2001.

— Real Decreto 1300/2009. 31-7-2009. Medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales.

— Orden 2077/2009. 27-7-2009. Modifica la Orden 2865/2003, de 13-10-2003, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

— Resolución de 30-6-2009. Establecen los criterios y prioridades a aplicar por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en la planificación de sus actividades preventivas para el año 2009, en desarrollo de lo dispuesto en la Orden 3623/2006, de 28-11-2006, por la que se regulan las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social y la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales.

— Resolución de 21-7-2009. Modifica la de 17-7-2001, por la que se dictan instrucciones para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito.

— Resolución de 3-8-2009. Establecen los términos para la aplicación a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social del coeficiente del 0,061 al que se refiere el artículo 24.1 de la Orden 41/2009, de 20-1-2009, para la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores de las empresas asociadas.

— Corrección de errores. Resolución de 27-5-2009. Dicta instrucciones en materia de cálculo de capitales coste y sobre constitución por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social del capital coste correspondiente a determinadas prestaciones derivadas de enfermedades profesionales.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Protocolo al Tratado del Atlántico Norte relativo a la adhesión de la República de Croacia, hecho en Bruselas el 9-7-2008.

— Modificaciones al Reglamento del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) (publicado en el *BOE* de 7-11-1989), adoptadas en la 34.^a Sesión de la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en Materia de Patentes el 5-10-2005.

MINISTERIO DE IGUALDAD

— Real Decreto 1044/2009. 29-6-2009. Modifica el Real Decreto 1262/2007, de 21-9-2009, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 276/2009. 16-6-2009. Aprueba el Plan Anual de la Cooperación Andaluza.

— 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 en Andalucía.

— Orden 7-7-2009. Publica el texto integrado del Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012, aprobado por el Decreto 395/2008, de 24-6-2008, con las modificaciones introducidas por el Decreto 266/2009, de 9-6-2009.

ARAGÓN

— Ley 5/2009. 30-6-2009. Servicios Sociales de Aragón.

— Ley 6/2009. 6-7-2009. Centros de Ocio de Alta Capacidad de Aragón.

— Decreto 128/2009. 21-7-2009. Regula el régimen de las empresas de inserción y el procedimiento para su calificación y registro en la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto 137/2009. 21-7-2009. Aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Industria de Aragón.

ASTURIAS

— Ley 1/2009. 8-5-2009. Regula la incorporación de personal laboral fijo de carácter docente a los cuerpos de funcionarios docentes.

— Ley 2/2009. 8-5-2009. Aprueba el Plan Asturiano de Estadística 2009-2012.

BALEARES

— Decreto 37/2009. 26-6-2009. Cartas ciudadanas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 45/2009. 10-7-2009. Ordenación y de supervisión de la actividad de los mediadores de seguros en las Illes Balears.

— Decreto 46/2009. 10-7-2009. Hojas de reclamación o de denuncia en materia de consumo.

— Decreto 47/2009. 10-7-2009. Asumen y ordenan las funciones y los servicios vinculados a la gestión y demás facultades sobre los Parques Nacionales ubicados en el ámbito territorial de las Illes Balears traspasados a la Comunidad Autónoma mediante el Real Decreto 1043/2009, de 29-6-2009, de ampliación de las funciones y los servicios de la Administración del Estado traspasados a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en materia de conservación de la naturaleza (Parque Nacional Marítimo-Terrestre del Archipiélago de Cabrera).

— Resolución por la cual se convalida el Decreto-ley 3/2009, de 29-5-2009, de medidas ambientales para impulsar las inversiones y la actividad económica en las Illes Balears.

— Corrección de errores. Ley 3/2009. 27-4-2009. Modificación de la compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento.

CANARIAS

— Ley 8/2009. 9-7-2009. Modificación de la Ley 12/2007, de 24-4-2007, de Ordenación del Transporte Marítimo de Canarias.

— Resolución de 6-7-2009. Modificación de la Resolución de 16-3-2005, por la que se desarrolla la Orden 7-3-2005, que regula el suministro por la Administración Tributaria Canaria de información para finalidades no tributarias sobre cumplimiento de las obligaciones tributarias con la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Resolución de 28-7-2009. Reglamento del Parlamento de Canarias.

— Corrección de errores. Ley 3/2009. 24-4-2009. Agencia Canaria de Desarrollo Sostenible y Cambio Climático.

CANTABRIA

— Ley 2/2009. 3-7-2009. Modificación de la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

— Decreto 53/2009. 25-6-2009. Regula la convivencia escolar y los derechos y deberes de la comunidad educativa en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Corrección de errores. Ley 2/2009. 3-7-2009. Modificación de la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 87/2009. 7-7-2009. Observatorio Regional de Familia de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— 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.

— Orden 1420/2009. 23-6-2009. 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 1471/2009. 16-6-2009. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Adminis-

tración 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 1639/2009. 15-7-2009. 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 1708/2009. 27-7-2009. 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 1725/2009. 4-8-2009. 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.

CATALUÑA

— Ley 9/2009. 30-6-2009. Política industrial.

— Ley 10/2009. 30-6-2009. Localización e identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, y la dignificación de las fosas comunes.

— Ley 11/2009. 6-7-2009. Regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas.

— Ley 12/2009, del 10-7-2009. Educación.

— Ley 13/2009. 22-7-2009. Agencia de la Vivienda de Cataluña.

— Ley 14/2009. 22-7-2009. Aeropuertos, helipuertos y otras infraestructuras aeroportuarias.

— Ley 15/2009. 22-7-2009. Mediación en el ámbito del Derecho Privado.

— Ley 16/2009. 22-7-2009. Centros de culto.

— Decreto Legislativo 1/2009. 21-7-2009. Aprueba el TR de la Ley Reguladora de los Residuos.

— Decreto 111/2009. 14-7-2009. Modificación del Decreto 21/2006, de 14-2-2006, por el que se regula la adopción de criterios ambientales y de ecoeficiencia en los edificios.

— Resolución 1801/2009. 19-6-2009. Convoca el concurso ordinario número 277 para proveer registros vacantes de la propiedad, de bienes muebles y mercantiles.

— Resolución 1975/2009. 9-7-2009. Amplía los medios de pago que se pueden utilizar por vía telemática para el pago de deudas tributarias gestionadas por la Agencia Tributaria de Cataluña.

— Resolución de 1996/2009. 8-7-2009. Modifica la Resolución 163/2008, de 24-1-2009, por la que se establecen los órganos competentes en materia de aplazamientos, fraccionamientos y en el supuesto de pago de deudas tributarias en especie.

— Corrección de errores. Ley 5/2008. 24-4-2008. Derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

EXTREMADURA

— Decreto 147/2009. 26-6-2009. Modificación del Decreto 135/2005, de 7-6-2005, por el que se desarrolla la Ley 2/2003, de 13-3-2003, de la Convivencia y el Ocio de Extremadura y se crea el Consejo de la Convivencia y el Ocio de Extremadura.

— Orden 20-7-2009. Desarrolla el artículo 27 de la Ley 5/2007, de 19-4-2007, General de Hacienda Pública de Extremadura, y se fija la cuantía de las deudas para cuyo aplazamiento o fraccionamiento no se exigirá garantía.

— Resolución de 17-6-2009. Modifica el Anexo de la Resolución de 26-11-2008 en la que se determinan las fiestas locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2009.

— Corrección de errores. Decreto 114/2009. 21-5-2009. Aprueba el Plan de Vivienda, Rehabilitación y Suelo de Extremadura, 2009-2012.

GALICIA

— Ley 3/2009. 23-6-2009. Modifica el TR de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999, de 7-10-1999.

— Decreto 342/2009. 18-6-2009. Crea el Registro Administrativo de Librerías de Galicia y se regula su organización y funcionamiento.

— Decreto 351/2009. 9-7-2009. Regula la legalización de documentos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia que deban surtir efectos en el extranjero.

— Orden 28-7-2009. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Corrección de errores. Orden 7-7-2009. Desarrolla el Decreto 255/2008, de 23-10-2008, por el que se simplifica la documentación para la tra-

mitación de los procedimientos administrativos y se fomenta la utilización de medios electrónicos, en lo que respecta a la verificación de datos de identidad y residencia.

LA RIOJA

— Ley 2/2009. 23-6-2009. Medidas urgentes de impulso a la actividad económica.

— Ley 3/2009. 23-6-2009. Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

— Decreto 27/2009. 12-6-2009. Crea el Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de La Rioja y se establece su organización y funcionamiento.

— Decreto 50/2009. 10-7-2009. Regula el destino y modo de aplicación del Fondo Especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo aprobado por el Real Decreto-ley 9/2008, de 28-11-2008.

MADRID

— Ley 4/2009. 20-7-2009. Medidas Fiscales contra la Crisis Económica.

— Decreto 62/2009. 25-6-2009. Regula la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación pública de la Comunidad de Madrid.

— Decreto 73/2009. 30-7-2009. Aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Juego de la Comunidad de Madrid y se modifican otras normas en materia de juego.

— Orden 9-6-2009. Nombran Registradores de la Propiedad con destino en el territorio de la Comunidad de Madrid.

NAVARRA

— Ley Foral 8/2009. 18-6-2009. Creación de la sociedad Corporación Pública Empresarial de Navarra, SLU.

— Ley Foral 10/2009. 2-7-2009. Museos y Colecciones Museográficas Permanentes de Navarra.

— Orden Foral 132/2009. 3-7-2009. Regulan los supuestos en los que será obligatoria la presentación por vía telemática y en soporte legible por ordenador de las declaraciones-liquidaciones, autoliquidaciones, declaraciones resumen anual, declaraciones informativas, así como de las comunicaciones y de otros documentos previstos por la normativa tributaria.

— Orden Foral 133/2009. 3-7-2009. Determina las causas excepcionales que pudieran dar lugar a la resolución del contrato de compraventa de la vivienda habitual, así como los requisitos que habrán de cumplirse para reintegrar en la cuenta vivienda las cantidades dispuestas, con el fin de que de ello no se derive el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 62.1.a) de la Ley Foral del IRPF.

— Corrección de errores. Ley Foral 6/2009. 5-6-2009. Medidas urgentes en materia de urbanismo y vivienda.

— Corrección de errores. Orden Foral 521/2008. 19-12-2008. Aprueba el calendario laboral del año 2009 para el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

PAÍS VASCO

— Decreto Foral. Norma 4/2009. 30-6-2009. Modificación de los Impuestos Especiales.

— Corrección de errores. Decreto Legislativo 1/2007. 11-9-2007. Aprobación del TR de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Ley 5/2009. 30-6-2009. Creación del Colegio Oficial de Dietistas y Nutricionistas de la Comunitat Valenciana.

— Ley 6/2009. 30-6-2009. Protección a la Maternidad.

— Decreto 90/2009. 26-6-2009. Aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Pública.

— Decreto 93/2009. 10-7-2009. Aprueba el Reglamento de la Ley 15/2008, de 5-12-2009, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunitat Valenciana.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

BALLARÍN MARCIAL, A., *El papel del Derecho Agrario. La modernización de la agricultura*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid, 2008, 584 págs. ISBN: 978-84-491-0851-8.

por

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho Civil

A mediados de los años setenta del siglo pasado, Alberto BALLARÍN publicó un impresionante volumen sobre Derecho y Política Agraria, de cerca de dos mil páginas, en el que recogía sus numerosos estudios dogmáticos con otros, no menos abundantes, de bien meditadas consideraciones de política legislativa. Esta sabia combinación se mantiene en el libro que comentamos, del que se anuncia la aparición de un segundo tomo, puesto que aquí, tras la lúcida presentación de Luigi COSTATO, se reúne una docena de trabajos de diversa índole, unos sobre las grandes orientaciones y desafíos de la Política Agrícola Común, mientras que otros inciden en la propiedad, los contratos y la sucesión hereditaria; tanto en unos como en otros hay un hilo conductor que va de la crítica conceptual de los datos de Derecho positivo a las reflexiones de *lege ferenda* sobre sus posibles repercusiones en la agricultura y la alimentación, en un momento en que la crisis alimentaria se ha sumado a la inmobiliaria y la financiera. Es este enfoque metodológico el que da unidad y coherencia a los estudios reunidos en la presente obra.

La política jurídica predomina, en efecto, en varios trabajos. En el primero de ellos, titulado «La evolución de la agricultura hacia su modernización», se traza a grandes rasgos los hitos principales de esta evolución, desde el Informe célebre de don Melchor Gaspar de Jovellanos hasta las nuevas orientaciones ambientalistas de la PAC, que comienzan con la revisión de «medio término» de 2003. A la vista de este panorama, el autor reitera su idea expresada hace más de veinte años, según la cual el eje central de la disciplina radica en el sistema agroalimentario, esto es, en el nexo económico y jurídico que une la producción y el consumo de alimentos o, como suele decirse, la cadena alimentaria que va de la granja a la mesa. Tras examinar los criterios o principios políticos de dicho sistema, se estudian los conceptos básicos del mismo en el Tratado de Roma, la Constitución Española y las negociaciones de la Organización Mundial de Comercio, así como la definición y justificación del nuevo Derecho agroalimentario. A este grupo de trabajos pertenecen también otros dedicados al regadío y su influjo en la productividad, el ahorro de CO₂ y la creación de puestos de trabajo, lo que se aplica, en concreto, al mayor problema de la agricultura española que es, a juicio del autor, la reforma estructural

del minifundio, no sólo mediante la concentración de parcelas o de explotaciones, sino sobre todo mediante los pactos de asociación, las cooperativas y los contratos de integración.

El acento dogmático prevalece, en cambio, en los restantes estudios. Así se aprecia en el interesante repaso de la trayectoria histórica y filosófica de la función social de la propiedad, que se proyecta a la de la empresa agraria, no menos que en la crítica de las nuevas nociones de empresa, empresario, agricultor, actividad agraria, o en el análisis de la explotación familiar, los agricultores jóvenes, la transmisión hereditaria de la explotación agrícola —respecto de la que el autor admite el contrato sucesorio— y el importante papel que corresponde a los protocolos familiares. Este bloque de trabajos se extiende, por último, a los arrendamientos rústicos, con atención especial a los medioambientales, así como a las figuras asociativas y comunitarias, destacando la amplia lista de supuestos asociativos previstas por el Derecho francés, en particular, la gran versatilidad que el *Groupement Agricole d'Exploitation en Commun* (GAEC) ha demostrado en la práctica.

En definitiva, estas pocas líneas ponen de relieve el gran interés de la obra que reseñamos, tanto para el Derecho Civil como para el Derecho Agrario. Interés no sólo desde el punto de vista científico, sino también desde la amplia perspectiva de la política jurídica, en concreto de la política agraria, lo que es de especial trascendencia en esta época de crisis, que se debate entre la férrea disciplina del libre cambio impuesta en el comercio internacional y el proteccionismo y la intervención pública que reclama el funcionamiento normal del mercado. Una buena guía para orientarse en este complejo momento histórico es la que nos ofrece Alberto BALLARÍN MARCIAL en esta obra, a quien animamos a que siga trabajando con el entusiasmo y el acierto que nos tiene acostumbrados en el segundo tomo de este libro, que ya ha anunciado.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José (Registrador de la Propiedad y Notario), *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, 4.^a ed., 3.217 págs., Editorial Dykinson, Madrid, 2009.

por

ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO
Notario Honorario

Juan José RIVAS —manantial que no cesa— publica la cuarta edición de su monumental «Derecho de Sucesiones. Común y Foral» en tres tomos. La tercera edición de esta obra es de 2004, lo que denota el éxito editorial alcanzado, consecuencia, sin duda, tanto de la calidad y concienzudo estudio de su autor como de su acendrada vocación.

Sin duda el poner al día cualquier trabajo sobre nuestro Derecho supone moverse en terreno pantanoso y una labor constante de atención que en España se multiplica (¿por 17?) si se advierte que nuestras Comunidades Autónomas tienen facultades legislativas que ejercen con un curioso espíritu de emulación en busca de la propia señal de identidad. No es momento de criticar esta pluralidad de normas positivas que van variando constantemente sin que, en muchos casos, se acierte a comprender la justificación que puedan tener algunas Leyes autonómicas, v.g., de asociaciones, de fundaciones, o de

caza y pesca, tauromaquia o de urbanismo o aeropuertos, que no tienen rai-gambre histórica diferenciadora entre las diversas anteriores regiones.

Ya en esta línea, quizá sea oportuno estudiar en otra ocasión esta curiosa creación del Derecho desde arriba, como ya se ha dicho, en vez de hacerlo desde abajo, desde la realidad social, partiendo de aquellas necesidades que, por vividas, requieren una ley que las regule y discipline, en suma, atendiendo aquellas situaciones que verdaderamente demandan la atención del legislador. Fueron oportunas, entre otras y como ejemplo, las leyes sobre propiedad horizontal, la de la sociedad de responsabilidad limitada o la de acoger en el Código Civil el contrato de alimentos que, como reiteradamente se ha señalado, nacieron en los despachos notariales ante la urgente y latente necesidad de regular y fijar legalmente situaciones vividas en una orfandad legislativa. Pero, en fin, es lo que hay y la labor del jurista es aplicar el inestable y nuevo Derecho positivo, para lo que esta última (?) edición es sin duda tan imprescindible como inestimable instrumento.

Como en anteriores ediciones, el autor hace un minucioso estudio de cada uno de los temas abordados. Tras una breve pero ilustrativa trayectoria histórica en que pone de relieve lo más característico de la materia, expone sintética, aunque ajustadamente, las orientaciones doctrinales, así como la jurisprudencia más reciente para fundar sus propias conclusiones avaladas por su dilatada experiencia tanto como Notario o como Registrador de la Propiedad. Sin duda la gran fascinación del Derecho es que todo es opinable... siempre que se opine bien (y me apresuro a decir que el autor así lo hace) y ya desde las discusiones entre proculeyanos y sabinianos, SAVIGNY y su discípulo JHERING entre los que, a veces, terciaba WINDSCHEID, hasta nuestros días, la Ciencia del Derecho se ha enriquecido con la altura de las polémicas entre las espadas mejor templadas de nuestra literatura jurídica, siempre descendiendo desde el cielo de los conceptos hasta encontrar el apoyo de la absorbente realidad.

Y, naturalmente, examina las más modernas (por ahora) normas positivas, que analiza, interpreta e ilumina con su profunda vocación de jurista práctico. Por lo que respecta a la jurisprudencia, no sólo cita, pudiera decirse todas las que afectan a una materia, poniendo de manifiesto la loable evolución jurisprudencial, sino que en numerosos casos concretos recoge literalmente, unas veces, o resumidos otras, los razonamientos de nuestro más alto Tribunal. En definitiva, como ya afirmaba CARNELUTTI, los juristas han hablado de una interpretación evolutiva de las leyes y es inútil discutir de su posibilidad cuando la experiencia demuestra día tras día la realidad de este fenómeno de modo que la interpretación —y la Jurisprudencia es paradigma— no sólo puede evolucionar, sino que no puede dejar de evolucionar. Incorpora con frecuencia sentencias de los Tribunales autonómicos y de las diversas Audiencias Provinciales, así como, naturalmente, las Resoluciones de la DGRN, «fuente la más profunda de jurisprudencia cautelar».

También, como en ediciones anteriores, plantea numerosos casos prácticos dudosos, a los que da la solución que le parece más adecuada, bien aceptando las opiniones de quienes anteriormente ya han afrontado los problemas, o bien exponiendo su propio pensamiento, siempre sensato y apoyado en sus atinados razonamientos. Esto ya se comprende que es de una enorme utilidad porque el autor no se limita a enumerar cuestiones prácticas y problemas que surgen de los textos positivos, sino que baja al ruedo, se encara resueltamente con las cuestiones discutidas, con su exégesis, analiza y da su propia opinión, razonada y correctamente apoyada en esa especie de fuente de Derecho que es,

sin duda y, como ya dijo José MADRIDEJOS, el sentido común, pero, afinando más, en esta ocasión, el sentido común de un jurista nato, práctico, de alta sensibilidad, que no rehúye el centro de gravedad del problema, sino que lo despoja de cualquier fronda literaria para exhibirlo y resolverlo siempre con correcto criterio.

El tomo I (1.113 págs.) trata de la sucesión en general, la herencia y su contenido, las figuras a veces confusas de heredero y legatario, el legado de parte alícuota y el heredero *ex re certa*, sigue con el concepto y las clases de testamento, sus requisitos, interpretación, nulidad, ineficacia, revocación y caducidad, que completa con el estudio de las especialidades autonómicas. Continúa con la institución de heredero y sus modalidades. Una idea de las dificultades que el autor ha tenido que superar resulta del capítulo dedicado a «La lengua y las Comunidades Autónomas» en donde está actualmente al día en las *últimas* (habrá que decir «por ahora»...) disposiciones vigentes en Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña), Baleares (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, reformando en su totalidad su Estatuto de Autonomía), Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de Reforma de su Estatuto de Autonomía) y Valencia (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley precedente); por citar solamente las leyes fundamentales posteriores a la agotada tercera edición de esta obra.

El tomo II (págs. 1115 a 2140) aborda el estudio de las sustituciones hereditarias, tanto en el Código Civil (con examen del fideicomiso de residuo, la sustitución preventiva de residuo y el usufructo con facultad de disponer) como en las legislaciones autonómicas, con especial atención a la legislación catalana (págs. 1253 a 1340). Pasa a tratar de las instituciones fiduciarias, abolidas por el Código Civil (art. 785), que, como observa RIVAS, si bien sigue una línea de no aceptación (arts. 670, 671 y 830), el modificado artículo 831 parece abrir una puerta a su posibilidad. La fiducia sucesoria es examinada detalladamente en sus variedades forales (Aragón, Baleares, Navarra y País Vasco) demostrando un profundo conocimiento de esta institución que en su trayectoria profesional no ha vivido como Notario y Registrador de la Propiedad. Se refiere, a continuación, a la sucesión forzosa, a las legítimas, espinosa materia en la que adentra con resolución sin rehuir problemas y sin orillar dificultades, algunas de profundo debate entre nuestros juristas, tanto en el Código Civil como en el variado Derecho de las Comunidades Autonómicas. Trata seguidamente del tema de los legados en sus diversas modalidades y cierra el tomo con el estudio del albaceazgo.

El tomo III (págs. 2199 a 3117) está dedicado a la sucesión intestada con especial estudio de los derechos de representación y acrecer, a las reservas, a la aceptación y a la repudiación de la herencia, así como a la partición hereditaria en sus manifestaciones hechas por el testador, por el comisario contador partidor o por los herederos. Sigue el delicado estudio de la colación para concluir con la impugnación y modificación de las particiones. Todo, excusado es decirlo, con referencia y análisis de las peculiaridades forales.

La obra concluye con una referencia bibliográfica completamente actualizada, lo que ya de por sí representa una atención constante a la profusión de artículos, estudios, conferencias en los diversos foros y revistas.

De cuanto antecede ya puede deducirse que estamos en presencia de un auténtico «tratado», aunque modestamente el autor no lo incluya en ese apartado de la clasificación en tratados, instituciones, compendios, elementos, sistemas, etc., y que tenemos ante nosotros y a nuestra disposición un consuma-

do y reconocido civilista que aborda con la extensión adecuada el examen de nuestro Derecho de Sucesiones, aportando sus conocimientos teóricos y su experiencia al vivir y resolver los problemas que se presentan en la práctica, por lo que, como JHERING en su conocida obra «Jurisprudencia en broma y en serio» (últimamente traducida y titulada como «Bromas y veras en la ciencia jurídica»), bien puede decir que «nosotros, los prácticos, sí vamos a la escuela de los teóricos».

Obra, por tanto, altamente recomendable, sin reserva alguna a profesionales, opositores y, en fin, a cuantos vivan el apasionante mundo del Derecho.

Los tomos, como las anteriores ediciones, aparecen esmeradamente encuadernados, impresos en caracteres claros, como es habitual en la editora Dykinson y, aparte el índice del contenido de cada tomo, presenta al final del III el de toda la obra, lo que facilita notablemente su consulta.

Es preciso, de una parte, reconocer el abrumador trabajo realizado por el autor, agradecerle su personal aportación a la resolución de la profusión de problemas que plantea y resuelve con el mejor criterio de jurista teórico-práctico, felicitarlo por el futuro éxito de esta (por el momento) última edición y, abusando de nuestra añeja y sincera amistad, que en mi caso está teñida de admiración, animarlo a que —como sé que tiene proyectado, trabajado y hasta iniciado— prosiga la continuación de esta monumental tarea con el estudio de las otras ramas savignyanas en las que se divide nuestro proteico y vacilante Derecho Civil.

SANCIÑENA ASURMENDI, Camino, *La usucapación inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 2009, 343 págs.

por

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

Nos encontramos con un libro que aborda una de las instituciones centrales de los derechos reales, la usucapión. Y lo hace renunciando al estudio del ámbito mobiliario para concentrarse, en perspectiva de detalle, en los problemas a que puede dar lugar la usucapión inmobiliaria. Se trata de una restricción temática que se revela muy fructífera a lo largo del trabajo, no sólo porque evita la *vis atractiva* de problemas inherentemente ligados a la usucapión mobiliaria —baste pensar en el art. 464 y sus concordantes—, sino también y sobre todo, porque la mayoría de cuestiones judiciales que surgen en relación con la institución se refieren a la usucapión inmobiliaria.

Con esto vengo a uno de los puntos esenciales del trabajo: se trata de una obra de fuerte carga jurisprudencial, en la que la autora, sin desdeñar los estudios doctrinales, se confronta eminentemente con la práctica y, en continuos viajes de ida y vuelta a la jurisprudencia, extrae de ésta las líneas básicas de la usucapión inmobiliaria. Podría decirse que el trabajo delinea el *statu quo* al que ha llegado la evolución jurisprudencial en el tratamiento de la figura.

Esta impronta jurisprudencial se plasma en la propia estructura del libro y ordenación interna de los epígrafes. No hay introducción histórica, ni exposición del Derecho Comparado, por más que ambos elementos no faltan, sino

que la historia y las soluciones aportadas por otros sistemas jurídicos —fundamentalmente, y muy ampliamente, los ordenamientos francés e italiano— son estudiadas al hilo de cada una de las materias, y contrastadas con el Derecho vivo aplicado por los tribunales. Basta analizar la amplia lista jurisprudencial contenida al final del libro, incluyendo la relación de sentencias de los tribunales franceses e italianos, para hacerse cargo de lo que digo. SANCINENA ASURMENDI no se contenta además con extraer la doctrina de los fundamentos de Derecho, sino que en numerosas notas a pie de página permite al lector situarse ante el caso real que motivó la solución judicial, siguiendo una forma de trabajar la jurisprudencia que divulgó en España PUIG BRUTAU y en la que la autora ya ha mostrado su buen hacer en trabajos anteriores.

La estructura del libro resulta bien trabada y los materiales muy coherentemente ordenados. El capítulo primero, en cierto modo introductorio, expone las diversas formas de usucapión, diferenciándolas por sus requisitos y plazos, y tomando postura, a mi parecer acertada, ante el problema de la relación entre la usucapión y la prescripción extintiva. A juicio de la autora, que comparto, no cabe prescripción extintiva sin usucapión, pues el plazo de prescripción de la pretensión y el de la adquisición del derecho corren paralelos. El siguiente capítulo se ocupa del concepto posesorio y de la buena fe, para pasar en el tercer y cuarto capítulo, nucleares en el trabajo, a tratar todas las cuestiones relativas al concepto de justo título y a sus requisitos. El libro se cierra con un capítulo dedicado a las relaciones entre usucapión y Registro.

Paradójicamente, uno de los que he mencionado como grandes valores del trabajo, la exposición detallada del *statu quo* jurisprudencial, puede dar lugar a la única crítica que puedo hacerle, ceñida a unos puntos concretos, pero que no me parece conveniente silenciar. Si la inmensa mayoría de las posiciones defendidas en el trabajo son plenamente asumibles y, a mi parecer, acertadas, bien porque la jurisprudencia las resuelve adecuadamente, bien porque la autora somete a ésta a crítica para depurarla, hay puntos en que la autora desfallece en su actitud de crítica recepción jurisprudencial, y se deja llevar por el peso e influjo de una larga serie de declaraciones jurisprudenciales: estoy pensando en concreto en la fijación y delimitación del concepto de justo título en ciertos casos límite.

Ciertamente, existe una polémica sobre el concepto de justo título, y buena parte de la jurisprudencia y de la doctrina, entre ellos la autora del libro, tienen por tal a aquél que baste para transmitir la titularidad del derecho real. Sin embargo, me parece que hay razones suficientes, como ha expuesto José María MIQUEL en varios trabajos y recientemente en el libro-homenaje a Mariano ALONSO PÉREZ, para entender que justo título de la usucapión no es otro que el que lo sea en la teoría del título y el modo —la obligación o contrato transmisivo válido—, pues la usucapión ordinaria, que es la que exige título, viene precisamente a salvar los problemas de falta de titularidad o de poder de disposición del *tradens*, y no un vicio que pueda aquejar al negocio transmisivo. Por eso la usucapión ordinaria no puede actuar *inter partes*. Tradición y usucapión ordinaria, al menos desde la época de los glosadores, que depuraron en este punto las fuentes romanas, son reversos de un mismo esquema adquisitivo, diferenciadas en función de los supuestos de hecho que acompañan en cada caso al justo título: poder de disposición y entrega, en un caso; posesión en concepto de dueño, buena fe y tiempo, en otro. De admitirse esto, habrá que concluir que la herencia, en cuanto tal, o la partición hereditaria, no pueden ser justos títulos de la usucapión, pues el heredero, sucesor a título

universal, no puede tener otro título que el que tenga su causante; y que el contrato anulable o el resoluble tampoco tendrán virtualidad para fundar una usucapión en contra del que interpuso la acción de nulidad o resolvió el contrato, pues en estos casos no existió un defecto de transmisión en origen, sino un problema de decadencia —en su caso, con efectos retroactivos— de la virtualidad transmisiva del título.

En fin, y con esto vuelvo al inicio, se trata de un libro de gran interés doctrinal y utilidad práctica, que afronta con valentía todas las cuestiones planteadas, sin evasivas ni respuestas parciales y que suscita una serie de cuestiones que siguen muy vivas en el ámbito jurisprudencial.

REVISTA DE REVISTAS

TITULARIDAD FIDUCIARIA SOBRE DERECHOS CREDITORIOS EN EL MERCADO SECUNDARIO DE CRÉDITO INMOBILIARIO (1)

Por Melhim NAMEM CHALHUB

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. CERTIFICADO DE RECIBIBLES INMOBILIARIOS - CRI.—2. SECURITIZACIÓN - MERCADO SECUNDARIO DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS.—3. LA SECURITIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA.—4. REGISTRO DE LOS TÍTULOS EN SISTEMA CENTRALIZADO DE CUSTODIA.—5. TITULARIDAD FIDUCIARIA SOBRE DERECHOS CREDITORIOS EN LA SECURITIZACIÓN.—6. CONCEPTO DE CRÉDITO INMOBILIARIO.—7. SECURITIZACIÓN DE CRÉDITOS PROVENIENTES DE PROMESAS DE COMPRA Y VENTA.—8. AGENTE FIDUCIARIO.—9. ANOTACIÓN DE LA TITULARIDAD FIDUCIARIA EN EL REGISTRO DE INMUEBLES.

INTRODUCCIÓN

En Brasil, a inicios de la década de los sesenta, se dio un proceso de modernización de los instrumentos de circulación de riquezas, con la estructuración del mercado de capitales y la modernización del mercado financiero. En esos contextos se crearon nuevos instrumentos que revolucionaron nuestra realidad, abriendo nuevas perspectivas en la economía e imprimiendo un ritmo acelerado en la industrialización del país.

A partir de la década de los ochenta, se desarrollaron en el mercado financiero dos sistemas destinados a sacar a la luz mayor agilidad y seguridad en la circulación de los papeles, entre ellos, el SELIC —Sistema Especial de Liquidación y Custodia para los títulos públicos y la CETIP— Central de Custodia y de Liquidación Financiera de Títulos para los títulos privados.

El mercado inmobiliario, sin embargo, no llegó a introducirse plenamente en ese proceso moderno de circulación de capitales.

Es verdad que en la década de los sesenta se crearon instrumentos que podrían dinamizar la captación de recursos para el mercado inmobiliario, como la cédula hipotecaria y la letra hipotecaria, que son títulos con garantía real inmobiliaria, con los que se puede simplificar y dinamizar la circulación de créditos de esa naturaleza y, en consecuencia, crear y desarrollar un mercado de hipote-

(1) Capítulo del libro *Negocio Fiduciario*. Río de Janeiro: Librería y Editorial Renovar, 3.^a ed., 2006 (el texto a continuación es de la 4.^a ed., en prensa).

cas. Ese «mercado» sería la fuente de recursos que alimentaría de forma continuada un sistema de financiación inmobiliaria capaz de atender permanentemente a la creciente demanda por inmuebles, en especial, para la vivienda.

Sin embargo, la verdad es que jamás se llegó a desarrollar un *mercado de hipotecas*, no sólo por la pérdida de liquidez de los créditos, en razón del retraso de los procedimientos de cobro judicial, sino también porque los contratos de financiación que alimentarían el *mercado de hipotecas* se contaminaron luego en su nacimiento por excesiva interferencia del Estado, lo que coadyuvó para que se redujera significativamente el valor de los créditos correspondientes. Por fuerza de esas y de otras distorsiones, el sistema de financiación inmobiliaria, como concebido a partir de la Ley número 4.380, de 1964, se agotó casi por completo, sin condiciones de atender a la demanda, porque sus instrumentos de captación no atraían al mercado invertidor.

De hecho, el único instrumento de captación todavía en uso por las instituciones financieras que operan en el mercado inmobiliario es el depósito de ahorro que, por exigírselo prácticamente al contado, se muestra absolutamente inadecuado para constituir lastro destinado a financiaciones de largo plazo, como son las financiaciones inmobiliarias.

1. CERTIFICADOS DE RECIBIBLES INMOBILIARIOS - CRI

En ese contexto, el Certificado de Recibibles Inmobiliarios (2), título de crédito caracterizado por la Ley 9.514/97, se muestra apropiado a la financiación de largo plazo pues, de una parte, se compatibiliza con las características de las aplicaciones del mercado inmobiliario, uniéndose a los montantes y a los plazos contratados con los tomadores de las financiaciones, y, de otra parte reúne las condiciones de eficiencia necesarias a la competencia en los mercados internacionales, al conjugar la movilidad propia del mercado de valores y la seguridad necesaria para garantizar los derechos de los futuros inversores.

En la definición de la Ley, el Certificado de Recibibles Inmobiliarios —CRI— es un título de crédito nominal, de libre negociación, con lastro en créditos inmobiliarios, y constituye promesa de pago en dinero (art. 6.º) y de emisión exclusiva de las compañías securitizadoras.

El CRI podrá presentar garantía fiduciaria, por la que los créditos que dan lastro a los títulos pasan a constituir un patrimonio de afectación, destinado a satisfacer los derechos de los respectivos suscriptores, o fluctuante, que ase-

(2) El vocablo *recible* es modismo que, a nuestro juicio, se muestra absolutamente inadecuado para designar el objeto del nuevo título de crédito, en primer lugar, porque ya existe, hace mucho, en el vernáculo y en la terminología jurídica, término que exprime con exactitud el objeto del aludido título, que es el término *crédito*. Ahora, *crédito* encierra con la más absoluta precisión el sentido y el alcance del objeto al que se pretende prestar el nombre de *recible*. De ese modo, nada justifica que se críe un neologismo para sustituir al vocablo *crédito*, hasta porque, mientras crédito tiene sentido estricto, delimitado y nítido, *recible*, por su vez, tiene acepción elástica y difusa. Es absolutamente inaceptable nominar un título de crédito con neologismo, típico de moda que, al contrario del *nomen juris*, ya consagrado en la terminología jurídica y económico-financiera, tiene sentido elástico que podría ofrecer la designación de las más variadas situaciones, lanzando inseguridades sobre el inversor cuanto a la naturaleza del lastro del título. Efectivamente, el objeto del certificado es *crédito*, y no *recible*, pues es *crédito* que da lastro. Asimismo, el título debería llamarse *certificado de crédito inmobiliario*.

gurar a los suscritores privilegio general sobre el activo de la compañía securitizadora, pero no impedirá la negociación de los bienes que componen ese activo (§ 2.º del art. 7.º).

Esos son los Certificados de Recibibles Inmobiliarios y, además, las Debéntures y otros títulos que las compañías securitizadoras utilizarán para hacer circular el crédito inmobiliario en el mercado secundario.

2. SECURITIZACIÓN - MERCADO SECUNDARIO DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS

Según modelo diseñado a partir de los más modernos mercados de financiación inmobiliaria, incluso latinoamericanos, instituidos por inspiración del sistema norteamericano, el mercado secundario de hipotecas y de otros créditos inmobiliarios será operado por una especie de compañía dedicada en comprar créditos, emitir títulos a ellos correspondientes y colocarlos en los mercados financieros y de valores mobiliarios.

Se trata del proceso de *securitización* de créditos inmobiliarios, que designa las operaciones por las que se vinculan valores mobiliarios a determinados derechos creditorios; securitizar una obligación (un crédito) y hacerla representable por un título o valor mobiliario libremente negociable en mercado; *securitización* es un proceso de distribución de riesgos mediante agregación de instrumentos de deuda en un conjunto y consecuente emisión de un nuevo título con lastro por ese conjunto (3).

La securitización se expande en los Estados Unidos a partir de la década de los ochenta, a partir del proceso empezado por la *Government National Mortgage Association* (GNMA o *Ginnie Mae*) en 1970, con la emisión de los GNMA *pass-through*, títulos o certificados vinculados a créditos hipotecarios provenientes de préstamos destinados a la adquisición de casas, originados por la *Federal Housing Administration* (FHA) y por la *Veterans Administration* (VA).

En los Estados Unidos y en los países de tradición anglosajona, la operación de securitización se hace mediante utilización del mecanismo del *trust*. En cada operación de securitización, la empresa originaria (4) del crédito o securitizadora constituye una sociedad específica para el fin de la securitización, cediendo a esa sociedad la titularidad de los créditos. Esa sociedad, entonces, emite títulos con lastros en los créditos adquiridos. Los *trusts*, en

(3) *Securitization —process of distributing risk by aggregating debt instruments in a pool, then issuing new securities backed by the pool— Dictionary of Finance and Investment Terms, by John Downes and Jordán Elliot Goodman, Barron's Educational Series, Inc.* Del latín *securus*, el vocablo ha sido absorbido por la lengua inglesa, en la que, además de la propia significación de *garantía*, incorporó la acepción más amplia de *valor mobiliario*. Contemporáneamente, el término *securitización* y el proceso que designa se firmaron en los mercados financiero y de capitales a partir de la práctica del mercado financiero y de inversión de los Estados Unidos y se asimilan de manera generalizada en todo el mundo, llamándose *titulización* en la versión española, *bursatilización* en México, *titrisation* en Francia, *titularización* en Colombia, *securitización* en Chile y en Argentina, etc. La Ley 9.514/97, siguiendo esa tendencia, adoptó el neologismo *securitización*.

(4) En regla, *entidades originadoras de los créditos* son bancos de ahorro y préstamo, bancos comerciales, bancos hipotecarios y compañías hipotecarias, todos ellos operando con la concesión de préstamos inmobiliarios y subsiguiente cesión de esos créditos para efecto de securitización.

general, no son proveídos de capital social, en la medida en que éste se sustituye por títulos de deuda, con preferencia sobre, o subordinados, a los activos securitizados, pudiendo el capital sustituirse por garantías, incluso fianza. El administrador del *trust* es el *trustee*, que es el responsable por el cumplimiento de las finalidades del respectivo *trust*.

Esencial en el proceso de securitización, con miras a la garantía del mercado inversor, es la segregación patrimonial, mediante creación de patrimonios de afectación constituidos con los créditos que dan lastros a los títulos securitizados. Esa afectación se viabiliza en los Estados Unidos por el mecanismo del *trust*, por el que se utiliza la transmisión de la propiedad para el cumplimiento de determinada finalidad que, en el caso es, a la vez, la de administración de inversión y de garantía. Ese patrimonio es totalmente independiente del patrimonio general de la compañía securitizadora, de ahí porque «eventual fracaso de la institución emitente no perjudique los derechos de los inversores en los respectivos títulos, así como el eventual fracaso de una emisión no afecte el destino de otras emisiones de un mismo emitente, como también no venga el fracaso de determinada emisión afectar la solvencia del propio emitente» (5).

La securitización propicia, fundamentalmente, desde el punto de vista del tomador de recursos, el acceso a una fuente alternativa de recursos, con reducción de costes, sea por vía directa, mediante disminución de la tasa de intereses, o por vía indirecta, con la reducción de los plazos de retorno de activos inmovilizados, por medio de títulos de deuda, y, desde el punto de vista del inversor puede viabilizar el objetivo de disponer de una modalidad de inversión que puede ofrecer ventajas, comparativamente con otros papeles del mercado, en razón de la mayor rentabilidad y mayor seguridad, pues la reducción de riesgos, o su relativa eliminación, es uno de los propósitos fundamentales del proceso de securitización.

Desde el punto de vista del mercado, en general, el proceso de securitización favorece la intensificación de la competencia, pudiendo, con eso, contribuir para la reducción del coste de los inmuebles y, además, transfiere la financiación inmobiliaria del mercado financiero para el mercado de capitales, con el que aleja los problemas provenientes de eventuales descompases entre activos y pasivos del sector.

Está claro que es fundamental para la viabilidad de un mercado secundario de crédito inmobiliario que su instrumento, el crédito propiamente, se revista de consistencia y estabilidad, en razón de su liquidez y garantía, y que sea ese instrumento conocido y comprendido con facilidad por el público inversor. Para eso, señala el economista Iari MARTINS RIBEIRO DE ANDRADE algunos aspectos esenciales, como: 1. Estandarización —todo el proceso de generación de un crédito debe observar criterios de estandarización, desde los criterios preliminares de apreciación del registro del candidato al préstamo, pasando por los límites operacionales, hasta alcanzar la formalización de las operaciones, todo con miras a la garantía de credibilidad del producto y agilidad de las operaciones; 2. Simplicidad y rapidez de recomposición de activos —es esencial que los créditos que constituyan el lastro de los títulos securitizados sean protegidos por mecanismos que aseguren su liquidez y que, en hipótesis de mora de los deudores, permitan rápida recomposición del flujo financiero; y 3. Clasificación de riesgos —es también indispensable el meca-

(5) Iari MARTINS RIBEIRO DE ANDRADE, *Presidente do BIAPE - Banco Interamericano de Ahorro y Préstamo, en simposio sobre securitización de créditos, Brasília, DF, 13.12.94.*

nismo de clasificación de riesgos para las emisiones, también con miras a la confiabilidad del mercado— (6).

3. LA SECURITIZACIÓN EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

En la concepción de la Ley número 9.514, de 1997, «securitización de créditos inmobiliarios es la operación por la que esos créditos se expresan vinculados a la emisión de una serie de títulos de crédito, mediante término de securitización de créditos, expedido por una compañía securitizadora, de la que constarán los siguientes elementos» (se siguen en el art. 8.º los elementos identificadores de la operación y de los créditos vinculados a los títulos).

La securitización incumbirá a una compañía securitizadora que, según el artículo 3.º de la ley, son aquéllas que «tendrán por finalidad la adquisición y securitización de créditos inmobiliarios y la emisión y colocación, en el mercado financiero, de Certificado de Recibibles Inmobiliarios, pudiendo emitir otros títulos de créditos, realizar otros negocios y prestar servicios compatibles con sus actividades».

Compite a la compañía securitizadora, al emitir cada serie de títulos, emitir el *Término de Securitización de Créditos Inmobiliarios*, que vinculará cada emisión de títulos, del que constarán, obligatoriamente, los elementos de identificación de los créditos inmobiliarios afectados a los títulos —CRIs— objeto de la emisión, a saber:

- a) la identificación del debedor y el valor nominal de cada crédito que da lastre a la emisión, con la individuación del inmueble a que esté vinculado y la indicación del Registro de Inmuebles en que esté inscrito y respectiva inscripción, y, todavía, el número del registro del acto por el que el crédito se ha cedido a la securitizadora;
- b) la identificación de los CRIs emitidos;
- c) la constitución de otras garantías de rescate de los títulos emitidos.

4. REGISTRO DE LOS TÍTULOS EN SISTEMA CENTRALIZADO DE CUSTODIA

Como mecanismo de protección de los inversores, todas las operaciones de las compañías securitizadoras, relativas a la adquisición de créditos y correspondiente emisión de títulos, serán registradas en sistema centralizado de custodia autorizado por el Banco Central de Brasil. En ese registro debe constar la correlación entre los títulos emitidos y los créditos que los dan lastre.

5. TITULARIDAD FIDUCIARIA DE LOS DERECHOS CREDITORIOS QUE DAN LASTRE A LOS TÍTULOS EMITIDOS POR LA SECURITIZADORA

La ley contempla la utilización del mecanismo de la segregación patrimonial para mayor garantía del inversor que adquiere los títulos originados en el proceso de securitización.

(6) Simposio mencionado.

Para tanto, prevé la posibilidad de establecer vinculación entre los títulos emitidos por la securitizadora y los créditos que constituyen su lastro. Esa vinculación se da mediante acto de la securitizadora por el que ésta atribuye titularidad fiduciaria a esos créditos, segregándolos en un patrimonio de afectación del que son beneficiarios los suscriptores de los títulos objeto de la securitización.

Para instituir la titularidad fiduciaria, en este caso, al emitir una serie de títulos, la compañía securitizadora, por declaración unilateral en el contexto del Término de Securitización, atribuirá carácter fiduciario a la titularidad sobre los créditos que estén relacionados a aquellos títulos. En consecuencia, la compañía securitizadora separará los créditos correspondientes que pasarán a constituir un núcleo patrimonial autónomo en su patrimonio, con la destinación específica y exclusiva de satisfacer los derechos de los suscriptores de los títulos a los que aquellos créditos estén vinculados.

Separado del patrimonio de la compañía securitizadora (fiduciante), ese patrimonio autónomo mantiene los derechos creditorios que constituyen el lastro de los títulos alejados de los riesgos patrimoniales de la compañía, de ahí porque no pueden ser objeto de constricción por efecto de acciones o ejecuciones movidas por acreedores de la compañía securitizadora. Por esa forma, los riesgos que se transmiten al mercado son sólo los riesgos de la cartera llamada *securitizada*, y no los riesgos de la sociedad securitizadora.

El patrimonio de afectación así constituido está formado, de un lado, por los derechos creditorios que dan lastre a los títulos emitidos y, de otro lado, por las obligaciones a él relacionadas, que son las obligaciones de pago del principal de los títulos y sus respectivos rendimientos, además de los gastos propios de ese patrimonio especial, entre ellas los gastos de administración y las obligaciones tributarias a él eventualmente imputadas. Los rendimientos de los títulos son tributados en las personas de los respectivos suscriptores. Es importante tener en cuenta que, por definición legal, los derechos creditorios y los derechos reales a ellos vinculados se destinan a proveer los fondos necesarios al rescate de los títulos emitidos por la compañía securitizadora y demás obligaciones del patrimonio separado.

Aunque los créditos y los derechos reales a ellos relacionados sigan figurando en el patrimonio de la compañía securitizadora, la titularidad de la compañía sobre ellos, por efecto del régimen fiduciario, se hace nominal, atribuidos a los suscriptores de los títulos los derechos sobre el contenido económico de aquellos créditos y derechos reales, de modo que los ingresos provenientes de ellos se destinan al rescate de los títulos. De eso, la securitizadora no podrá apropiarse del producto del cobro de esos créditos, en la medida en que de ellos son beneficiarios los suscriptores de los títulos. Una vez rescatados los títulos y pagas, las obligaciones correspondientes al patrimonio de afectación respectivo, lo que sobra se reincorporará al patrimonio general de la compañía securitizadora sin el gravamen proveniente del régimen fiduciario.

Se instituye el régimen fiduciario mediante constancia unilateral de la compañía securitizadora en el contexto del término de securitización, que se deberá anotar en el Registro de la Propiedad, en las inscripciones de los inmuebles vinculados a los créditos.

Instituido el régimen fiduciario, incumbirá a la compañía securitizadora administrar cada patrimonio por separado, cargándole a ella promover, entre otros, actos de administración, cobro de los créditos y el pago a los suscriptores, mantener registros contables independientes respecto a cada uno de ellos

y divulgar los estados contables correspondientes. Está claro que la securitizadora responde con su patrimonio por los perjuicios que cause.

El régimen fiduciario se somete a los principios generales pertinentes a la propiedad fiduciaria y al patrimonio de afectación (7).

6. CONCEPTO DE CRÉDITO INMOBILIARIO

La Ley número 9.514/97 no enumera las especies de crédito inmobiliario posibles de securitización; sólo dice que «la securitización de créditos inmobiliarios es la operación por la que esos créditos se expresan vinculados a la emisión de una serie de títulos de crédito...» (art. 8.º).

La falta de caracterización ha provocado controversia, y se trata de aspecto relevante, pues los créditos constituyen el lastro de los títulos emitidos en la securitización y es el lastro que garantiza el rescate de los títulos.

Entienden algunos que la calificación *inmobiliaria* atribuida a un crédito, para fines de securitización en los términos de la Ley número 9.514/ 97, estaría asociada a la destinación de los recursos, sólo caracterizado como crédito *inmobiliario* aquel vinculado a una operación de construcción o adquisición de inmueble. Se argumenta también que esa calificación sería orientada por el origen de los recursos, de modo que sólo sería crédito *inmobiliario* aquel que surge o se garantiza de los frutos y rendimientos de un inmueble o negocio inmobiliario y, así, sólo podrían dar lastro Certificados de Recibibles Inmobiliarios —CRI créditos provenientes de la exploración del inmueble o de la financiación de su construcción o adquisición—.

Se invocan, en ese sentido, expresiones frecuentes en la Ley 9.514/97, como *financiación inmobiliaria*, *contratos de compra y venta de inmuebles a plazo*, *arrendamiento mercantil de inmuebles*, además de otras que, de determinada manera, puedan asociarse a la idea de la comercialización de inmuebles, hasta porque la Exposición de Motivos del Proyecto que dio origen a esa ley revela el propósito de «estructuración de operaciones de captación de recursos capaces de robustecer enormemente la financiación habitacional».

Dada esa interpretación, no sería calificado como crédito *inmobiliario* aquel correspondiente a préstamo sin destinación específica, aunque garantizado por hipoteca o propiedad fiduciaria, pero sólo las financiaciones destinadas a la producción o a la comercialización de inmuebles.

Otros, en cambio, adoptan una interpretación más flexible, entendiendo que la expresión *crédito inmobiliario* comprende todo y cualquier crédito adherido a derecho real inmobiliario, sobre todo derecho real de garantía, de modo que podría considerarse crédito *inmobiliario* a un préstamo no destinado a la producción o a la comercialización de inmuebles, sino siempre que fuera garantizado por derecho real inmobiliario.

Hay otros, aún, que no ven la vinculación de naturaleza real como elemento esencial de la calificación, entendiendo que sería calificado como crédito *inmobiliario* el derecho del arrendador de inmueble.

Cualquier interpretación que se adopte, sin embargo, hay que tener en cuenta que la calificación de un crédito por su naturaleza, sea *mobiliaria* o *inmobiliaria*, tiene como elemento esencial la existencia de un vínculo de naturaleza

(7) Vid. capítulos sobre propiedad fiduciaria y patrimonio de afectación.

real entre el cumplimiento de la obligación, o el pago de la deuda, y determinado bien, sea mueble o inmueble.

Ese elemento es particularmente relevante en el mercado de securitización de créditos inmobiliarios, con miras a la seguridad jurídica y económica del inversor, aspecto que, a nuestro juicio, conduce a la conceptualización del crédito *inmobiliario* necesariamente en función del vínculo real que ata determinado inmueble a la satisfacción de determinado crédito, de modo a asegurarse al acreedor el derecho de apropiarse del contenido económico del inmueble en caso de mora o incumplimiento por parte del deudor hasta el límite del valor de su crédito.

Dada esa realidad, el concepto de crédito inmobiliario está asociado a la noción de derecho real, o sea, derecho vinculado a determinado bien, de ahí la calificación crédito real, que, según CARVALHO SANTOS, «se subdivide en dos clases: a) *crédito inmobiliario*, cuando tiene por garantía la propiedad inmueble; b) *crédito mueble*, cuando la garantía consiste en el depósito bajo prenda de mercancías o valores mobiliarios que responden por el cumplimiento de la deuda» (8).

Es como comprende, también, Ricardo César PEREIRA LIRA: «la noción de crédito inmobiliario puede también estar unida a la modalidad de garantía que salvaguarda la posición del acreedor en financiaciones inmobiliarias. Un banco de fomento, por ejemplo, financia un determinado proyecto (*project finance*) y se garantiza, no sólo con los recibibles, pero fortalece su posición con una garantía hipotecaria. El crédito, en ese caso, es un crédito inmobiliario» (9).

Efectivamente, el conjunto de las disposiciones legales parece indicar que el empleo de la expresión *crédito inmobiliario* tiene el propósito de distinguir especies de crédito para efecto de securitización; además, parece claro que la calificación de la especie *inmobiliaria* proviene de un vínculo de naturaleza real entre los créditos y determinados inmuebles; por eso es que el inciso I del artículo 8.º determina la individualización del inmueble vinculado al crédito inmobiliario y, además, el artículo 10, párrafo único, señala anotar el término de *securitización* en la *inscripción del inmueble* cuyo crédito esté afectado por fuerza de la institución del régimen fiduciario, además de tratar de la constitución de *otras garantías*, induciendo a creer que hay una garantía inmobiliaria natural.

Y ¿cuál es la razón que justifica la calificación de un crédito por su vínculo real con una cosa?

Desde el punto de vista jurídico y económico, lo que realmente importa en la vinculación de naturaleza real es la posibilidad de satisfacción del crédito mediante apropiación del contenido económico de determinado bien; la vinculación encierra el bien a la obligación y destina su valor económico al pago.

Ahora, lo que distingue la securitización de créditos en general, no inmobiliarios de la securitización de créditos inmobiliarios es la inexistencia o la existencia de bienes que garanticen el crédito securitizado.

Efectivamente, en la securitización de un crédito proveniente de arrendamiento de inmueble o de uso de tarjetas de crédito, sin garantía real inmo-

(8) J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Repertorio enciclopédico do direito brasileiro*, Río de Janeiro, Editor Borsoi, vol. XIII, pág. 224.

(9) Ricardo César PEREIRA LIRA, *Crédito imobiliário e sua conceptualização*, Parecer, Revista Forense, 373:205.

biliaria, lo que responde por el derecho creditorio del suscriptor del título securitizado es el crédito, que está garantizado por el patrimonio general de los debedores.

Ya en la securitización de créditos inmobiliarios, lo que se presupone es que, además del patrimonio general de los debedores se haya separado un determinado bien de ese patrimonio para garantizar específicamente aquel crédito llevado al proceso de securitización, en una estructuración jurídica y económica que asegure la posibilidad de convertirse aquel específico bien en dinero, con el objeto del rescate de los títulos.

Y es exactamente esa diferencia que lleva a creer que, al optarse por un título con lastro en crédito inmobiliario, el inversor cree que por detrás del crédito haya bienes inmuebles que garanticen el rescate del título.

Dados esos elementos fundamentales, es posible inferir que la noción de crédito inmobiliario, para efecto de securitización, se funda en la idea de la vinculación de una prestación a determinado inmueble, afectando el contenido económico de ese inmueble a la satisfacción del crédito correspondiente a aquella prestación.

Poco importa que la prestación sea una obligación de dar, como, por ejemplo, la de entrega del inmueble al comprador, o de hacer, correspondiente a la obligación de pago de una deuda de un préstamo particular o bancario, que sea garantizado por hipoteca o por propiedad fiduciaria.

Lo que importa es que los inmuebles vinculados a los créditos securitizados estén también vinculados a los derechos de los suscriptores de títulos, de modo a asegurar la existencia de bienes convertibles en dinero, en volumen suficiente para rescatar los títulos puestos en el mercado.

De este modo, a admitirse la aplicación de la Ley número 9.514/97 a la securitización de créditos correspondientes a alquileres de inmuebles o a saldo de precio de promesas de compra y venta, nos parece necesario proteger los riesgos de la emisión mediante garantía real inmobiliaria, de modo a conferir a los inversores medios que efectivamente aseguren la satisfacción de sus créditos, en caso de eventual deshacimiento del arrendamiento o resolución de la promesa de compra y venta.

De otra parte, parece razonable que, con miras a la ampliación del mercado, con seguridad jurídica, sería de todo conveniente admitirse la securitización de créditos provenientes de préstamo sin finalidad específica, pero garantizados por derecho real inmobiliario.

7. SECURITIZACIÓN DE CRÉDITOS VINCULADOS A PROMESAS DE COMPRA Y VENTA

Importa aún considerar la eventual securitización de créditos correspondientes al saldo del precio de promesas de compra y venta, que también presenta particularidades, llevando en consideración que la eventual resolución de una promesa provocará disminución del lastro que sirve como garantía a los suscriptores, sacando de él un crédito inmobiliario y un inmueble que serían naturalmente destinados a recomponer el flujo de pagos.

En ese caso, como forma de contornear los riesgos de la operación en que el lastro sea el crédito de la promesa de venta, sería necesario que el cedente disponibilizara para la securitizadora garantías suficientes para recomposición del lastro de la emisión.

Es verdad que, por el registro del contrato de promesa de venta se constituye un vínculo de naturaleza real respecto al inmueble objeto de la promesa, pues, de una parte, el promitente comprador tiene derecho real de adquisición y, de otra parte, el promitente vendedor retiene el dominio del inmueble hasta que se satisfaga el saldo del precio de la promesa, que corresponde al crédito securitizado.

Todavía, es también verdad que la cesión del crédito del promitente vendedor se limita a operar la transmisión del derecho creditorio, no contemplando la transmisión de la posición contractual del promitente vendedor, que se refiere a la titularidad del dominio.

De eso, el incumplimiento del promitente comprador debedor importará, en regla, en resolución del contrato, circunstancia que implica el retorno de las partes al estado anterior, por el que, en principio, el promitente vendedor recupera la propiedad y la posesión del inmueble y el promitente comprador recupera parte de lo que ha pagado por la promesa (se reserva, obviamente, la facultad del promitente vendedor de promover la ejecución del crédito resultante de la promesa, hipótesis en que los efectos de la demanda se acercarían al resultado de una ejecución de contrato de mutuo).

Asimismo, aunque la cesión del crédito de la promesa de compra y venta importe en la transmisión de la totalidad de los derechos creditorios, el eventual incumplimiento del promitente comprador, con la consecuente resolución del contrato de promesa, alcanza de lleno la liquidez y la garantía del negocio de securitización.

En ese caso, tres son los efectos de mayor relevancia en lo que concierne al proceso de securitización: *en primer lugar*, parece el lastro de los títulos emitidos, en la medida que, por fuerza de la resolución del contrato, se extingue el crédito de la promesa de venta; *en segundo lugar*, el inmueble cuya comercialización generó el crédito vuelve al patrimonio del cedente (promitente vendedor) y no al del cesionario del crédito, pues la cesión del crédito no importa en transmisión de la posición patrimonial inmobiliaria del cedente, sino sólo en la relación crediticia y, *en tercer lugar*, la eventualidad de restitución, al antiguo promitente comprador, de parte sustancial del que haya pago, podrá desequilibrar la ecuación patrimonial establecida en la securitización.

Dado el interés que aviva el negocio, entidades relacionadas al sector inmobiliario y a los registradores de inmuebles cavilan sugerir proposición legislativa por la que se reglamente la transmisión de la posición contractual del promitente vendedor, de modo a asegurar al cesionario el cobro del inmueble en caso de incumplimiento del promitente comprador.

8. AGENTE FIDUCIARIO

A pesar de que la ley atribuye, en condiciones normales, la administración del patrimonio separado de la propia securitizadora, a reserva de que, en hipótesis como mala gestión y otras que puedan perjudicar a los suscriptores de los títulos, ella podrá alejarse de la administración. El patrimonio de afectación pasa a ser administrado por un agente fiduciario, al que la ley le confiere legitimidad para practicar todos los actos de administración necesarios al rescate de los títulos. El agente fiduciario puede promover el cobro y el recibo de los créditos afectados y, hasta incluso, liquidar el patrimonio de

afectación, destinando el producto de la liquidación al pago de sus propias obligaciones.

9. ANOTACIÓN DE LA TITULARIDAD FIDUCIARIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Esa modalidad de titularidad fiduciaria, refiriéndose a derecho creditorio inmobiliario, se la debe anotar en el Registro de la Propiedad, en las inscripciones de los inmuebles a que se refieran, a reserva de que, en hipótesis de que los Certificados de Recibibles Inmobiliarios hayan sido emitidos con lastro en créditos representados por Cédula de Crédito Inmobiliario, el régimen fiduciario se registrará en la institución financiera a que haya sido atribuido el encargo de custodiante de las cédulas, dispensada la anotación en el Registro de la Propiedad (Ley núm. 10.931/2004, art. 23, párrafo único).

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO Número 250 (Junio 2009)

«La evolución jurídica del silencio administrativo en las licencias urbanísticas (sobre la discreta pérdida de vigencia de la regla especial de inexistencia del silencio administrativo *contra legem* en el ámbito urbanístico)», por Guillermo AGUILLAUME, pág. 11.

SUMARIO: 1. PROPÓSITO Y ENFOQUE.—2. UN PUNTO DE PARTIDA: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LICENCIAS DE OBRAS. DERECHO DE PROPIEDAD, EDIFICACIÓN Y CONTROL PREVIO DE SU EJERCICIO POR LA ADMINISTRACIÓN.—3. GÉNESIS Y JUSTIFICACIÓN DE LA REGLA RESTRICTIVA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO *CONTRA LEGEM*.—4. LA CONSAGRACIÓN DE LA REGLA RESTRICTIVA DEL SILENCIO POSITIVO EN LA LEGISLACIÓN PRECONSTITUCIONAL Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA URBANÍSTICA: LA TEORÍA DEL «ELEMENTO SUSTANTIVO».—5. LA BREVE HISTORIA DE LA REGLA RESTRICTIVA DEL SILENCIO POSITIVO *CONTRA LEGEM* EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA POSTCONSTITUCIONAL.—6. UN GIRO COPERNICANO: EL RÉGIMEN DEL SILENCIO POSITIVO *CONTRA LEGEM* EN LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.—7. UNA ÚLTIMA VUELTA DE TUERCA: LA LEY 4/1999, DE 8 DE ENERO, Y EL SILENCIO ADMINISTRATIVO *CONTRA LEGEM*.—8. ALGUNAS CRÍTICAS AÑADIDAS A LA TEORÍA DEL «ELEMENTO SUSTANTIVO».

«Anulación de acuerdos de aprobación de PDAIS y selección del agente urbanizador por infracción de los principios de contratación pública (comentario a la sentencia núm. 893/2008, de 19 de septiembre de 2008, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección

Segunda, Sala de lo Contencioso-Administrativo)», por Irene BRAVO REY, pág. 79.

SUMARIO: I. SOBRE LA CUESTIÓN SOMETIDA A CONTROL JURISDICCIONAL: MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN.—II. SOBRE LAS SENTENCIAS ALUDIDAS POR LA SALA SENTENCIADORA PARA BASAR LA INFRACCIÓN POR LA LRAU DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS ESTATAL.—III. ¿PODRÍA ENTENDERSE QUE LOS MOTIVOS ESGRIMIDOS CONSTITUYEN UN RECURSO INDIRECTO CONTRA LA LRAU APLICABLE EN EL MOMENTO DE LA ADJUDICACIÓN DEL PDAI?—IV. SOBRE EL ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS QUE MOTIVAN EL FALLO DE LA SALA: DIFERENCIAS SUSTANCIALES CON EL MOTIVO ENJUICIADO.—V. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE DERECHO SOBRE EL FALLO DE LA SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2008, COMENTADA.—VI. POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN DE PDAIS (E INCLUSO DE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO DE DESARROLLO) CON BASE EN ALEGACIONES GENÉRICAS DE INFRACCIÓN DE NORMATIVA ESTATAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.—VII. CONCLUSIÓN.

«La innecesariedad de la licencia de primera ocupación para la declaración de obra nueva: análisis crítico de cuatro Resoluciones de la DGRN de diciembre de 2008)», por Jordi VIGUER PONT, pág. 75.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA REGULACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN LA NORMATIVA URBANÍSTICA: EL NUEVO RÉGIMEN DE LA LEY DE SUELO.—3. UN PRIMER ANÁLISIS SOBRE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA: LA RESOLUCIÓN CIRCULAR DE LA DGRN DE 26 DE JULIO DE 2007.—4. CLARIFICACIÓN SOBRE LA EXIGIBILIDAD DE LA LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN PARA LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA TERMINADA: LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN DE DICIEMBRE DE 2008.—5. CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA DGRN: 5.1. REFERENCIA LEGAL A LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA OBRA TERMINADA. 5.2. LA PATRIMONIALIZACIÓN DE LA EDIFICABILIDAD. 5.3. LA FINALIDAD DE LA LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN.—6. REFLEXIÓN FINAL.

«Estudio de reciente jurisprudencia sobre el planeamiento urbanístico», por Isaac ARROYO MARTÍN, pág. 89.

SUMARIO: 1. PREVIO.—2. CLASIFICACIÓN DEL SUELO: 2.1. SI UNOS TERRENOS NO EXPERIMENTAN TRANSFORMACIONES EN SU URBANIZACIÓN, EL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA NO PUEDE CAMBIAR LA CLASIFICACIÓN DE SUELO URBANIZABLE A SUELO URBANO NO CONSOLIDADO. 2.2. NECESIDAD DE MOTIVAR LA INADECUACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LOS SUELOS. 2.3. ESTIMACIÓN PARCIAL DE UN RECURSO DE CASACIÓN EN RELACIÓN CON LA ANULACIÓN DE LA RECLASIFICACIÓN DE DETERMINADOS ÁMBITOS POR EL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA DE MADRID.—3. MODIFICACIONES SUSTANCIALES INTRODUCIDAS DURANTE LA TRAMITACIÓN DE UN PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA.—4. LA NULIDAD DE MODIFICACIONES DE UN PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA:

4.1. NULIDAD DE LA MODIFICACIÓN DE UN PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA DIRIGIDA A LEGALIZAR IRREGULARIDADES URBANÍSTICAS. 4.2. NULIDAD DE LA MODIFICACIÓN DE UN PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA QUE IMPLICA LA REDUCCIÓN DE LA SUPERFICIE DESTINADA A ZONA VERDE. 4.3. NULIDAD DE LA MODIFICACIÓN DE UN PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA POR FALTA DE INCORPORACIÓN AL PROCEDIMIENTO DEL CONVENIO URBANÍSTICO FIRMADO ENTRE EL AYUNTAMIENTO, MINISTERIO DE DEFENSA Y LA SOCIEDAD INTERESADA EN CONSTRUIR UNOS GRANDES ALMACENES.—5. IMPOSIBILIDAD DE SUSPENDER UNA DEMOLICIÓN CON BASE EN UNA PREVISIBLE MODIFICACIÓN DEL PLANEAMIENTO.—6. ANULACIÓN DE PERMISOS PARA INSTALAR UN PARQUE EÓLICO POR NO PREVER EL PLAN GENERAL MUNICIPAL SU IMPLANTACIÓN COMO SISTEMA GENERAL.—7. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: 7.1. SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA APROBACIÓN DE UN PLAN ESPECIAL DE REFORMA INTERIOR. 7.2. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO: INTERESES PÚBLICOS EN CONFLICTO.—8. UN PLAN PARCIAL PODRÁ INTRODUCIR MODIFICACIONES AL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA QUE DESARROLLA SIEMPRE QUE VERSEN SOBRE DETERMINACIONES PORMENORIZADAS.

«Bruselas investigará 250 urbanizaciones españolas sin agua garantizada», por María del Mar MUÑOZ, pág. 117.

SUMARIO: 1. ¿CÓMO SE HA LLEGADO A ESTA SITUACIÓN? ¿CÓMO SE HAN PODIDO LLEGAR A GESTAR ESTOS DESARROLLOS URBANÍSTICOS SIN GARANTÍA DE ABASTECIMIENTO SUFICIENTE?—2. ¿CUÁL ES EL VERDADERO PROBLEMA DE ESTOS NUEVOS DESARROLLOS URBANÍSTICOS?—3. LAS CONFEDERACIONES HIDROGRÁFICAS Y SU PARTICIPACIÓN EN LOS DESARROLLOS URBANÍSTICOS.—4. ¿QUÉ SABEMOS DE ESOS INFORMES?—5. ¿CÓMO SE HA PRONUNCIADO RESPECTO A ESTOS INFORMES LA JURISPRUDENCIA?—6. CONCLUSIÓN.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 2 (2009)

«Les fundacions en el llibre tercer: tipologia, govern i control», por Josep FERRER I RIBA, pág. 9.

SUMARI: 1. INTRODUCCIÓ.—2. LES DISPOSICIONS GENERALS DEL LLIBRE TERCER: 2.1. ÀMBIT D'APLICACIÓ. 2.2. DISPOSICIONS GENERALS SOBRE L'ACTUACIÓ I LES MODIFICACIONS ESTRUCTURALS DE LES FUNDACIONS: 2.2.1. *L'adopció d'acords*. 2.2.2. *Actuació i responsabilitat abans de la inscripció*. 2.2.3. *Modificacions estructurals*.—3. EL DRET DE FUNDACIONS: 3.1. FUNDACIONS PRIVADES I PÚBLIQUES. 3.2. DOTACIÓ I FINANÇAMENT DE LES FUNDACIONS: 3.2.1. *Els requisits de dotació i de suficiència del finançament en les fundacions ordinàries*. 3.2.2. *Les fundacions temporals*. 3.2.3. *Els fons especials*. 3.3. ORGANITZACIÓ I FUNCIONAMENT INTERNS: 3.3.1. *La separació entre el govern i la gestió de les fundacions*. 3.3.2. *La gratuïtat del càrrec de patró i la regulació dels conflictes d'interessos*. 3.3.3. *Activitats econòmiques i règim d'adminis-*

tració patrimonial.—4. CONTROL I SUPERVISIÓ DE LES FUNDACIONS.—
5. L'ENTRADA EN VIGOR DEL LLIBRE TERCER I EL RÈGIM DE TRANSITORIETAT.

«Cómputo de daños en el ejercicio de la acción indemnizatoria por infracción de patente», por Cristina ROY PÉREZ, pág. 47.

SUMARIO: 1. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE PATENTE CONFIGURADO POR LA LEY DE PATENTES.—2. LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS BAJO LOS CRITERIOS TRADICIONALES DE LA LP.—3. LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS PROPUESTOS POR LA DIRECTIVA 2004/48/CE: 3.1. LA DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS EN LOS SUPUESTOS DE DOLO O NEGLIGENCIA GRAVE. 3.2. LA DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS EN OTROS SUPUESTOS. 3.3. EL DAÑO MORAL.—4. INTERPRETACIÓN QUE SE PROPONE DEL NUEVO REDACTADO DE LA LP DERIVADO DE LA LEY 19/2006.

«L'exercici professional del periodista: la col·legiació, la clàusula de consciència i el secret professional», por Xavier CAMPÀ I DE FERRER, pág. 73.

SUMARI: 1. ELS COL·LEGIS PROFESSIONALS: 1.1. MARC JURÍDIC DELS COL·LEGIS PROFESSIONALS I DE L'EXERCICI DE LES PROFESSIONS TITULADES. 1.2. NATURALISA JURÍDICA DELS COL·LEGIS PROFESSIONALS. 1.3. FUNCIONS I FINALITATS DELS COL·LEGIS PROFESSIONALS. 1.4. MARC NORMATIU DE LA PROFESSIÓ PERIODÍSTICA. 1.5. EL COL·LEGI PROFESSIONAL DE PERIODISTES DE CATALUNYA.—2. LA COL·LEGIACIÓ: 2.1. MODEL COL·LEGIAL A L'ESTAT ESPANYOL: OBLIGATORIETAT DE COL·LEGIACIÓ PER A L'EXERCICI DE LES PROFESSIONS TITULADES. 2.2. REGULACIÓ DE LA PROFESSIÓ DE PERIODISTA. 2.3. POSSIBLE INCONSTITUCIONALITAT DE L'OBLIGATORIETAT DE COL·LEGIACIÓ DELS PERIODISTES. 2.4. PRINCIPALS PROBLEMES QUE ES PLANTEGEN DERIVATS DE LA NO OBLIGATORIETAT D'ADSCRIPCIÓ COL·LEGIAL DELS PERIODISTES.—3. LA CLÀUSULA DE CONSCIÈNCIA: 3.1. LA LLEI ORGÀNICA 2/1997, DE 19 DE JUNY, REGULADORA DE LA CLÀUSULA DE CONSCIÈNCIA DELS PROFESSIONALS DE LA INFORMACIÓ. 3.2. EL COL·LEGI PROFESSIONAL COM A GARANT DE LA INVOCACIÓ DE LA CLÀUSULA DE CONSCIÈNCIA PER PART D'UN COL·LEGIAT EN INTERÈS PÚBLIC.—4. EL SECRET PROFESSIONAL: 4.1. CONCEPTE JURÍDIC I OBJECTE. 4.2. ELS LÍMITS DEL SECRET PROFESSIONAL.

REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL

Número 2 de 2008 (Julio-Diciembre)

«El derecho a la reparación de las víctimas de desaparición forzada: hacia la justicia a través del Derecho internacional», por Natividad FERNÁNDEZ SOLA, pág. 397.

SUMARIO: I. EL FENÓMENO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS DE PERSONAS Y LA COMPLEJIDAD DE SU TRATAMIENTO JURÍDICO-INTERNACIONAL.—II. DERECHOS LESIONADOS Y VÍCTIMAS.—III. LA

OBLIGACIÓN DE REPARAR Y SU CONTENIDO: 1. LA DOCTRINA CLÁSICA DE LA REPARACIÓN POR LA COMISIÓN DE ACTOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS Y SU APLICACIÓN A LAS DESAPARICIONES FORZADAS. 2. LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* Y SU VALOR ANTE DESAPARICIONES FORZADAS. 3. LA INSUFICIENCIA DE LA REPARACIÓN POR EQUIVALENCIA ANTE DESAPARICIONES FORZADAS. EL PRECIO DE LA IMPUNIDAD. 4. LAS VARIADAS IMPLICACIONES DE LA SATISFACCIÓN PARA REPARAR DESAPARICIONES FORZADAS.—IV. LA LEY ESPAÑOLA DE LA MEMORIA HISTÓRICA Y LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DESAPARICIONES FORZADAS: 1. ADECUACIÓN A LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES. 2. DEFICIENCIAS EN LA PROTECCIÓN FRENTE A LA DESAPARICIÓN FORZADA.—V. CONCLUSIONES.

«*Blackwater* ante el Derecho internacional: el negocio de la inmunidad», por Antonio PASTOR PALOMAR, pág. 427.

SUMARIO: I. *BLACKWATER* COMO EMPRESA Y ELEMENTO DE LA *TOTAL FORCE*.—II. EL MARCO REGULADOR DE LOS SERVICIOS PRIVADOS DE SEGURIDAD Y MILITARES EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES: 1. ¿QUÉ PUEDE PRIVATIZARSE CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL? 2. ¿QUÉ USO DE LA FUERZA SE AUTORIZA? 3. EL CONTRATO ESTATAL Y LA RESPONSABILIDAD CORPORATIVA.—III. EL ESTATUTO JURÍDICO DE *BLACKWATER* EN IRAK Y AFGANISTÁN: 1. EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: COMBATIENTES Y/O CIVILES. 2. EN EL DERECHO IRAQUÍ: LA ORDEN 17 DE LA AUTORIDAD PROVISIONAL DE LA COALICIÓN. 3. LOS *STATUS OF FORCES AGREEMENTS* CON AFGANISTÁN E IRAK.—IV. ATRIBUCIÓN Y EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL A LOS ESTADOS POR LOS ACTOS DE *BLACKWATER*.—V. MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DE *BLACKWATER*: EXAMEN A LA JURISDICCIÓN DE ESTADOS UNIDOS: 1. JURISDICCIÓN MILITAR: TERRITORIAL Y EXTRATERRITORIAL. 2. JURISDICCIÓN FEDERAL PENAL: LA JURISDICCIÓN ESPECIAL MARÍTIMA Y TERRITORIAL. 3. JURISDICCIÓN FEDERAL CIVIL Y SUS LÍMITES: EL CASO *McMAHON V. PRESIDENTIAL AIRWAYS INC./BLACKWATER*: 3.1. *No enjuiciamiento de cuestiones políticas: internacionales, militares*. 3.2. *Las excepciones a la Federal Tort Claims Act*: A) La inmunidad soberana derivada. B) La excepción por actividades de combate. C) La excepción por funciones discrecionales.—VI. CONCLUSIONES.

«Sistema, fragmentación y contencioso internacional», por Pablo J. MARTÍN RODRÍGUEZ, pág. 457.

SUMARIO: I. DE CIERTAS PERPLEJIDADES.—II. DE CIERTAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE «SISTEMA» EN EL DERECHO.—III. DE CIERTAS ACEPTACIONES DE «SISTEMA» EN DERECHO INTERNACIONAL.—IV. DE LA NOCIÓN DE SISTEMA EN LOS TRABAJOS DE LA CDI SOBRE LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.—V. DE CIERTOS APUNTES SOBRE LA VINCULACIÓN ENTRE FRAGMENTACIÓN Y JURISDICCIÓN.—VI. DE CIERTAS CONCLUSIONES.

«El nuevo Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (sobre la negociación de

determinados artículos en la sesión diplomática del 5 al 23 de noviembre de 2007)», por Carmen AZCÁRRAGA MONZONÍS, pág. 491.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL NUEVO CONVENIO DE LA HAYA Y LA LABOR LEGISLATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LOS ALIMENTOS INTERNACIONALES: 1. LA GÉNESIS DE UN NUEVO CONVENIO DE LA HAYA: 1.1. *Antecedentes*. 1.2. *Dinámica de las negociaciones en la vigésima primera sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. 2. EL TRATAMIENTO PARALELO DE LOS ALIMENTOS EN OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. LA UNIÓN EUROPEA EN PARTICULAR.—II. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL NUEVO CONVENIO DE LA HAYA DE 2007 SOBRE EL COBRO INTERNACIONAL DE ALIMENTOS: 1. ESTRUCTURA Y PRINCIPIOS RECTORES. 2. ANÁLISIS DE ALGUNAS SOLUCIONES DEL CONVENIO. CAPÍTULOS I A III: 2.1. *Primera cuestión: la delimitación del objeto, del ámbito de aplicación y de las definiciones*: a) Objeto; b) Ámbito de aplicación: i) Edad máxima del acreedor de alimentos; ii) Tratamiento de las personas vulnerables en el Convenio; c) Definiciones. 2.2. *Segunda cuestión: la cooperación administrativa*: a) Designación de las Autoridades Centrales; b) Funciones generales de las Autoridades Centrales; c) Funciones especiales de las Autoridades Centrales; d) Solicitud de medidas específicas. 2.3. *Tercera cuestión: las solicitudes a través de las Autoridades Centrales*: a) Estado requirente (o Estado de la residencia del solicitante) y Estado requerido; b) Solicitudes disponibles; c) Formularios y contenido de las solicitudes; d) Tramitación de las solicitudes; e) Medios de comunicación; f) Acceso a los procedimientos y asistencia jurídica gratuita. Excepciones: i) Pruebas genéticas; ii) Falta de fundamento en cuanto al fondo; iii) Buena situación económica del solicitante; g) Examen de los recursos económicos o del fondo del asunto.—III. BREVE VALORACIÓN DE FUTURO.

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY Número 94 (Enero-Diciembre 2008)

«Competencia notarial en asuntos no contenciosos», por Patricia Adriana LANZÓN y María Evelina MASSA, pág. 33.

«Competencia notarial en asuntos no contenciosos», por Gloria Marile RIVEROS GIL, pág. 45.

«Divorcio en sede notarial», por Mercedes SALAZAR PUENTE DE LA VEGA, pág. 63.

«Presente y futuro de la jurisdicción voluntaria», por DANIEL VIGO, pág. 73.

«Retribución del Notario; su determinación allende las reglas del mercado», por Néstor U. CAREAGA, pág. 83.

«Consideraciones acerca de la Ley 18.331 de protección de datos personales», por Aída NOBLÍA, pág. 89.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

Número 221-222 (Enero-Diciembre 2007)

- «Sociedades por acciones», por Ricardo SANDOVAL LÓPEZ, pág. 7.
- «Matrimonio y divorcio en la nueva Ley de matrimonio civil chilena», por Jürgen SAMTLEBEN, pág. 25.
- «Un desastre procesal», por Héctor OBERG YÁÑEZ, pág. 37.
- «Algunas consideraciones sobre la prenda sin desplazamiento y la prelación de créditos en la Ley número 20.190», por Manuel BARRÍA PAREDES, pág. 45.
- «Reparación y prevención de daños derivados de deficiencias viales en Chile: Panorama normativo y jurisprudencial», por José Luis DIEZ SCHWERTER, pág. 71.
- «Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: Un análisis comparativo», por Juan Carlos FERRADA BORQUEZ, pág. 99.
- «¿Hay sanciones por no ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA)?», por Verónica DELGADO SCHNEIDER, pág. 137.
- «El caso “Diane Barker”, un significativo precedente de tutela ambiental en la Unión Europea», por Mariano H. NOVELLI, pág. 173.
- «Nota sobre Fuller y Perdue y las acciones por incumplimiento contractual en el *common law*», por Martín HEVIA, pág. 181.
- «Derechos fundamentales y persona jurídica en el Derecho español», por Cristian Andrés LARRAÍN PÁEZ, pág. 189.
- «Los convenios concursales», por Eduardo SALAS CÁRCAMO, pág. 231.
- «Informe ante el Senado sobre el proyecto de ley que modifica el Código Civil y otras leyes complementarias», por EL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN, pág. 247.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Números 1 y 2 (2009)

- «Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?», por José Ángel ESTRELLA FARIA, pág. 5.
- «The Rationale for an International Convention on Third Party: Liability for Satellite Navigation Signals», por Sergio M. CARBONE y María Elena DE MAESTRI, pág. 35.

- «La distinction Droit Civil-Droit Commercial à l'épreuve de l'OHADA: une prospective de Droit matériel uniforme», por Justine DIFFO TCHUNKAM, pág. 57.
- «La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne et le Droit uniforme du commerce international», por Valentina M. DONINI, pág. 97.
- «Gap-Filling of the CISG by the Unidroit Principles of International Commercial Contracts», por Juraj KOTRUSZ, pág. 119.
- «Cross-border Tender Offers, the Exclusion of Certain Shareholders and the Principle of Equal Treatment», por Federico M. MUCCIARELLI, pág. 165.
- «Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté», por Jean-Claude NGNINTEDEM.
- «The Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects - Ten Years On», por Lyndel PROT.

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.*

Fe de erratas relativa al trabajo «Evolución histórica y normativa estatal actual sobre aguas subterráneas», del profesor MOREU BALLONGA, publicado en el número 714 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

Página 1776, nota 12. La remisión final con puntos suspensivos hecha a otra nota posterior debe entenderse realizada a la nota número 37 del propio trabajo.

Página 1822, línea 11. Donde dice Real Decreto 1771/1994... debe decir... Real Decreto 1771/1994.

Página 1823, línea 23. Donde dice Ley 6/1998... debe decir... Ley 29/1998.

Página 1828, línea 9. Donde dice «relacionadas»... debe decir... «relacionados».

Página 1840, nota 90, línea 9. Donde dice «oforos»... debe decir... «aforos».

Página 1894, nota 177, línea 2. Dice «que la aplicación a los propietarios de pozos...»... debe decir... «que la aplicación del esquema de las comunidades de regantes a los propietarios de pozos...».