

# REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXXXV • Mayo-Junio 2009 • Núm. 713

---

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

**Don Manuel Amorós Guardiola**  
Académico de Número de la Real  
Academia de Jurisprudencia y Legislación

### **Consejero-Secretario de la Revista**

**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 Manuel Amorós Guardiola**  
Académico de Número de la Real  
Academia de Jurisprudencia y  
Legislación

**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.<sup>a</sup> 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 Gállico**  
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

## **PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»**

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

- 1.º La dotación del premio será de 5.000 euros.
- 2.º Se concederá premio al mejor trabajo publicado hasta el 31 de diciembre de 2009, de entre las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.
- 3.º No podrán optar al premio aquellos autores que formen parte del Consejo de Redacción de la Revista en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros de Redacción integrados en el Comité Ejecutivo. El Consejero-Secretario de la Revista actuará también como Secretario del Tribunal del Jurado. El Presidente del Jurado será el Presidente del Consejo de Redacción.
- 5.º El premio será objeto de reseña en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.



# S U M A R I O

*Págs.*

## ESTUDIOS

«Usufructo de dinero, usufructo viudal y legítima de los descendientes», por VERÓNICA DEL CARPIO FIESTAS .....	1103
«El menor ante la nueva realidad jurídica», por SOL GONZÁLEZ SEOANE .....	1159
«La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato», por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ .....	1183
«El testador anciano y los problemas de la testamentifacción activa», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA .....	1213

## LECTURAS Y NOTAS

«Nuevas perspectivas en la liquidación de daños a consumidores y usuarios en el procedimiento administrativo de consumo», por JAVIER AVILÉS GARCÍA .....	1237
«La tributación de las operaciones de cesión de créditos o derechos de adquisición de inmuebles en construcción», por JUAN CALVO VÉRGEZ .....	1295
«Cuestiones acerca de las inscripciones y anotaciones en el Registro General de la Propiedad Intelectual: Especial consideración sobre las anotaciones preventivas», por JORGE ORTEGA DOMÉNECH ..	1309
«La sindicación del préstamo para el desarrollo inmobiliario en el <i>Corporate Finance</i> . Su posible optimización», por HÉCTOR SIMÓN MORENO .....	1349

## DERECHO COMPARADO

«La protección del menor en el seno familiar: El <i>stato de filiazione</i> en el Derecho Civil italiano», por JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ .....	1393
---	------

	<i>Págs.</i>
«Pluralidad de deudores y acreedores en los Principios de Derecho Contractual Europeo», por MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA .....	1419
«Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español)», por SUSANA NAVAS NAVARRO .....	1467

## RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	1499
--	------

## ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

### 1. DERECHO CIVIL

#### 1.1. Parte general:

— Intimidad personal y familiar y revelación de secretos realizados por empleada del hogar, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE .....	1513
--	------

#### 1.2. Derecho de familia:

— Transexualidad y restricción del régimen de visitas, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE .....	1518
---	------

#### 1.3. Derechos reales:

— El alcance de la calificación registral a los poderes de representación: un resumen de las posturas jurisprudenciales, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA ....	1524
---	------

#### 1.4. Sucesiones:

— Sucesión hereditaria: La sustitución ejemplar: Efectos, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL .....	1535
---	------

#### 1.5. Obligaciones y contratos:

— Se declara la solidaridad cuando se aprecia una identidad de fin de las prestaciones como destinadas, en común, a la satisfacción del interés del acreedor, por ISABEL MORATILLA GALÁN .....	1537
— No es obligatorio el seguro decenal si se trata de dos viviendas en propiedad horizontal destinadas a uso propio, por ROSANA PÉREZ GURREA .....	1542

1.6. Responsabilidad civil:

- La responsabilidad de los padres por los actos cometidos por los hijos, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ ..... 1550

2. MERCANTIL

- El incumplimiento de las declaraciones y garantías en las adquisiciones de empresas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, por FRANCISCO REDONDO TRIGO ..... 1560

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

- Declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal. Reserva de ley para la exigibilidad de licencia respecto de la creación de mayor número de elementos privativos de los permitidos en la licencia de edificación, por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ ..... 1590

**ACTUALIDAD JURÍDICA**

- Información legislativa y de actividades ..... 1601

**INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA**

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad», de FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO ..... 1623
- «La teoría del derecho en el paradigma constitucional», de LUIGI FERRAJOLI, JOSÉ JUAN MORESO y MANUEL ATIENZA, por IGNACIO TORRES MURO ..... 1625

- REVISTA DE REVISTAS ..... 1633



# ESTUDIOS



# Usufructo de dinero, usufructo vidual y legítima de los descendientes

por

VERÓNICA DEL CARPIO FIESTAS

*Profesora Asociada de Derecho Civil*

*de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.*

*Abogada*

## SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
2. REGULACIÓN LEGAL Y CONCEPTO DOCTRINAL DEL USUFRUCTO DE DINERO. REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN CATALANA.
3. EL USUFRUCTO DE DINERO EN LA JURISPRUDENCIA.
4. EFECTOS DEL USUFRUCTO VIDUAL UNIVERSAL SOBRE EL DINERO QUE FORME PARTE DEL CAUDAL RELICTO: EL RIESGO INELUDIBLE DE PRIVACIÓN DE LA LEGÍTIMA.
5. CONCLUSIONES.

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Si bien la conveniencia del sistema actual de las legítimas viene siendo puesta en cuestión desde hace tiempo por alguna doctrina, es opinión unánime que en Derecho Común sólo en unos supuestos excepcionales concretos sería posible afectar a la intangibilidad de la legítima estricta de ciertos legitimarios: los contenidos en la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, para beneficiar a los colegitimarios discapacitados (1).

---

(1) Vid. DÍAZ ALABART, S., «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)», en *Aranzadi Civil*, núm. 1, Parte Estudio, 2006, págs. 2099-2133.

Precisamente la reconocida singularidad de estos casos confirma lo que continúa siendo el principio general de protección de las legítimas, incluso contra la voluntad contraria del testador, y en teoría, por tanto, en nuestro Derecho no son admisibles otras excepciones, salvo, como es lógico, lo dispuesto sobre desheredación, indignidad o incapacidad sucesoria.

Ahora bien, existe otro caso en Derecho Común en el que los legitimarios hijos o descendientes también ven afectadas sus legítimas, pero no ya a modo de simple limitación temporal como en la Ley 41/2003, sino de modo mucho más grave e irreversible: con la pérdida definitiva, en todo o en parte, de los bienes que constituyen su porción, en beneficio del cónyuge supérstite. Se trata de una consecuencia indeseable e imprevista de la propia norma civil vigente en materia de usufructo, o más exactamente, de su interpretación por un sector de la jurisprudencia menor, que sigue los criterios sobre el usufructo de dinero de la mayoría de la doctrina.

Paradójicamente, no es precisa la existencia de mala fe o ánimo fraudulento del testador o del viudo para que se origine el resultado indicado. Basta con que concurren dos concretas circunstancias: que, por un lado, exista una voluntad testamentaria del causante de favorecer en lo posible a su cónyuge supérstite, expresada en forma que la jurisprudencia y la doctrina actuales consideran acomodada a la regulación legal, el testamento con usufructo universal vitalicio a favor del cónyuge supérstite con la llamada «*cláusula de opción compensatoria de la legítima*» o *cautela Socini*, y por otro lado, que en el caudal relicto aparezca un tipo de bienes muy frecuente, el dinero. Si el dinero forma parte de la masa hereditaria y por voluntad del testador el viudo es usufructuario universal vitalicio, y hay dispensa de fianza, surge el riesgo real de que ese dinero no llegue nunca a manos de los legitimarios nudo propietarios. No se trata de simple cuestión de insolvencia, sino de pérdida definitiva del dinero que forme parte del caudal relicto. El riesgo de desaparición definitiva del dinero por disposición de la propia ley existe siempre respecto de cualquier dinero en toda porción hereditaria de la que sea usufructuario el cónyuge supérstite y sean nudo propietarios los hijos o descendientes comunes; si su usufructo es universal, el riesgo se amplía a la totalidad del dinero que aparezca en el patrimonio, legítima incluida.

El usufructo universal del cónyuge supérstite con *cautela Socini*, en tiempos objeto de debate sobre su admisibilidad, hoy está generalmente aceptado en Derecho Común por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, siempre que reúna ciertos requisitos. Por lo tanto, podría considerarse una cuestión resuelta, si bien mientras no esté recogida de forma expresa en el Código Civil siempre podrían surgir opiniones disconformes (2). En cuanto al usufructo de dinero, se

---

(2) En las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, dedicadas al Derecho de Sucesiones en el Código Civil, se aprobó la recomendación de introducir

trata de una figura muy polémica que no ha merecido especial atención de la doctrina y presenta numerosas dificultades de configuración jurídica, si bien no suscita dudas su admisibilidad. Lo que se discute es su naturaleza y su régimen jurídico, y con razón se resalta la insuficiencia de las normas que lo regulan. En Derecho Común, esa regulación, en realidad, se limita al artículo 482 del Código Civil, sobre usufructo especial de cosas consumibles, precepto que no contiene una específica referencia al dinero.

El presente trabajo tiene por propósito examinar los efectos anómalos de la concurrencia de estas dos figuras, lícitas por separado, pero que conjuntamente pueden lesionar la legítima o incluso ocasionar su completa pérdida para los descendientes legitimarios, y poner de manifiesto este resquicio de la regulación actual en materia de protección de las legítimas. El problema deriva de la construcción jurídica mayoritaria según la cual el usufructuario de una suma de dinero adquiere la propiedad de ésta, y el nudo propietario se convierte en mero acreedor de su importe. La consecuencia final en ciertos casos es la extinción por confusión del crédito existente entre el descendiente legitimario nudo propietario y el viudo usufructuario universal vitalicio, con la consecuente pérdida total o parcial de la porción legitimaria.

Salvo error, esta incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico que deriva en la pérdida definitiva del dinero usufructuado para el legitimario no parece haber sido denunciada hasta la fecha por la doctrina en Derecho Común. Tampoco la jurisprudencia se ha pronunciado sobre las consecuencias de la concurrencia del usufructo viudal universal con el usufructo de dinero; pero sí constan unas cuantas sentencias de Audiencias Provinciales, que reflejan indirectamente esta posibilidad, la cual dista de constituir una rebuscada hipótesis de laboratorio.

La realidad social permite confirmar el otorgamiento cotidiano de testamentos abiertos de Derecho Común con usufructo universal vitalicio en favor del viudo. ROMERO COLOMA afirmaba hace unos años que estos testamentos constituyen una práctica tan generalizada que lo otorgan alrededor del 90 por 100 de las personas casadas con descendientes, e incluso en dos de los tres de modelos de fórmulas testamentarias que propone para que el usufructo viudal universal sea admisible incluye expresamente la relevación de fianza (3). Sugestivo dato, pues es justamente de la inexistencia de fianza en el usufructo universal del cónyuge viudo de la que se derivan las graves

---

en éste las modificaciones necesarias para asegurar la validez del legado de usufructo universal a favor del cónyuge viudo, en presencia de cualesquiera legitimarios del causante (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil», en *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2006, Parte Tribuna, págs. 2015-2018).

(3) ROMERO COLOMA, A.M., «Análisis y valoración del usufructo universal viudal y la cláusula de opción compensatoria de la legítima», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIII, septiembre-octubre de 1997, núm. 642, pág. 1779.

consecuencias objeto del presente trabajo. Más recientemente, el Consejo General del Notariado considera ese testamento como el más habitual en personas casadas (4). Es un testamento razonable especialmente en dos casos concretos. En primer lugar, si hay hijos comunes menores de edad, el testador puede desear que el viudo administre el patrimonio familiar sin las cortapisas que impone el Código Civil para protección de los menores; si bien en este caso, puesto que el progenitor sobreviviente tiene contraposición de intereses con los menores al otorgársele más de lo que estrictamente le correspondería por su cuota viudal, es imprescindible el nombramiento de un defensor judicial en la partición (5), lo que, considerando la demora y los gastos que de ello se derivan, puede quizá eliminar parte de las ventajas. Y, en segundo lugar, si la pareja es de avanzada edad, para proporcionar al supérstite una situación económica más desahogada e independiente en la vejez, sin excesivo quebranto para los legitimarios descendientes comunes, en tanto que, por ley de vida, el usufructo vitalicio no se extinguiría a largo plazo.

El usufructo de dinero muy rara vez se constituye *inter vivos*, pero de ello no ha de inferirse que se trate de una institución infrecuente en la vida jurídica (6). El dinero forma parte de casi todos los patrimonios hereditarios, y por tanto pasa a ser objeto del usufructo viudal, junto con el resto del caudal

---

(4) Así consta en la propia información contenida en la página web del Consejo General del Notariado ([www.notariado.org/inf\\_jur/losconsejos/index.htm](http://www.notariado.org/inf_jur/losconsejos/index.htm)), cuya finalidad es la de constituir una vía de divulgación masiva sobre la práctica notarial a los legos en Derecho. En el apartado sobre *Información jurídica práctica. Los consejos del notario. El testamento (I), clases y contenido*, 2.ª ed., F. RODRÍGUEZ PRIETO, al contestar a la pregunta «¿Cuál es el testamento más frecuente?», se responde lo siguiente: «*lo que suelen preferir los testadores es el llamado testamento “con cláusula Socini”, por el cual cada uno de ellos deja a su cónyuge, para el caso de que éste le sobreviva, el usufructo universal de sus bienes, es decir, el usufructo sobre la totalidad de su patrimonio, con la posibilidad de optar, si el viudo así lo desea, por recibir en lugar de éste el usufructo de un tercio, es decir, su legítima y además en plena propiedad el tercio de libre disposición. Los hijos son instituidos herederos por partes iguales, pero si el viudo optase por recibir el usufructo universal, serían “nudo propietarios”, es decir, que no podrían usar y disfrutar de los bienes hasta el fallecimiento del viudo*». Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en esta descripción de la figura se indica que la opción corresponde al cónyuge supérstite, cuando, de ser así, la figura sería de discutible aceptación.

(5) Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de diciembre de 2006.

(6) Según DORAL, el propio tenor literal del artículo 482 del Código Civil sobre usufructo de cosas consumibles «*indica la infrecuencia del usufructo de cosas consumibles aisladamente considerado*», pero en la misma expresión legal «*si el usufructo comprendiera*» queda por supuesto el hecho de que «*en el usufructo de cosas, de un patrimonio, de una herencia, etc., hay “cosas” consumibles, cosas muebles, cuyo uso regular consiste en consumirlas o enajenarlas*» y «*a esta “parte” del usufructo de un “todo” usufructuado se refiere la disciplina prevista en este artículo*» (DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Comentario al art. 482 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, T. VII, vol. 1.º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, pág. 3290).

relicto, por vía de herencia o de legado, y con o sin disposición testamentaria expresa. Si todo el patrimonio está constituido únicamente por dinero, el riesgo que aquí se analiza de pérdida de la legítima será mayor, pues ese riesgo se circunscribe sólo a aquella parte del patrimonio relicto que consista en dinero. En pocas ocasiones aparecerá en el caudal relicto dinero en metálico en importes significativos, tanto por su elevada cuantía objetivamente considerada como en relación con la masa hereditaria, salvo quizá en los casos de causantes de escasa capacidad económica. Sin embargo, casi cualquier persona física dispone de saldos en entidades bancarias en virtud de diversos tipos contractuales de contratos bancarios y, según un sector doctrinal y jurisprudencial, el dinero ingresado en entidades bancarias comparte en ciertos casos régimen jurídico con el dinero en efectivo, y por tanto daría lugar a idénticas dificultades que éste. Supuesto muy distinto es el del dinero que esté invertido en fondos de inversión. Como sostiene MARTÍNEZ DE BEDOYA, la participación en fondos de inversión ni es equivalente al dinero ni es un bien consumible por lo que, en consecuencia, se regula por las normas del usufructo ordinario del Código Civil, no por las del usufructo de cosas consumibles, y está exento de los riesgos que para el nudo propietario se deriva de la adquisición de la propiedad del bien por el usufructuario y la pérdida de control de las inversiones, aunque ofrezca dificultades de otra índole (7). Aunque la opinión de MARTÍNEZ DE BEDOYA pueda ser discutible, el presente trabajo excluye el supuesto del dinero invertido en participaciones en fondos de inversión.

Naturalmente, la presencia de dinero en un patrimonio hereditario sobre el que se constituya un usufructo viudal universal no siempre provoca conflictos. Al contrario, en muchos casos los inconvenientes derivados del usufructo del dinero que forma parte del caudal relicto son salvados por una prudente gestión conjunta entre usufructuario y nudo propietario, quizá incluso en la creencia (errónea, según opinión mayoritaria) de que en Derecho Común esa gestión conjunta es exigible legalmente o de que el usufructuario sólo tiene derecho a percibir los intereses o los rendimientos. Y, por fortuna, no abundan los progenitores que maquinen para privar de su legítima a los descendientes comunes. Pero es alarmante que la práctica profesional permita confirmar algún caso real en el que un causante ha otorgado testamento con usufructo universal vitalicio a favor del cónyuge con *cautela Socini* y relevación de fianza, y ha transformado en dinero la totalidad de su patrimonio poco antes de su óbito, con el propósito deliberado, o al menos con el resultado práctico, de despojar de la legítima a los descendientes, en beneficio del viudo. Lo que ha sugerido el presente trabajo no es que se estén

---

(7) MARTÍNEZ DE BEDOYA, C., «Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones de fondos de inversión acumulativos», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LV, Fasc. II, abril-junio de 2002, págs. 662-665.

provocando estas consecuencias de forma deliberada, sino algo de más trascendencia: que la mala fe es irrelevante, pues en cualquier caso los legítimos carecen de medio alguno para protegerse frente a lo que se genera por la mera aplicación de la propia ley.

## 2. REGULACIÓN LEGAL Y CONCEPTO DOCTRINAL DEL USUFRUCTO DE DINERO. REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN CATALANA

Escapa a la pretensión del presente trabajo añadir una opinión más sobre la borrosa figura del usufructo de dinero, o sobre el propio dinero en sí, ni pronunciarse a favor o en contra de las ya vertidas por la doctrina. Sólo se efectuará un análisis en lo que resulte preciso de las distintas posturas doctrinales y de determinados puntos conflictivos, en tanto que tienen su reflejo en los distintos criterios de la jurisprudencia menor que posteriormente se examinará en detalle.

El caso concreto del usufructo viudal universal cuando el patrimonio relicto consiste en todo o en parte en dinero no parece haber merecido el interés de la doctrina en Derecho Común, aunque sí existe alguna breve referencia doctrinal en Derecho catalán y aragonés (8). No hay que olvidar que el usufructo de dinero ha sido objeto de regulación específica en Cataluña (por la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, con regulación, modificada por Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales) y en Aragón (en este caso, sólo sobre el usufructo viudal aragonés, la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad). Aunque este trabajo se circunscribe al Derecho Común, la normativa catalana presenta muy especial interés, y por ello en el presente apartado habrá que referirse a ella con algún detenimiento.

En Derecho Común no se han publicado monografías sobre el usufructo de dinero y la doctrina apenas se ha ocupado de forma sistemática de esta figura. Como mucho, se incluye alguna indicación tangencial al tratar el controvertido usufructo de cosas consumibles, el cual, por otra parte, ha dado

---

(8) Para el Derecho catalán, sobre el usufructo de dinero en concurrencia con usufructo viudal, si bien por su fecha de publicación no recoge las modificaciones introducidas a la legislación catalana de usufructo de dinero por la Ley 5/2006, vid. PINTÓ RUIZ, J. J., «El usufructo en Cataluña», en *Noticias Jurídicas*, noviembre de 2005, <http://noticias.juridicas.com>. Para Derecho aragonés, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El usufructo de dinero (comentario al art. 117 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad)», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año núm. 7-8, núm. 1, 2001-2002, págs. 227-232.

lugar a escasa bibliografía, aparte del clásico estudio de JORDANO BAREA (9), pero sí a que los autores viertan sus opiniones propias en tratados o manuales sobre derechos reales o en comentarios generales al Código Civil. El único trabajo específico sobre el usufructo de dinero es un artículo de MONSERRAT VALERO, que, en su relativa brevedad, contiene un amplio análisis de las distintas posiciones doctrinales, de los inconvenientes de considerar este usufructo como cuasi usufructo, de sus peculiaridades, y del caso concreto de algunas inversiones financieras, partiendo de una sugestiva diferenciación entre el concepto de gasto y el concepto de inversión (10). Sin embargo, tampoco este estudio alude a los inconvenientes derivados de la posible extinción por confusión del crédito del nudo propietario y el usufructuario, pese a tratarse de una hipótesis nada remota cuando se trata de usufructos viudales por título sucesorio. TORRELLES TORREA, en su monografía sobre el usufructo de cosas consumibles en Derecho Común, aunque excluye en su análisis el usufructo de dinero, sí apunta al potencial conflicto entre el viudo usufructuario vitalicio y los nudo propietarios de dinero, aunque el único perjuicio que menciona para el nudo propietario es el habitualmente señalado por la doctrina de la depreciación del dinero, pues rige el principio nominalista y se trata de un usufructo de posible larga duración (11). Pero hay otro perjuicio incomparablemente más grave: el riesgo de extinción de la deuda al finalizar el usufructo, como consecuencia de las dificultades de configuración jurídica del objeto de este usufructo, el dinero.

Suele entenderse que el dinero, además de ser bien fungible e incluso el bien fungible por excelencia (12), es un bien consumible, pues su destino natural es, precisamente, el gasto, es decir, que por su uso conforme a su naturaleza desaparezca del patrimonio del usuario. No se trata de una destrucción física como en las demás cosas consumibles, sino de su circulación

---

(9) JORDANO BAREA, J., «El cuasi-usufructo como derecho de goce en cosa ajena», en *Anuario de Derecho Civil*, T. I (III), julio-septiembre de 1948, págs. 981-1023.

(10) MONSERRAT VALERO, A., «El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras», en *Actualidad Civil*, núm. 28, 13-19 de julio de 1992, págs. 421-441.

(11) Según TORRELLES TORREA, E., en un usufructo de dinero de larga duración, como el vitalicio del cónyuge, el principio nominalista «significará la restitución en su día de una cantidad que poca relación guardará con el interés adquisitivo que esa misma cantidad tenía cuando se recibió», por lo que propone que, de *lege ferenda*, se recoja el principio valorista (*El usufructo de cosas consumibles*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, págs. 326-328).

(12) BONET CORREA, J., se refiere al dinero como el bien «de fungibilidad absoluta» («El dinero como bien jurídico», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Tomo IV, Pamplona, 1969, pág. 129). El mismo autor, en otro estudio, afirmó que en realidad el dinero no puede ser clasificado en la dicotomía que se establece para las cosas entre fungibles y no fungibles, pues su peculiar ultrafungibilidad lo hace distinto de los demás bienes fungibles (BONET CORREA, J., *Las deudas de dinero*, Civitas, 1.<sup>a</sup> ed., 1981, pág. 242).

jurídico-económica (13), la llamada consumibilidad jurídica (14). Conforme a la construcción tradicional de BONET CORREA, la consumibilidad civil del dinero no consiste en una consumición por destrucción o transformación del objeto, sino tan sólo un cambio de titularidad a través del gasto, que se produce cuando del haber patrimonial se detrae una suma de dinero que entra en circulación, con consecuencias que se consideran de más interés para el economista que para el jurista (15).

No todos los autores coinciden por completo con este planteamiento mayoritario. Así, MONSERRAT VALERO propuso un concepto diferente de consumibilidad del artículo 337 del Código Civil, que no consiste en la mera salida del patrimonio, porque el dinero presenta particularidades propias que permitirían considerarlo como bien consumible o no consumible, según los casos. Según este autor, el dinero funcionaría como bien consumible cuando se gasta, porque entonces el uso sí implica destrucción, y como bien no consumible cuando se invierte, puesto que aquí se materializa en otras cosas que lo sustituyen y permanecen en el patrimonio con un valor económico. La conclusión de esta novedosa construcción jurídica en relación con el usufructo de dinero —el cual no tendría en realidad la consideración de cuasi usufructo—, sería que el usufructuario podría usarlo para obtener un rendimiento económico, es decir, sólo para invertirlo, pero no para gastarlo, y que el objeto de la inversión de la suma de dinero no sería propiedad del usufructuario, sino que éste tendría sobre él un derecho de usufructo, conservando la nuda propiedad el nudo propietario (16).

Sin embargo, esta interesante matización, que podría eliminar o reducir los graves inconvenientes que para el nudo propietario presenta el usufructo de dinero, no parece haber encontrado eco en la doctrina (17), para la cual, simplemente, el dinero es un bien consumible, sea cual sea el destino escogido de gasto o inversión.

Por lo tanto, si conforme al criterio mayoritario, el dinero es cosa consumible, el usufructo de una suma de dinero estaría regulado en Derecho Común en el artículo 482 del Código Civil, dentro del usufructo de cosas consumibles, cuyo tenor literal, que mantiene la redacción original del Código, es el siguiente:

*«Si el usufructo comprendiera cosas que no se pueden usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con obligación de pagar el*

---

(13) Es cierto que en algún caso el propietario del dinero pueda proceder a su destrucción física, por ejemplo, quemando los billetes, pero evidentemente no se trataría de un uso conforme a su destino natural.

(14) JORDANO BAREA, J., *op. y loc. cit.*, pág. 1002.

(15) BONET CORREA, J., «Las deudas de dinero», *op. cit.*, pág. 243.

(16) MONSERRAT VALERO, A., *op. y loc. cit.*, págs. 429-432.

(17) Salvo, quizá, MARTÍNEZ DE BEDOYA, C., *op. y loc. cit.*, pág. 664.

*importe de su avalúo al terminar el usufructo si hubiesen sido estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo».*

El usufructo especial regulado en este precepto es el llamado cuasi usufructo, usufructo impropio o usufructo irregular, pues todas estas expresiones utiliza la doctrina con distintos matices para referirse a este concreto usufructo de problemática naturaleza y confuso régimen jurídico, dadas las dificultades de identificación con el usufructo en sentido estricto y la imposibilidad de aplicar toda la regulación jurídica de éste. Se trata de una figura oscura, por la dificultad de distinguir en este caso el *ius fruendi* del *ius abutendi* y por los problemas derivados del conflicto con la regla del *salva rerum substantia*. Todo ello induce incluso a dudar si en efecto se trata de un derecho de usufructo, o bien de una figura de distinta naturaleza, como otro tipo de derecho real sobre cosa ajena, un usufructo ordinario con facultad de disposición que exima de acreditar la necesidad, o algún tipo de propiedad limitada, e incluso si puede calificarse como préstamo mutuo o hasta de un fideicomiso de residuo, si procede por vía hereditaria, o de una propiedad fiduciaria. La espinosa construcción jurídica impone que al usufructo de cosas consumibles le sean aplicables en cierta medida las reglas del usufructo, pero también a la vez, paradójicamente, las de los derechos de obligaciones; la coexistencia de regímenes tan distintos ocasiona las consiguientes complicaciones interpretativas de toda índole.

Ante la ausencia de jurisprudencia de interés del Tribunal Supremo, los autores se limitan a análisis estrictamente teóricos, tanto sobre el usufructo de cosas consumibles, en general, como respecto del supuesto concreto del usufructo de dinero. La reciente jurisprudencia menor sobre esta última figura no ha sido recogida aún por la doctrina.

La principal cuestión en el usufructo de cosas consumibles es si la propiedad de la cosa usufrutuada se transmite al usufructuario, algo que resultaría inconcebible en un usufructo común por incompatibilidad con la propia naturaleza de los derechos de goce sobre cosa ajena. Más exactamente, el debate parece centrarse, no tanto en si en efecto la propiedad de la cosa usufrutuada se transfiere al usufructuario, sino sobre el momento en que se produce esa transmisión de la propiedad al usufructuario (18). Si bien algún autor discrepante defiende que el usufructuario no adquiere la propiedad de las cosas consumibles (19), el criterio general es que la propiedad de la cosa consumible

---

(18) Algunos autores dan por sentado esa transmisión de propiedad, y no matizan en qué momento se efectúa. Por ejemplo, vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 4.ª ed., Madrid, mayo de 2004, pág. 513.

(19) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1986, pág. 273.

usufructuada sí se transmite al usufructuario, aunque no se trata de una opinión exenta de críticas, como la de TORRELLES TORREA (20), en su amplio análisis del panorama doctrinal en la materia. En cuanto al caso concreto del dinero, ya se ha hecho mención a la voz aislada de MONSERRAT VALERO, según el cual el usufructuario de una suma de dinero no adquiere la propiedad de forma que le esté permitido gastarlo, en sentido estricto, como contrapuesto a inversión, sino que debe invertirlo, de forma que el nudo propietario devenga nudo propietario del objeto de la inversión y el usufructuario obtenga los rendimientos que produzca dicho objeto (21). Ahora bien, lo cierto es que la doctrina más generalizada no comparte estos planteamientos críticos, ni hasta la fecha se ven reflejados en jurisprudencia alguna, ni siquiera menor.

La discusión doctrinal sobre la transmisión de la propiedad al usufructuario se circunscribe, entonces, a cuándo es adquirida. Sobre este punto existen dos grandes sectores doctrinales clásicos: si la adquisición de la propiedad por el usufructuario se efectúa desde el momento de la constitución del usufructo, o bien sólo desde la consumición o consumo de la cosa consumible por el usufructuario (22). Seguir un criterio u otro da lugar a consecuencias de gran trascendencia desde varios puntos de vista, tales como el problema de los riesgos de la cosa o su reivindicabilidad. Ahora bien, en el caso concreto del dinero, se acepte uno u otro criterio respecto del momento en el que el usufructuario adquiere la propiedad, ese planteamiento excluiría la aplicación de la regla de los usufructos sobre la subrogación real, al tratarse antes o después de un mero derecho de crédito, bien sea desde el momento de constituirse el usufructo, o bien desde que se efectúa el desembolso. Así pues, la salida del dinero del patrimonio del deudor, incluso con simultánea entrada de otro bien, no tendría como consecuencia que se entendiera sustituido como objeto usufructuado el capital por el bien adquirido con él; simplemente, existiría una obligación de restitución de la misma suma usufructuada, o de su equivalente conforme a la inflación si se sigue la teoría valorista o es de aplicar legal o convencionalmente una cláusula de estabilización.

La opinión tradicional es la hoy encabezada por ALBALADEJO y compartida por un sector doctrinal (23). Según ALBALADEJO (24), el usufructuario adquiere la propiedad de los bienes consumibles desde el momento de la entrega de

---

(20) TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, págs. 196-266.

(21) MONSERRAT VALERO, A., *op. y loc. cit.*, pág. 436.

(22) Para un resumen de los dos criterios doctrinales y los autores que siguen uno u otro, vid. TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, págs. 197-232.

(23) Por ejemplo, PUIG BRUTAU, J., parece seguir esta opinión al afirmar que «el llamado usufructuario adquiere la propiedad de la cosa y puede consumirla» (*Compendio de Derecho Civil*, vol. III, Bosch, 1.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1989, pág. 265).

(24) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, III-vol. 2.º, Bosch, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1989, págs. 70-72.

la cosa, y el «*mal llamado nudo propietario*» es simple acreedor, y consiguientemente el usufructuario mero deudor, desde el momento inicial. Si las cosas se dieron estimadas, habrá obligación de devolver el avalúo en que se estimaron, y el acreedor podrá negarse a recibir las mismas cosas dadas u otro tanto de otras y exigir su valor; si se dieron sin estimar, el deudor queda obligado, a su elección, a restituir otro tanto o lo mismo recibido o su precio corriente al cesar el usufructo.

Muy distinto criterio es el sostenido por JORDANO BAREA, quien afirma que el nudo propietario mantiene la propiedad de la cosa después que es entregada y continúa siéndolo hasta que la cosa es consumida por el usufructuario, momento en el que desaparece el derecho de usufructo, el derecho de propiedad pasa a convertirse en derecho de crédito y el derecho de goce se transforma en obligación de devolución del *tantumdem*. Se apoya JORDANO BAREA, entre otros argumentos, en que el Código Civil no indica de forma expresa que se transmita la propiedad por la entrega, a diferencia de lo que de modo terminante sí dispone para el mutuo, sino que habla de un simple derecho a servirse de la cosa, paralelamente a lo que se dice a propósito de las cosas deteriorables que nadie duda que permanecen en la propiedad ajena (25). De esta segunda postura doctrinal, en su momento novedosa y quizá hoy predominante, se desprende que, como consumir la cosa es una facultad del usufructuario y no una obligación, mientras la cosa no se consuma existiría obligación de devolución de la misma cosa recibida (en tanto que seguiría siendo del nudo propietario hasta la consumición), y no del *tantumdem*.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN comparten el planteamiento de JORDANO BAREA sobre el usufructo de cosas consumibles en el sentido de que no hay transmisión de la propiedad, sino un verdadero usufructo sobre cosa ajena aunque se conceda al usufructuario el *ius abutendi*. Ahora bien, introducen una importante matización, que, entre otros supuestos, afecta precisamente al caso concreto del dinero: que habrá pérdida de la propiedad con la consumición por el usufructuario «*o bien cuando se confunden las cosas objeto de usufructo en su patrimonio sin posibilidad de individualización (v.gr., dinero), naciendo entonces un derecho de crédito a favor del que fue propietario*» (26). Así pues, incluso para autores tan relevantes dentro de este segundo sector doctrinal como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, el dinero constituiría una excepción a la regla general de que la cosa usufructuada sólo pasa a propiedad del usufructuario al consumirla, y por lo tanto esa transmisión del dinero se debería entender efectuada en el momento mismo de constitución del usufructo.

---

(25) JORDANO BAREA, J., *op. y loc. cit.*, págs. 981 y 1006.

(26) DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 421.

En conclusión, resulta indiferente que se siga una u otra teoría en el caso concreto del dinero, aunque pueda no serlo para el resto de cosas consumibles. Si se siguiera la opinión de ALBALADEJO, el dinero pasaría a ser propiedad del usufructuario desde la constitución del usufructo, pero también ocurriría lo mismo si se aceptara el segundo criterio doctrinal en los términos propuestos por autores de tan incuestionable peso como Díez-PICAZO y GULLÓN, si bien es cierto que esta última opinión sobre el dinero usufructuado no es compartida por todos los autores que siguen a JORDANO BAREA. En cualquier caso, es pacífico que el derecho de propiedad es sustituido por el de crédito al menos desde la consumición.

Otro punto de debate doctrinal sobre el que existen muy variados criterios es si el nudo propietario, que se encuentra en una posición débil frente a la pérdida de la cosa consumible usufructuada y el riesgo de insolvencia del usufructuario, puede ejercer algún tipo de control total o parcial sobre el manejo de las cosas usufructuadas. Es una cuestión de enorme trascendencia práctica, en especial en el caso del dinero, y vinculada con la determinación de cuáles sean aquellas reglas del usufructo efectivamente aplicables al usufructo de cosas consumibles. A grandes rasgos, la solución propuesta suele coincidir con el criterio sustentado respecto del momento de la transmisión de la propiedad al usufructuario. Así ALBALADEJO es muy tajante al rechazar esa posibilidad, al afirmar que *«el cuasiusufructuario, siendo dueño de la cosa desde que la recibe, puede consumirla, enajenarla o darle el destino que le plazca»* (27).

MONSERRAT VALERO, en cambio, defiende que el usufructuario de dinero, aun prestando fianza, no sólo no podría simplemente gastarlo, sino que tampoco tendría libertad absoluta para decidir el objeto de la inversión, siempre que se admita como punto de partida que no es un cuasiusufructuario (28). El problema es que esta opinión, quizá razonable desde el punto de vista de justicia material, no ha encontrado acogida en la doctrina civilista, la cual opina mayoritariamente que el usufructuario, como propietario, es libre de decidir el destino de la cosa consumible a su arbitrio. La cuestión si el destino del dinero depende sólo del usufructuario no admite cómodamente otra solución distinta a la mencionada incluso si se considera que la propiedad sólo se transmite en el momento de la consumición y que hasta entonces se trata de un verdadero usufructo. En un usufructo ordinario, si se sigue la interpretación de MALUQUER DE MOTES, hay que distinguir entre forma (estado, manifestación exterior o característica de la cosa), sustancia (identidad del objeto) y destino (utilidad que se obtiene de la cosa), y *«no existe ninguna norma del Código que obligue al usufructuario a respetar el destino de la*

---

(27) ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 72.

(28) MONSERRAT VALERO, A., *op. y loc. cit.*, pág. 438.

*cosa*» salvo que se haya establecido así en el título constitutivo (29). Puesto que la utilidad del dinero, o sea, su destino, se obtiene tanto por gasto como por inversión y en ambos casos se requiere la salida del patrimonio, difícilmente sería posible evitar el usufructuario quien adopte las decisiones sobre el destino del dinero por sí solo.

Según DORAL, en el usufructo de cosas consumibles no tienen aplicación inmediata las reglas del usufructo en el Código Civil derivadas del *salva rerum substantia*, extremo en lo que coincide con la mayoría de la doctrina, y, en general, las relativas a la extinción por pérdida de la cosa gravada y, si se entiende que el usufructuario es dueño de la cosa desde que la recibe, no tienen aplicación los artículos 467 (obligación para el usufructuario de salvar la forma y sustancia), 497 (obligación de cuidar la cosa usufructuada como un buen padre de familia), y 522 (devolución de la cosa al término del usufructo con derecho de retención por desembolsos que deban ser reintegrados y cancelación de fianza e hipoteca) (30).

Sin embargo, DORAL no menciona expresamente entre las reglas del usufructo la del artículo 494 del Código Civil, sea para considerarla aplicable o inaplicable al supuesto de cosas consumibles. Este extenso precepto, relativo al supuesto de ausencia de fianza, que será el más habitual en los usufructos viudales, dispone lo siguiente:

*«No prestando el usufructuario fianza en los casos en que deba darla, podrá el propietario exigir que los inmuebles se pongan en administración, que los muebles se vendan, que los efectos públicos, títulos de crédito nominativos o al portador se conviertan en inscripciones o se depositen en un Banco o establecimiento público, y que los capitales o sumas en metálico y el precio de la enajenación de los bienes muebles se inviertan en valores seguros.*

*El interés del precio de las cosas muebles y de los efectos públicos y valores, y los productos de los bienes puestos en administración, pertenecen al usufructuario.*

*También podrá el propietario, si lo prefiere, mientras el usufructuario no preste fianza o quede dispensado de ella, retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador, y con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido, deducida la suma que por dicha administración se convenga o judicialmente se le señale».*

Es discutible la interpretación del artículo 494 del Código Civil y su aplicabilidad total o parcial al usufructo de cosas consumibles y, en concreto, al dinero. Lo cierto es que el primer párrafo contiene una referencia expresa al caso de que el usufructo consista en «*capitales o sumas de dinero*» y no preste el «*usufructuario la fianza en los casos en que deba darla*», de modo

(29) MALUQUER DE MOTES, C. J., *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código Civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, págs. 184-185.

(30) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 309.

que se permite al «propietario» exigir que se inviertan en valores seguros. Sin ánimo de polémica, quizá se trate de un dato que permitiría exceptuar al dinero del régimen general de transmisión de la propiedad en caso de usufructo de bienes consumibles del artículo 482 del Código Civil, o al menos para considerar más adecuada la teoría de la transmisión de la propiedad en el momento de la consumición. Es la única vez que el Código Civil menciona el usufructo de un dinero que no procede de enajenación previa de otros bienes usufructuados (31), y lo hace, precisamente, para considerar que hay un «usufructuario» y un «propietario», y aclarar, en segundo párrafo, que el usufructuario sólo tiene derecho a «los productos de los bienes puestos en administración», confusa expresión que no permite deducir, en el caso del dinero, si se trata sólo del interés o de otros conceptos como rendimientos o plusvalías. En todo caso, ese primer párrafo del artículo 494, que según DORAL contiene «la medida de convertir el usufructo de dinero en usufructo de un crédito», sólo sería aplicable al caso concreto de que el usufructuario no preste la fianza «en los casos en que deba darla» (32) y esa circunstancia rara vez concurrirá en los usufructos vituales, generalmente exceptuados.

En cuanto al último párrafo del artículo 494, el caso es distinto. Se establece un derecho de retención a favor del propietario, «si lo prefiere», cuando el usufructo o preste fianza «o quede dispensada de ella», para retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador, entregando el producto líquido al usufructuario, deducido el premio de administración. Aquí el usufructo vital estaría incluido, puesto que se aplica este párrafo incluso si media una dispensa de fianza. Sin embargo, al igual que el resto del artículo 494, es más que dudoso hasta qué punto sería aplicable si se considera que no hay tal usufructuario ni nudo propietario, sino un simple deudor y un simple acreedor conforme a la doctrina de la transmisión de la propiedad, es decir, en el caso de las cosas consumibles.

Se aprecia un claro paralelismo entre los artículos 494 y 520 (33) del Código Civil. El primer precepto dispone que la cosa usufructuada se ponga en administración del propietario cuando no exista fianza, a cambio de pagar el producto líquido menos la suma que por administración se señale, y el último artículo permite al nudo propietario exigir que se le entregue la cosa usufructuada por abuso del usufructuario que le causara considerable per-

---

(31) Los artículos 507 y 519 del Código Civil también se refieren a dinero, pero de lo que se trata es del dinero resultante de la realización del crédito vencido, en el primer precepto, y de expropiación de la cosa usufructuada, en el segundo. No se trata, pues, del mismo caso que si inicialmente el objeto usufructuado es dinero.

(32) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 415.

(33) «El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infiriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir gastos y el premio que se le asignare por su administración».

juicio, a cambio de abonar el producto líquido al que se descuentan el premio de administración y los gastos. En un caso se parte de la ausencia de fianza, y en el otro del abuso del usufructuario con perjuicio para el nudo propietario, y el mecanismo de defensa a favor de éste es muy similar en ambos preceptos: básicamente, se le entrega la administración, y queda obligado a abonar el producto líquido menos ciertas deducciones. Por tanto, podría ser ilustrativa sobre la aplicación del artículo 494 al caso concreto del usufructo de dinero la dada por la doctrina al artículo 520 en relación con el mismo extremo.

Ahora bien, tampoco el artículo 520 del Código Civil es de incuestionable aplicación al usufructo de cosas consumibles. En su escueta referencia a las reglas del usufructo aplicables al usufructo de cosas consumibles, DORAL sólo menciona dos artículos del Código Civil: el 470, sobre el ámbito de autonomía, y el 520. Este precepto se aplicaría en caso de *«uso anormal del disfrute»*, si bien *«de prevalecer la tesis de que la propiedad se traslada al usufructuario por consumición o desde la entrega, este artículo no sería aplicable, aunque por aplicación directa cabría la doctrina del abuso del derecho en el ejercicio de la propiedad adquirida, llegando, por esa vía, a la misma solución»* (34). Habrá que tener en cuenta esta última afirmación de DORAL, al examinar la jurisprudencia menor, pues la doctrina del abuso de derecho ha sido objeto de alegación en algún procedimiento sobre usufructo de dinero. En cualquier caso, la opinión de que al usufructo de cosas consumibles debe aplicarse el artículo 520 sólo aparece, salvo error, en DORAL, quien, sin embargo, omite el artículo 494 entre los aplicables a estos usufructos, pese a la semejanza de ambos preceptos.

También existe cierto paralelismo entre los artículos 494 y 520 del Código Civil y el artículo 507 (35), referente al destino del dinero cobrado por el usufructuario de un crédito. Ese capital realizado pasa a formar parte del patrimonio del usufructuario y debe ser restituido al nudo propietario a la extinción del usufructo, por lo que se establece un mecanismo de protección al nudo propietario, según se haya prestado o no fianza, o si la prestada no es suficiente. El usufructuario con fianza, según el artículo 507, *«podrá dar al capital que realice el destino que tenga por conveniente»*, pero si no la ha prestado *«deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial; y, en todo caso, con las garantías*

---

(34) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 309.

(35) *«El usufructuario podrá reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo si tuviese dada o diere la fianza correspondiente. Si estuviese dispensado de prestar fianza o no hubiese podido constituirla, o la constituida no fuese suficiente, necesitará autorización del propietario, o del Juez en su defecto, para cobrar dichos créditos. El usufructuario con fianza podrá dar al capital que realice el destino que estime conveniente. El usufructuario sin fianza deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial; y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado»*.

suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado». Ahora bien, puesto que el usufructo de dinero no se asimila doctrinalmente al usufructo de un crédito, no se aplicarían las disposiciones protectoras del nudo propietario del artículo 507 del Código Civil. Si este artículo fuera de aplicación al caso del usufructo de dinero siquiera por analogía, se evitarían la mayor parte de los inconvenientes de este usufructo, aunque persistiera la dificultad sobre la propiedad de la cosa. Objetivamente no se aprecia una verdadera razón de justicia material que explique que el legislador permita al nudo propietario proteger la integridad del dinero usufructuado que provenga de la realización de un crédito previo, cuando ese cobro es incierto por depender tanto de la voluntad del usufructuario como de contingencias externas, y que sin embargo impida esa protección cuando se trate de dinero usufructuado desde el momento en que se constituyó el usufructo y que por tanto ya consta en el patrimonio; el perjuicio es mayor en el segundo caso que en el primero. Sin embargo, lo cierto es que de *lege data*, ello no parece posible ni ha encontrado acogida en la doctrina (36).

En cuanto a si existe o no obligación del usufructuario de cosa consumible de prestar algún tipo de garantía o caución, parece existir coincidencia en el sentido de que habrán de aplicarse al usufructuario las reglas generales del usufructo. Por tanto, no procederá si el usufructuario ha sido dispensado legal o convencionalmente de fianza. En el caso del viudo, al menos respecto de la cuota viudal usufructuaria, según el artículo 492 del Código Civil en su redacción actual, está exento de fianza mientras no contraiga ulterior matrimonio, dispensa que suele considerarse como imperativa. En cuanto al resto de patrimonio usufructuado si existe usufructo universal con *cautela Socini*, la práctica habitual incluye la dispensa de fianza en los testamentos, en atención a la confianza que el usufructuario merece al testador. En este caso, podría discutirse si en efecto la dispensa es válida en cuanto a cualquier porción que exceda de la cuota legal usufructuaria, en tanto que se trataría de una dispensa voluntaria efectuada en el título testamentario constitutivo, no por ley, y, como tal, sólo admisible si en efecto «*de ello no resultare perjuicio para nadie*», conforme al artículo 493 del Código Civil.

Finalmente, como ya se ha indicado, la doctrina suele resaltar los inconvenientes que para el nudo propietario derivan de la depreciación monetaria provocada por el fenómeno de la inflación, según se considere o no que la cosa usufructuada, el dinero en este caso, se ha entregado estimada (primer inciso del art. 482 del Código Civil) o no estimada (segundo inciso). Este menoscabo patrimonial del usufructuario por la pérdida del poder adquisitivo del dinero es tan innegable como frecuente. Puesto que las reglas del usufructo son dispositivas, podría establecerse de forma voluntaria un régimen de

---

(36) Como excepción, MONSERRAT VALERO, A., *op. y loc. cit.*, pág. 437.

actualización en el título constitutivo del usufructo para preservar el poder adquisitivo del nudo propietario, pero no suele hacerse así en los usufructos testamentarios, ni está previsto en la ley una cláusula de estabilización para los *abintestato*, ni según la doctrina es la regla legal en materia de deudas de dinero.

En cualquier caso, esta pérdida económica provocada por la inaplicación de un criterio valorista, con ser grave, sobre todo en usufructos de larga duración como los vitalicios, no puede considerarse en modo alguno el principal perjuicio para el nudo propietario. Mucho más perjudicial es la interpretación según la cual la propiedad del dinero se transmite al usufructuario, si simultáneamente se considera que éste también goza de la facultad de gestionar a su arbitrio ese capital sin otorgar garantías, en tanto que la obligación de devolución queda condicionada a la buena fe del usufructuario y, en definitiva, a su solvencia o la de sus herederos. Pero lo verdaderamente lesivo es una consecuencia de aplicar al usufructo de dinero el régimen de las obligaciones, incluyendo las reglas de extinción: la posibilidad efectiva de que desaparezca por confusión la propia obligación de devolver la totalidad de la suma entregada. Malo es que en un usufructo de larga duración el dinero se deprecie en perjuicio del nudo propietario, o que el usufructuario o sus herederos sean insolventes, pero peor aún que la propia deuda se extinga por propia imposición legal. Y ello puede ocurrir con toda facilidad en los usufructos vitalicios del viudo.

Son tan delicados los problemas de adaptación del régimen general usufructo de cosas consumibles, ya de por sí complejo, al caso concreto del dinero, que con razón TORRELLES TORREA sugirió que, de *lege ferenda*, se introdujera un segundo párrafo en el artículo 482 del Código Civil con una regulación específica del usufructo de dinero en términos que no llega a concretar salvo en la posible incorporación del principio valorista (37). Hasta la fecha no ha prosperado esta propuesta en Derecho Común. Sin embargo, en Derecho catalán sí se ha aprobado en los últimos años una regulación específica, francamente acertada, y otro tanto ha sucedido en Derecho aragonés, si bien limitada al usufructo viudal aragonés y quizá con menor acierto. La inexistencia de norma específica en el Código Civil sobre el usufructo de dinero y las consiguientes dificultades teóricas y prácticas en Derecho Común contrastan intensamente con la claridad de la reciente normativa catalana, que soluciona casi todos los problemas prácticos.

En Cataluña, el usufructo de dinero fue objeto de regulación específica por vez primera por Ley 13/2000, cuyo Preámbulo indicaba que se procedía a reglamentarlo porque «*cabe esperar que sea cada vez más frecuente el uso de esta institución*». La Ley 5/2006, por la que se aprobaba el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, modificó esa regulación inicial por motivos,

---

(37) TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, pág. 326.

explica el Preámbulo de esta segunda Ley, de «*mejora técnica*» respecto de la normativa anterior. Por tanto, en la actualidad, la regulación está contenida en el artículo 561-32 del Código Civil catalán, dentro de la Sección V, «*Usufructo de dinero y de participaciones en fondos de inversión y en otros instrumentos de inversión colectiva*», del Capítulo I «*El derecho de usufructo*» del Título VI, «*De los derechos reales limitados*». A partir de la Ley catalana 13/2000, no sólo se eliminan las dudas interpretativas derivadas de la falta de regulación expresa, sino que se corrige la dificultad derivada de la pérdida de control por el nudo propietario, con riesgo efectivo de pérdida para el nudo propietario. Tanto la versión derogada del artículo 561-33 del Código Civil catalán como, especialmente, la vigente, parecen inspirarse en el artículo 507 del Código Civil común sobre régimen del usufructo de créditos, aunque no lo mencionen los respectivos preámbulos de la Ley 13/2000 y la Ley 5/2006.

El vigente artículo 561-33 de la ley catalana dispone lo siguiente:

*«Artículo 561-33. El usufructo de dinero*

- 1. Los usufructuarios de dinero tienen derecho a los intereses y a los demás rendimientos que produce el capital.*
- 2. Los usufructuarios que han prestado garantía suficiente pueden dar al capital el destino que estimen conveniente. En caso contrario, deben poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad».*

La regulación es distinta de la de los demás usufructos y del cuasi usufructo en Derecho catalán, y, al igual que en Derecho Común, puramente dispositiva. Conforme al artículo 561-32 del mismo Código Civil de Cataluña, los usufructos de dinero se rigen, en primer término, por el título de constitución y por los acuerdos entre los usufructuarios y los nudos propietarios y, en defecto de título y acuerdos, por las disposiciones de ese capítulo, que es el del derecho de usufructo. Un inconveniente que no ha quedado resuelto es el de la aplicación del principio nominalista, si bien sorprendentemente ello se debe a una elección legislativa deliberada, pues la derogada versión de la Ley catalana 13/2000 sí preveía la obligación del usufructuario en el 26.2 de devolver la cantidad de dinero «*equivalente al capital usufructuado*», y ese inciso fue suprimido por la Ley catalana 5/2006 (38).

La regulación actual es menos extensa y detenida, y quizá en parte menos acertada que la original de la Ley catalana 13/2000, que era del siguiente tenor:

*«Artículo 26. El usufructo de dinero*

- 1. En el usufructo de dinero, el usufructuario tiene derecho a los rendimientos que produce un capital en dinero.*

---

(38) AGUSTÍN TORRES, C., *El usufructo de dinero o de participaciones en fondos de inversión*, Ponència a les XIV Jornades de Dret Català a Tossa, <http://civil.udg.es/tossa/2006/textos/pon/4/cat.htm>.

2. Si el usufructuario ha constituido fianza, puede dar al capital la destinación que considere conveniente y tiene la obligación de devolver la cantidad de dinero equivalente a este capital al extinguirse el usufructo.

3. Si el usufructuario está eximido de constituir fianza o no la puede constituir, debe poner el capital a interés con el acuerdo del nudo propietario o, si falta el acuerdo, con autorización judicial; y, en cualquier caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital objeto de usufructo.

4. La titularidad del capital objeto del usufructo corresponde al nudo propietario en todos los casos».

En Derecho catalán el usufructo de dinero sí puede considerarse un verdadero usufructo, mientras que por la insuficiencia legislativa en Derecho Común sólo encaja en el molde del usufructo violentando por completo ese derecho real de goce sobre cosa ajena, hasta el punto de que deja de serlo y se convierte en derecho de crédito. Es cierto que la derogación por Ley 5/2006 del transcrito artículo 26.4 deja abierta la puerta para que de nuevo se plantee la posibilidad de que el nudo propietario pierda la propiedad del dinero, bien en el momento de constitución del usufructo o bien en el momento de la consumición, y que en realidad el derecho del usufructuario no constituya un derecho de goce sobre cosa ajena. En efecto, la Ley 5/2006 eliminó el significativo antiguo apartado 4 del artículo 26 de la Ley 13/2000, según el cual: «*La titularidad del capital objeto del usufructo corresponde al nudo propietario en todos los casos*». Este explícito tenor literal podría incluso haber ostentado carácter imperativo, a diferencia de dispositivo del resto de regulación sobre usufructo de dinero. El propósito del legislador original podría haber sido el de privar definitivamente de apoyo normativo a las opiniones doctrinales sobre la transmisión de la propiedad al usufructuario, pues según este derogado artículo 26.4, el usufructuario no pasaría a ser propietario ni en el momento de la constitución del usufructo, ni en el de la consumición de la cosa; el nudo propietario «*en todos los casos*» ostentaría la «*titularidad*». El término «*titularidad*» pertenece más al ámbito bancario que al civil, y no coincide siempre con el de «*propiedad*», puesto que, por ejemplo, es posible que dos personas sean «*cotitulares*» de una cuenta corriente sin que necesariamente el dinero sea propiedad por mitad de ambas; quizá habría sido más adecuado utilizar otra expresión, aunque parece claro que se ha utilizado pensando en la práctica bancaria. En todo caso, de la versión vigente, parece deducirse que es posible conceder el carácter de dueño al usufructuario en el título constitutivo del usufructo (algo que en Derecho Común también podría ser admisible), pero de nuevo surge la duda sobre qué debe interpretarse cuando el título nada indica al respecto.

AGUSTÍN TORRES sostiene que se eliminó este apartado 4 porque en los supuestos de usufructo con prestación de garantía podría conducir a dificultades de interpretación en orden a la amplia facultad dispositiva en forma de consu-

mo o inversión que se le concede al usufructuario (39). Esta supresión, a mi juicio, no constituye un acierto, ni una verdadera «*mejora técnica*» como era la pretensión de la Ley 5/2006. Quizá se trate sólo de que el legislador catalán entendió que se había excedido al proteger los derechos del nudo propietario en todos aquellos extremos sobre cuya lesión la doctrina tantas veces había alertado, y ha rectificado retrocediendo a un punto intermedio. Ahora bien, incluso si en efecto en algún caso el usufructuario pudiera pasar a ser propietario, aunque persistirían los inconvenientes de la reivindicabilidad, posibilidad de compensación de deudas y demás derivados de la transmisión de propiedad y sustitución por derecho de crédito, desaparecería en principio el riesgo de pérdida del dinero por el uso unilateral. Si «*Los usufructuarios que han prestado garantía suficiente pueden dar al capital el destino que estimen conveniente*», pero «*En caso contrario, deben poner el capital a interés en condiciones que garanticen su integridad*», no concurriría ese riesgo de pérdida del capital. No obstante, es paradójico que si conforme al título resulta que el usufructuario pasa a ser titular del dinero, deba estar limitado en cuando al destino de lo que es suyo, o bien deba garantizar la integridad de éste a favor de quien, como nudo propietario, es un simple acreedor. En cualquier caso, con la normativa catalana actual o con la derogada, la situación del nudo propietario de dinero en Cataluña desde el año 2000 es incomparablemente mejor que en Derecho Común. Si en Derecho Común se dispusiera de una regulación similar a la catalana, especialmente de la derogada, ni siquiera habría lugar a plantearse la posible pérdida de la legítima en caso de usufructo vi dual universal.

### 3. EL USUFRUCTO DE DINERO EN LA JURISPRUDENCIA

No constan sentencias del Tribunal Supremo que aborden el usufructo de dinero (40). Ahora bien, la jurisprudencia menor ha empezado recientemente a pronunciarse sobre esta figura jurídica, y un sector significativo declara que el usufructuario puede disponer de forma ilimitada del dinero objeto de usufructo y manejarlo sin concertar su destino con el nudo propietario, ni rendirle

---

(39) AGUSTÍN TORRES, C., *op. y loc. cit.*

(40) En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de mayo de 2002 [ARANZADI RJ 2002/8574], se menciona una sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 1964, que se dice citada por el Notario que interponía el recurso gubernativo en los siguientes términos: «*Que el dinero es una cosa que no se puede usar sin ser consumida, por lo que el usufructo sobre el dinero se rige por lo dispuesto en el artículo 482 del Código Civil, por lo que el usufructuario se convierte en propietario de la cosa (sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 1964) y deudor de la cantidad recibida, que deberá pagar al propietario al terminar el usufructo, sin tenerse en cuenta las devaluaciones monetarias*». No ha sido posible localizar esta sentencia ni en la Colección Legislativa ni en el repertorio de Aranzadi, ni consta que haya sido citada por la doctrina, por lo que parece que se trata de una cita errónea.

cuentas, ni prestar fianza, salvo que el propio título constitutivo la exija. Es esta corriente de la jurisprudencia menor, que desampara enteramente al nudo propietario, la que ha sugerido la redacción del presente trabajo, al constatar los efectos perversos que se derivan de este criterio en la realidad cotidiana de los testamentos con usufructo viudal universal. Se podrá o no discrepar de esa jurisprudencia menor, pero no puede soslayarse su existencia, pues de ella se desprende que en la práctica el concepto de usufructo de dinero no garantiza actualmente la intangibilidad de la legítima.

Como no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el usufructo de dinero, habrá que examinar la que por dicho Tribunal se ha dictado sobre usufructo de cosas consumibles en Derecho Común, por si fuera posible deducir criterios para el caso concreto del dinero. Recuérdese que el dinero suele considerarse cosa consumible, y que no está admitida por la doctrina la distinción propuesta entre dinero como cosa consumible si se gasta (y por tanto desaparece del patrimonio sin ser sustituido por otro bien), y como no consumible si se invierte (y por tanto da lugar a la entrada en el patrimonio de otro bien).

El usufructo de cosas consumibles regulado en el artículo 482 del Código Civil ha dado lugar a escasísimas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y ninguna de verdadero interés. Salvo error, únicamente a dos, la de 19 de enero de 1962 (Ponente: BONET RAMÓN), primera que se pronuncia sobre la admisibilidad de este tipo de usufructo, y la de 20 de julio de 1989 (Ponente: LÓPEZ VILAS); en ninguna de las dos sentencias aparece una argumentación detenida sobre la naturaleza jurídica del usufructo de cosas consumibles, sus efectos jurídicos o los derechos y obligaciones de las partes. DORAL alude a otra sentencia, de 20 de noviembre de 1964, la cual contendría el criterio de que «*en el usufructo de cosa consumible se otorga al usufructuario una titularidad de disposición, esto es, la propiedad misma*» (41); sin embargo, no ha sido posible localizarla ni en la Colección Legislativa ni en el repertorio de Aranzadi, y, dada la coincidencia con el tenor literal de un Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de idéntica fecha mencionado por el propio autor pocas páginas antes (42), parece tratarse de una errata.

La sentencia de 19 de enero de 1962 (Ponente: BONET RAMÓN) apenas contiene la escueta afirmación, como *obiter dicta*, de que los usufructos de cosas consumibles, calificados de «*hipótesis excepcionales*», son admitidos por nuestro Derecho:

*«Considerando que asimismo carece de consistencia el motivo tercero en cuanto denuncia la violación del artículo 467 del Código Civil, inspirado en la*

---

(41) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 309.

(42) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 299.

*definición clásica del usufructo como jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia con la salvedad de que la ley o la voluntad de las partes puedan modificar el principio legal de no poder alterarse la forma o sustancia de la cosa, respondiendo, respectivamente, al respecto de la voluntad de los constituyentes, que pueden llegar a dispensar en el título constitutivo de la obligación de conservar la forma y substancia de la cosa usufructuada (usufructo de disposición) y a salvar hipótesis excepcionales de usufructos constituidos en cosas muebles consumibles o en ciertos inmuebles como las minas, siendo equivalente la obligación de conservar la substancia en los casos ordinarios a la prohibición de destruirla o consumirla parcial o totalmente, aunque se extienda también a aquellos actos que destruyan o alteren condiciones no substanciales de la cosa, cuando primordialmente se haya tenido en cuenta al constituir el usufructo».*

Quizá de más interés resulta la sentencia de 20 de julio de 1989 (Ponente: LÓPEZ VILAS). El pleito versaba sobre el riesgo de la cosa en relación con ciertos bienes aportados a una sociedad, y se debatía la interpretación de varios artículos del Código Civil: el 482 (el específico sobre usufructo de cosas consumibles), el 499 (usufructo de cabezas de ganado) y el 1.687.2 (riesgo de las cosas fungibles o no fungibles aportadas a la sociedad). El Tribunal declara que la cosa perece para la sociedad a la que se habían aportado los bienes, en los siguientes términos:

*«Partiendo de la base de que el ganado aportado por el hoy recurrente a la sociedad fue valorado, la norma aplicable es sin duda el último inciso del citado artículo 1.687 del Código Civil, según el cual, a falta de pacto expreso, será de la sociedad el riesgo de las cosas —fungibles o no fungibles— aportadas con estimación hecha en el inventario, y en este caso la reclamación se limitará al precio en que fueron tasada. En los supuesto en que dicho precepto hace correr el riesgo por parte de la sociedad es porque a ésta se le ha transferido la propiedad de las cosas, según el principio res domino suo perit, y este es, en definitiva, el criterio mantenido por el Juzgado de Primera Instancia y por la Sala de apelación al entender correctamente que en tales casos el usufructo recae, no sobre las cosas mismas que se entregan, sino sobre la suma representativa de su valor estimado (cuasi usufructo), debiendo por ello ser rechazados ambos motivos».*

A tenor de esta sentencia, podría deducirse que el Tribunal Supremo comparte el criterio doctrinal de que en el cuasi usufructo la propiedad de la cosa consumible se transmite al usufructuario. Sin embargo, no es posible extraer tal conclusión con seguridad, ante la aplicación simultánea en la sentencia de otra norma específica relativa a las sociedades, la imprecisa redacción de los fundamentos jurídicos y la circunstancia de que en realidad parece que se estaba debatiendo sobre ganado y cosas fungibles, no sobre cosas consumibles.

Además de las sentencias del Tribunal Supremo citadas, consta alguna sobre el usufructo sobre fondos de inversión (la de 25 de febrero de 2004, Ponente: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ); pero, además de que en sentido estricto

to constituye un caso distinto, tampoco el planteamiento procesal permite deducir doctrina aplicable a lo aquí estudiado. Ni siquiera consta jurisprudencia del Tribunal Supremo en otros órdenes jurisdiccionales que pudiera resultar ilustrativa, y, como se ha dicho, hasta fechas muy recientes, tampoco se había pronunciado la jurisprudencia menor. En cuanto a doctrina administrativa, no se han dictado resoluciones significativas de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre usufructo de dinero, si bien se ha planteado alguna vez de forma tangencial (43); posiblemente se deba a que, como afirmó la Resolución de 27 de noviembre de 1986 [ARANZADI RJ 1986/6880] al resolver un recurso en el que indirectamente se discutía la cuestión, el cobro y liquidación que recaen sobre dinero escapan a las facultades calificatorias registrales.

A falta de sentencias, alguna doctrina civilista menciona un Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de noviembre de 1964 [ARANZADI núm. 1.682, de 1965], sobre las consecuencias fiscales de un legado de usufructo de dinero. El Acuerdo desarrolla un completo razonamiento sobre la interpretación del artículo 482 del Código Civil y del principio *salva rerum substantia*, según el cual el usufructuario de cosas consumibles adquiere «*en definitiva la propiedad misma*», y el nudo propietario se convierte en acreedor. Con independencia de que además se refiera a normas tributarias derogadas, obviamente la relevancia civil de esta resolución es nula, lo que exime de más detenido comentario. Ahora bien, que los autores consideren útil citar este antiguo Acuerdo (44), que en definitiva versaba sobre aspectos impositivos ajenos al Derecho Civil, es un detalle muy revelador sobre la inexistencia de un cuerpo jurisprudencial sobre el usufructo de dinero que pudiera ser objeto de análisis cuando esos trabajos doctrinales fueron publicados.

Ahora bien, el panorama jurisprudencial ha variado en los últimos años, como se desprende del examen de los repertorios más habituales (45). La jurisprudencia menor sobre usufructo de dinero, que empezó a dictarse por vez primera hace pocos años y respecto de la cual no consta que se hayan publicado estudios doctrinales, permite por fin no ceñirse al planteamiento

(43) Como en la ya citada Resolución de la DGRN, de 17 de mayo de 2002 [ARANZADI RJ 2002/8574].

(44) PUIG BRUTAU, J., dedica una extensa referencia a este Acuerdo, con transcripción de gran parte de su texto (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, Bosch, 3.ª ed., Barcelona, 1979, págs. 367-368). En similar sentido y menor detalle, TORRELLES TORREA, E., *op. cit.*, pág. 200, que lo califica de «*jurisprudencia*», y DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 299).

(45) Se ha efectuado una búsqueda en cinco de los repertorios más utilizados de jurisprudencia menor: Aranzadi, El Derecho, La Ley, Bosch y base de datos del Consejo General de la Abogacía Española. Algunas sentencias mencionadas en el presente trabajo aparecen repetidas en más de un repertorio, y cuando así sucede se indica sólo la referencia de uno de ellos.

estrictamente teórico mantenido hasta ahora por los autores. Ya han tenido ocasión de pronunciarse varias Audiencias Provinciales en materia de Derecho Común; en total constan a día de la fecha seis sentencias de las Audiencias Provinciales, que se comentarán a continuación. Se prescinde de otras resoluciones judiciales de Audiencias sobre cuestiones tangenciales o sin argumentos de suficiente interés, así como de las dictadas por Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales sobre Derecho Foral, salvo que esté claramente unido al Derecho Común.

Ha de puntualizarse que el extremo concreto de la relación entre el usufructo viudal y el usufructo de dinero, con su consecuencia práctica de privación de la legítima en ciertos casos, no ha dado lugar a resoluciones judiciales específicas, o al menos no constan en los repertorios habituales de jurisprudencia menor. Sin embargo, este problema queda reflejado de forma indirecta en algunos de los supuestos litigiosos, en los que se debate en relación con usufructos vitalicios universales constituidos por vía hereditaria, en algún caso con dispensa expresa de prestar fianza (46).

En la mayoría de los casos resueltos por la jurisprudencia menor se trata de usufructos vitalicios, testamentarios o no, y el dinero suele estar en poder del usufructuario, quien pretende disponer de él a su arbitrio, y el nudo propietario, alarmado por el riesgo de desaparición del dinero, interpone la acción contra aquél. La controversia judicial suele versar sobre tres extremos, a veces de forma simultánea:

1. Si el usufructuario está facultado para disponer libremente de saldos bancarios sin contar con el nudo propietario.
2. Si es exigible que el dinero usufructuado quede depositado en algún tipo de entidad escogida por el nudo propietario o por éste de común acuerdo con el usufructuario, o bien con autorización judicial, de

---

(46) Entre las resoluciones que no presentan interés por sus argumentos, y que por tanto no se van a analizar, aparecen algunas que recogen precisamente el supuesto objeto de estudio de usufructo vitalicio sobre cuota legítima y patrimonio hereditario en dinero. En primer lugar, un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) de 6 de septiembre de 2001 [ARANZADI JUR 2002/3178], dictado en ejecución de sentencia en un pleito en el que las nudo propietarias, hijas del testador y de la usufructuaria, consiguen que se condene a ésta, legataria del tercio de mejora en usufructo y del de libre disposición en pleno dominio, a entregarles sus «*dos tercios de la herencia*», la cual parecía constar sólo de dinero efectivo y estar en posesión de la usufructuaria; de la confusa redacción del Auto no es posible extraer conclusiones de interés, salvo la reiteración de que el usufructo de dinero está autorizado por el artículo 482 del Código Civil, dentro del usufructo de cosas consumibles. En segundo lugar, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª), de 10 octubre de 1996 [ARANZADI AC 1996/2128], en el que el supuesto litigioso es un usufructo vitalicio universal a favor del cónyuge en el que gran parte del patrimonio se convierte en dinero tras la muerte del causante, y se deniega a un nudo propietario la posibilidad de reclamar ese dinero porque «*su reclamación vulnera la institución como usufructuario vitalicio del demandado*».

modo que los rendimientos de la suma depositada sean disfrutados en exclusiva por el usufructuario, y el nudo propietario no pueda disponer del principal hasta que se extinga el usufructo.

3. Si es exigible del usufructuario la constitución de algún tipo de garantía o caución.

Las respuestas judiciales no son unánimes, en lógica correspondencia con la falta de uniformidad de la doctrina y la heterogeneidad de las pretensiones y las circunstancias procesales.

Sería una ligereza pretender extraer conclusiones a partir de seis únicos ejemplos, considerando, además, la inseguridad causada por la falta de recopilaciones completas de jurisprudencia menor fácilmente accesibles. Ahora bien, a modo de indicio, sí parecen abrirse paso dos tendencias opuestas: por una parte, hay al menos tres sentencias de Audiencias Provinciales que coinciden en afirmar que el usufructuario de una suma de dinero sólo está obligado a devolver el *tantumdem*, y por otra parte, constan otras tres sentencias de Audiencias, a tenor de las cuales el usufructuario debe poner el dinero a interés o en un depósito, por diversos sistemas, y percibir sólo los rendimientos.

- a) *Corriente de la jurisprudencia menor que considera que el usufructuario sólo debe devolver el tantumdem*

De las tres sentencias que pueden incluirse dentro de esta corriente jurisprudencial, dos de aquéllas son especialmente categóricas y motivadas.

Cronológicamente, la primera sentencia de esta corriente es la de la Audiencia Provincial de Teruel de 21 de enero de 2000 [EL DERECHO 2000/2705]. Menos explícita que las dos que se examinarán con posterioridad, pero con idéntico resultado, no se pronuncia de forma expresa sobre si la suma usufrutuada pasa o no a ser propiedad del usufructuario, pero sí afirma claramente que sólo hay obligación de devolución del avalúo cuando se extinga el usufructo. El complejo caso litigioso versaba sobre una sociedad consorcial aragonesa, en la que el viudo adquiere el usufructo vitalicio de la totalidad del patrimonio consorcial, que incluía dinero, no se matiza si en metálico o ingresado en alguna entidad bancaria; la hija de la causante demanda a su padre usufructuario, y se declara que éste puede servirse del dinero, con obligación de devolución del avalúo al final del usufructo:

*«Concretamente por lo que se refiere al dinero existente en la sociedad conyugal en el momento del fallecimiento de la esposa y dado que la mitad pertenecía a ésta, de la que es única heredera y por lo tanto nuda propietaria su hija la ahora actora, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 482 del Código Civil según el cual si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la*

*obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas».*

En el caso concreto de esta sentencia se declaraba que el padre usufructuario estaba obligado a hacer frente a sus obligaciones de devolución del dinero usufructuado, en tanto que el usufructo no era vitalicio, sino que se extinguía en el momento de la división de los bienes de la sociedad consorcial, conforme al Derecho Aragonés; la posible extinción del crédito por confusión no se plantea en el pleito. Pero interesa resaltar el paralelismo entre el supuesto de Derecho Foral contenido en esta sentencia y el de un usufructo viudal universal derivado de un testamento de Derecho Común. En ambos casos, los hijos son nudo propietarios del dinero, a la vez que herederos previsibles del usufructuario, tanto si éste muere abintestato, como si ha otorgado el testamento habitual a favor de los hijos. En el caso resuelto por esta sentencia, si el padre demandado falleciera antes de devolver efectivamente el *tantumdem*, la deuda pasaría a su masa hereditaria, y, siendo heredera la hija, el crédito derivado del usufructo se extinguiría por confusión en el momento del fallecimiento del usufructuario.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2.<sup>a</sup>), en sentencia de 8 de febrero de 2002 [ARANZADI JUR 2002/124738], sostiene el criterio de que el usufructuario hace suyo el dinero usufructuado consistente en el saldo de una cuenta bancaria, puede disponer libremente de él y sólo queda obligado a devolver el *tantumdem*. De nuevo se trata de un complicado litigio sucesorio, en esta ocasión de Derecho Común, entre los herederos del usufructuario universal vitalicio, que discutían si éste estaba facultado para disponer de los saldos bancarios, al objeto de incluirlos o no en el inventario del caudal relicto del usufructuario tras su fallecimiento. La Audiencia afirma con toda claridad que, puesto que en el cuasi usufructo o usufructo de cosas consumibles al primer uso, «cual es el dinero», el *ius utendi* y el *ius abutendi* son inseparables, es el propio ordenamiento jurídico el que consiente la destrucción de la cosa; por tanto, el usufructuario del saldo de una cuenta bancaria sí está autorizado para disponer del mismo, con la única obligación de devolver el *tantumdem*:

*«Como ya se apuntó, el recurso interpuesto por las actoras tiene por objeto las concretas partidas que entienden forman parte del caudal relicto y concretamente la nuda propiedad respecto de la mitad indivisa del metálico que se hace constar en la escritura de partición hereditaria de doña C. D. R., esposa del causante, y abuela y madre, respectivamente, de las litigantes, efectuada el 29 de abril de 1993. Debe decirse que a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.058 del Código Civil, el resultado de tal partición resulta inatacable, y que en consecuencia en cuanto que incorpora la liquidación de la sociedad de gananciales del causante y su esposa, y la partición de la herencia de ésta con arreglo a sus disposiciones testamentarias, que incluyen el usufructo universal*

*vitalicio del causante sobre la totalidad de los bienes, constituye el punto de partida para el inventario.*

Esta Sala debe precisar, por resultar no ajustada a derecho la teoría sostenida en la sentencia de instancia, que el usufructo del saldo de una cuenta no autoriza a disponer del mismo. Con independencia de la dificultad doctrinal para la construcción de la figura de un derecho real de usufructo sobre el dinero, es lo cierto que no existe controversia, más allá de la estructura jurídica (problema sobre la propiedad de la cosa usufrutuada), acerca de que el usufructo del dinero constituye un cuasi-usufructo o usufructo impropio regulado por el artículo 482 del Código Civil, siendo obligación del usufructuario al terminar el usufructo la de pagar el avalúo, si se hubiesen dado las cosas estimadas, o la restitución de igual cantidad y calidad, o el precio. El usufructo confiere la facultad de uso y servicio de la cosa, pero no la de consumirla o enajenarla, integrando aquella facultad de uso el *ius possidendi* (el poder y deber de tener la cosa a su disposición) y la de servicio el *ius fruendi* o percepción de los frutos de la cosa, frutos que en el caso de cosa consistente en dinero son los civiles que se contemplan en el artículo 355 del Código Civil. En consecuencia cuando por la naturaleza de la cosa dada en usufructo, cosas consumibles al primer uso cual es el dinero, el *ius utendi* apenas tiene valor sin el *ius abutendi* o derecho a consumir la cosa, es el propio ordenamiento jurídico el que consiente la destrucción y consunción de la cosa para imponer al usufructuario la obligación de devolver el *tantundem*».

Más rotunda aún es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª) de 10 noviembre de 2005 [ARANZADI JUR 2006/103165], que analiza detenidamente el concepto doctrinal de usufructo de dinero en Derecho Común y las facultades del usufructuario, con extensa cita de la sentencia de la Audiencia de Cantabria que acaba de transcribirse. En resumen, afirma sin género de dudas que la viuda usufructuaria relevada de prestar fianza puede disponer por sí sola y sin limitación alguna del saldo de las cuentas bancarias, sin que constituya abuso de su derecho de usufructo por ser inherente al usufructo de dinero y ostentar el nudo propietario un simple derecho de crédito:

*«SEGUNDO.—La primera cuestión que plantea el recurso de apelación es la de error en la apreciación de la prueba, desde el momento que, a juicio del apelante, se ha acreditado la disposición del saldo de las cuentas del causante por parte de la demandada sin dar ningún tipo de explicación. A este respecto hay que tener en consideración que efectivamente como reconoce aquel y no fue discutido en la contestación a la demanda por parte de la usufructuaria, se dispuso del saldo de las cuentas cambiándolo a otras, si bien la finalidad para el primero es hacerlo desaparecer, para la demandada es el ejercicio de las facultades de usufructuaria para obtener un mayor rendimiento. Para la resolución de las dos cuestiones planteadas en este recurso, en primer termino debe examinarse la cuestión jurídica recayente en la naturaleza del usufructo de dinero, porque entre nosotros el regulado en el Código Civil aparece como el derecho a disfrutar de los bienes ajenos pero imponiendo la obligación de con-*

servación y concediéndole facultad de utilización pero no de disposición, esta delimitación de facultades y obligaciones no plantean mayores problemas cuando aquel recae sobre bienes inmuebles donde quedan claras la diferencia entre el uso y la propiedad; más complicado es cuando incide sobre cosas muebles y fungibles, por lo que siendo el objeto de discusión dinero debe atenderse a que: "...la dificultad doctrinal para la construcción de la figura de un derecho real de usufructo sobre el dinero, es lo cierto que no existe controversia, más allá de la estructura jurídica (problema sobre la propiedad de la cosa usufructuada), acerca de que el usufructo del dinero constituye un cuasi-usufructo o usufructo impropio regulado por el artículo 482 del Código Civil siendo obligación del usufructuario al terminar el usufructo la de pagar el avalúo, si se hubiesen dado las cosas estimadas, o la restitución de igual cantidad y calidad, o el precio. El usufructo confiere la facultad de uso y servicio de la cosa, pero no la de consumirla o enajenarla, integrando aquella facultad de uso el *ius possidendi* (el poder y deber de tener la cosa a su disposición) y la de servicio el *ius fruendi* o percepción de los frutos de la cosa, frutos que en el caso de cosa consistente en dinero son los civiles que se contemplan en el artículo 355 del Código Civil. En consecuencia, cuando por la naturaleza de la cosa dada en usufructo, cosas consumibles al primer uso cual es el dinero, el *ius utendi* apenas tiene valor sin el *ius abutendi* o derecho a consumir la cosa, es el propio ordenamiento jurídico el que consiente la destrucción y consunción de la cosa para imponer al usufructuario la obligación de devolver el *tantundem*..." (AP Cantabria, sec. 2.ª, sentencia de 8-2-2002), esta valoración jurídica nos coloca en otra posición distinta de la sostenida por el demandante en su demanda y repetida en su recurso, en cuanto que aquel sólo ostenta un derecho de crédito sobre el usufructuario para la restitución del dinero a la extinción de este. Y ya nos lleva a considerar que entre las facultades de la usufructuaria, se encuentra la de la disposición del dinero como tal, al ser inherente a este usufructo, por lo que su ejercicio no puede calificarse de abuso como sostiene la demandante. *La base fáctica de la demanda se sustenta en el temor de la propietaria del capital a su pérdida y en base a ello exige la privación de la usufructuaria de sus facultades; a este respecto, la valoración probatoria efectuada por el Juez a quo, en la medida que la de la testifical es realizada en la sentencia en atención a las circunstancias personales de los testigos y al montante de la cuantía del usufructo, es decir aplicando el criterio de la sana crítica como impone el artículo 376 de la LEC, es difícilmente atacable, sin perjuicio de la finalidad con que se haga la valoración, pues en todo caso estamos refiriéndonos a elementos subjetivos en el campo de intenciones de la usufructuaria, difícilmente predecibles a partir de apreciaciones testificales. El segundo motivo ha incidido en la inaplicación de los artículos 493 y 494 por el Juez a quo, la Sala ya se ha pronunciado sobre la aplicación del régimen del artículo 482 del Código Civil al rechazar los argumentos jurídicos del recurrente, pero es que además, teniendo en consideración que la usufructuaria fue relevada, por voluntad del testador de prestar fianza, esta disposición excluye la aplicabilidad del artículo 494 del Código Civil en la interpretación realizada por el recurrente, al contemplar aquel dos posibilidades: por un lado la del usufructuario que no haya prestado fianza estando obligado, y por otro el periodo transitorio que existe hasta que se presta la fianza o quede dispensado de ella».*

De todas las sentencias dictadas hasta la fecha, ésta es la más terminante y razonada. No se desprende con claridad de los antecedentes si se trataba de un usufructo vitalicio, si bien no es descartable, ni la relación de parentesco entre la actora nudo propietaria y la usufructuaria demandada y, ni entre ambas y el testador. En el caso litigioso, la usufructuaria, relevada de prestar fianza por el testador, había cancelado todas las cuentas del difunto, efectuando un continuo movimiento de dinero de una cuenta a otra, y se negaba a rendir cuentas a la nudo propietaria, que desconocía el destino del dinero y temía por la integridad del capital, por lo que solicitó que la usufructuaria fuera obligada a garantizar la devolución por la vía de los artículos 493 y 494 del Código Civil. La actora alegó que ese constante trasiego se debía a la intención de hacer desaparecer el dinero, y la usufructuaria argumentó que pretendía sacar mayor rendimiento, aunque ni se menciona que en efecto hubiera inversiones financieras rentables o no; sólo se alude a simples trasposos dinerarios de una cuenta a otra. Se rechaza la pretensión de la actora en las dos instancias, fundándose en que la usufructuaria sólo está obligada a devolver el *tantundem* y está facultada para manejar el metálico como le parezca oportuno, sin que pueda entenderse que ha incurrido en abuso de su derecho de usufructo, porque el *ius utendi* y el *ius abutendi* están inevitablemente unidos, y tampoco está obligada a someterse al régimen de administración de los bienes usufrutuados que establecen los artículos 493 y 494 del Código Civil para el caso de que no se haya prestado fianza, porque de ésta había sido expresamente relevada por el testador.

Pese a todo, esta sentencia deja quizá abierta una vía para privar de la administración del capital a la usufructuaria si en efecto quedara acreditada su intención de hacer desaparecer la suma usufrutuada en perjuicio de la nudo propietaria, conforme al artículo 494 del Código Civil. La sentencia deniega esta pretensión, pero no lo hace argumentando sin más que sea un dato irrelevante en tanto que el usufructo de dinero confiera de suyo el *ius abutendi*, sino que añade un razonamiento *obiter dicta* sobre la dificultad de prueba de la voluntad de la usufructuaria de hacer desaparecer el dinero al entrarse a valorar el ámbito subjetivo de las intenciones. De ello parece desprenderse que si de algún modo fuera posible acreditar la mala fe del usufructuario en el sentido de que no es que trate de obtener mayores rendimientos, sino que simplemente gasta el dinero en desembolsos sin entrada simultánea de otro bien en el patrimonio, quizá el nudo propietario podría conseguir la relevación de la facultad de disponer por sí solo del dinero. Ahora bien, es una hipótesis remota, teniendo en cuenta que la carga de la prueba corresponde al nudo propietario y la sentencia ni siquiera considera suficiente el hecho acreditado de traspasar las sumas de una cuentas bancarias a otras, sin informar de ello, pese a tratarse de un método notorio para conseguir que finalmente se desvanezca el dinero de forma fraudulenta.

A tenor del criterio de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, el cuasi usufructo de dinero verdaderamente en poco se diferenciaría del usufructo con facultad de disponer. Según esta sentencia, en el usufructo de dinero ordinario el nudo propietario, para privar de la administración del capital al usufructuario, ha de acreditar que las disposiciones del usufructuario se deben a una voluntad deliberada de perjudicarlo. En el usufructo con facultad de disposición, según la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1986 (Ponente: DE CASTRO GARCÍA), en el frecuente supuesto de ser autorizado el usufructuario para disponer en caso de necesidad según libre apreciación del sujeto sin condición ni limitación alguna, es común opinión doctrinal que la confianza del testador en la honorabilidad y buena fe del beneficiario legitima a éste para realizar actos de enajenación, sin que pueda serle exigida la prueba de aquella situación, por lo mismo que supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle, y, si bien se permite al nudo propietario que impugne la disposición hecha con mala fe o simulando una necesidad inexistente —sentencias de 3 de julio de 1957 y 24 de febrero de 1959—, también a ese nudo propietario le corresponderá la carga de la prueba de la conducta abusiva del usufructuario. La semejanza es evidente, y las dificultades prácticas muy parecidas.

- b) *Corriente de la jurisprudencia menor que considera que el usufructuario no puede disponer libremente del capital usufructuado*

La sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2.<sup>a</sup>) de 10 de febrero de 2000 [EL DERECHO EDJ 2002/5485], declara en esencia que el dinero usufructuado efectivamente pasa a ser propiedad del usufructuario, pero que éste debe ponerse de acuerdo con el nudo propietario sobre el destino de la suma usufructuada. En el caso litigioso había un usufructo universal vitalicio a favor de la viuda, parece deducirse que sin dispensa de fianza, y quedaban como nudo propietarios a partes iguales los hermanos del testador; una suma depositada en una cuenta bancaria del causante no había sido incluida en partición de la herencia, por lo que los nudo propietarios solicitan que se adicione ese dinero en la liquidación de los gananciales y partición de la herencia, lo que se les concede. Además, a instancia de los nudo propietarios, se ordena que la usufructuaria demandada deposite la cantidad usufructuada a nombre de los actores por partes iguales en una cuenta a plazo fijo cuyos rendimientos pertenecerán a la misma usufructuaria y de cuyo principal no podrán disponer sus titulares hasta que finalice el usufructo vitalicio. El razonamiento es el siguiente:

*«Dice, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 1987 que “aunque es cierto que se discute en la doctrina científica y juris-*

*prudencial acerca de la verdadera naturaleza del depósito no individualizado de dinero, o depósito irregular, calificándolo unos de contrato de préstamo a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.768 del Código Civil al poder el depositario servirse de la cosa depositada y otros de contrato sui generis al no reunir las características esenciales del depósito ni del préstamo, no es menos cierto que existe unanimidad en entender que tal depósito irregular atribuye la propiedad del dinero, o cosa fungible depositada, al depositario, quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada”; pues bien, de lo expuesto se desprende, sin género de dudas, que el importe de las imposiciones efectuadas en las cuentas bancarias a que se contrae el presente litigio, pasaron a ser propiedad de la depositaria, el Banco respectivo donde se abrieron las cuentas, sustituyéndose la propiedad anterior de los depositantes por un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada, derecho de crédito al que a los efectos que aquí interesan sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 507 del Código Civil, que obliga al usufructuario sin fianza a poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario y a falta de éste con autorización judicial, por lo que, y no obstante lo sentado al inicio de este fundamento, el pronunciamiento que se hace en tal sentido en la sentencia recurrida debe ser mantenido. En consecuencia, el recurso formulado por la demandada no puede prosperar».*

Aquí el dato esencial que valora esta sentencia de la Audiencia de León es que el dinero usufructuado no era jurídicamente tal, sino *«imposiciones efectuadas en las cuentas bancarias a que se contrae el presente litigio»*, expresión ambigua que podría referirse a cuentas corrientes o a depósitos a plazo. Los titulares de esas *«cuentas bancarias»* —el testador y su esposa, la usufructuaria universal, casados en régimen de gananciales—, en realidad ya no eran *«propietarios»* de ese dinero, sino meros acreedores, pues, por tratarse de un depósito irregular, pasó a ser propietario el banco, y la sociedad de gananciales, y luego la comunidad postganancial, sólo ostentaban un derecho de crédito por la suma entregada. En consecuencia, la viuda, al fallecer el causante, no era usufructuaria de dinero, sino de un derecho de crédito contra la entidad bancaria para la devolución de la suma depositada. Por este mecanismo, la viuda pasaba a ser usufructuaria de un crédito, no de un capital, y de ahí la aplicación del artículo 507 del Código Civil, que regula el usufructo de crédito vencido y el destino que ha de darse al dinero recuperado del crédito.

Es patente la divergencia de criterio entre esta sentencia de la Audiencia Provincial de León y las comentadas *supra* sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 8 de febrero de 2002, y de la Audiencia Provincial de Valencia, de 10 de noviembre de 2005. En los tres casos se trataba de un dinero ingresado en un entidad bancaria, pero la sentencia de León considera que hay usufructo de crédito, quizá por alegarlo la parte actora, mientras que las otras declaran la propiedad del usufructuario y su libre disponibilidad, sin

entrar en más consideraciones. Ninguna de las tres sentencias detalla cuál era exactamente el tipo de contrato bancario. Por tanto faltan datos para intentar explicar la diferencia de criterio recurriendo a que en los casos de Valencia y Cantabria se tratara de una cuenta corriente, y en el de León de un depósito a plazo en el que la ausencia de disponibilidad inmediata lo aproxima más al préstamo que al depósito, según criterio mayoritario.

De cualquier forma, incluso en el caso del contrato de cuenta corriente existe controversia doctrinal sobre la naturaleza jurídica del contrato atípico de cuenta bancaria (47), el cual ha sido calificado como contrato de depósito, de cuenta corriente mercantil, de préstamo, de comisión o *sui generis*, con las correspondientes consecuencias prácticas respecto de la coincidencia o no entre titularidad de la cuenta y propiedad del dinero y posibilidad de disposición del dinero depositado. La postura mayoritaria, que no unánime, considera que constituye un depósito *sui generis* en el que, conservándose uno de los elementos fundamentales del mismo, la facultad de exigir el depositante y la obligación del depositario de entregar la cosa cuando el primero la reclame, es decir, la completa disponibilidad inmediata a favor de depositante del *tantumdem*, el depositario adquiere la titularidad de la suma depositada, y por tanto puede decidir libremente sobre ella porque es suya, y cumple con entregar al depositante una cantidad de dinero igual a la recibida en depósito, si bien en el caso de depósito a plazo el criterio es otro (sentencia de 19 de septiembre de 1987, Ponente: PÉREZ GIMENO). Ahora bien, en lo que respecta al usufructo de dinero, y sin el ánimo de terciar en la polémica, no parece apreciarse un tan trascendental cambio en la naturaleza jurídica del dinero en sí que justifique un resultado práctico tan distinto por el mero hecho de que se guarde en casa o en el banco en virtud de un u otro contrato bancario, en especial cuando se goza de manejo y disponibilidad inmediatos. Las consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los contratos bancarios son impecables, pero muchos clientes de bancos se sorprenderían desagradablemente si se les informara de que el dinero ingresado en el banco ha dejado de ser de su propiedad para convertirse en un simple crédito.

Un criterio análogo al de esta sentencia de la Audiencia Provincial de León es el sostenido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.<sup>a</sup>), de 19 de junio de 2002 [ARANZADI JUR 2002/225810], según la cual el usufructo universal a favor del viudo no legitima a éste para disponer del metálico consistente en los saldos de una libreta y una cuenta a plazo, sino

---

(47) Vid. MARTÍN MINGUIÓN, A. R., «Génesis y evolución del depósito irregular», en *Libro-homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 3305-3308. Sobre la discutida naturaleza jurídica de las cuentas bancarias y, consecuentemente, del dinero en ellas depositado y su titularidad, vid. AYALA BLANCA, R. y BORDES RUIZ, A., «Problemática actual en torno a la cotitularidad de las cuentas de dinero en entidades de crédito», en *La Ley*, núm. 2, 1998, págs. 1868-1883.

sólo a percibir los frutos. El planteamiento procesal resulta confuso y la redacción poco afortunada, pero se deduce que demandan terceros para solicitar que se computen en el haber hereditario de un causante la mitad de las cantidades obrantes en la libreta y la cuenta a plazo en el momento de su muerte, que tenían carácter ganancial, y que habían sido dispuestas en su totalidad por la viuda usufructuaria universal, fallecida con posterioridad. Se declara que la usufructuaria fallecida no tenía derecho a disponer de esos saldos, y que en la masa hereditaria de ésta, por tanto, de no aparecer ese dinero, deberá constar esa disposición no autorizada como una deuda a favor de la masa hereditaria del premuerto cónyuge:

*«La sentencia de instancia determina que, a la fecha de su fallecimiento, folio 205, existían una libreta con un saldo 473.581 pesetas y una cuenta a plazo de siete millones de pesetas, de modo que la mitad de su haber hereditario sería el mencionado, y que procede computar en su masa hereditaria. El usufructo universal legado a su cónyuge no legitima para disponer de los bienes que lo integran, sino a percibir los frutos que produzcan, a tenor de lo dispuesto en el artículo 471 del Código Civil, debiéndose mantener la integridad del capital usufructuado, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 482 y 507 del Código Civil. En consecuencia, procede acoger esta pretensión, de modo que se incluya este dinero, y de no existir, sustitutivamente, como un crédito de la herencia de don Marcelino B. L., frente a la masa hereditaria de la usufructuaria, que podría dar lugar a una compensación o confusión, sin perjuicio de su repetición a las personas en cuya posesión estuvieran tales bienes».*

En esta sentencia se trata de contratos bancarios identificados —libreta y depósito a plazo—, lo que, en principio, permitiría entender que existía un simple crédito frente al banco, es decir, que los titulares no ostentaban la propiedad de los saldos. Ahora bien, esta cuestión ni siquiera se suscita en la sentencia, que por el contrario incluso se refiere al «*capital usufructuado*», «*metálico*» o a «*ese dinero*». En la fundamentación se omite cualquier alusión a las particularidades del usufructo de cosas consumibles y de dinero, y sólo se afirma que el usufructo «*no legitima para disponer de los bienes que lo integran, sino a percibir los frutos que produzcan*», citando, sorprendentemente y sin más argumentaciones, el artículo 482 del Código Civil, que regula el usufructo de cosas consumibles, y el 507 relativo al usufructo de créditos.

En cualquier caso, no puede dejar de resaltarse que esta sentencia incluye una referencia expresa al problema, objeto del presente trabajo: el riesgo de extinción del crédito de restitución por confusión —también menciona la compensación— entre el patrimonio del usufructuario y el del nudo propietario, si el dinero ha desaparecido del patrimonio de aquél.

Dentro de esta misma corriente de la jurisprudencia menor se enmarca la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 21 de marzo de 2000 [ARANZADI JUR 2000/127327], según la cual el viudo usufructuario no

puede disponer a su arbitrio del dinero usufructuado, sino que la nuda propietaria, hija del usufructuario y de la premuerta esposa de éste, puede obligar a su padre a constituir un depósito del que ella sea titular y el usufructuario sólo perciba los intereses. Argumenta la resolución que así procede en lo que respecta al Derecho Común, que lo aconsejaría la prohibición del abuso de derecho, y que, en cualquier caso, en Derecho aragonés está previsto algo similar:

*«El recurrente, padre de la hoy apelada, es el usufructuario del dinero heredado por esta última de su madre, que fue la esposa del apelante. La sentencia apelada, aplicando el artículo 520 del Código Civil, obliga al apelante a constituir en depósito, a nombre de la apelada (la nuda propietaria), la suma por él usufructuada para que éste reciba los intereses que genere dicho depósito, pronunciamiento que no acepta el recurrente razonando que el usufructo de dinero está sometido al régimen del artículo 482 del Código Civil, por lo que el recurrente, según su tesis, puede destinar el dinero usufructuado a la finalidad que tenga por conveniente, sin más obligación que la de restituirlo al tiempo de cesar el usufructo y sin que, según el apelante, sea de aplicación el artículo 520, que es el precepto aplicado por el Juzgado al ordenar constituir el depósito controvertido tras constatar que el usufructuario, en cuyo beneficio exclusivo han de devengarse los intereses del depósito disputado, tiene una situación económica que hace pensar que no podrá devolver la suma usufructuada a la finalización de este usufructo de dinero, por lo que en principio, con la puntualización que luego veremos por la aplicación del Derecho Aragonés, creemos que dentro del ámbito del derecho común es admisible la tesis del Juzgado, dando entrada a lo reglado en el artículo 520 del Código Civil, pues la doctrina entiende que dicho precepto es aplicable también a los usufructos del artículo 482, razonando además que a la misma solución habría de llegarse aplicando las reglas generales del abuso de derecho.*

*Pero es que, sin aplicar el artículo 520 ni el artículo 7 del Código Civil, a similar situación llegaríamos aplicando el artículo 80.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, pues con el depósito controvertido, con el matiz que luego veremos, a instancia de la heredera y nuda propietaria, se afianza y garantiza la efectiva percepción por la nuda propietaria del dinero a la extinción del usufructo, al tiempo que es el usufructuario quien percibe los intereses producidos por el capital usufructuado, que en Aragón no tiene que ser destinado necesariamente a la finalidad que decida unilateralmente el usufructuario pues la nuda propietaria también puede hacer las indicaciones y advertencias a las que se refiere el artículo 85 de la Compilación, el cual faculta al Juez, como a la Junta de Parientes, a que disponga que el dinero usufructuado se administre o explote de una determinada forma, como la acordada en el caso, con la precisión de que, conforme al artículo 87, sólo cuando el usufructuario no pueda o no se avenga a cumplir lo acordado por la Junta de Parientes o por el Juez es cuando la nuda propietaria podría pedir la entrega de los bienes, esto es, en este caso del capital, para sustituir el usufructo por una renta a su cargo en los términos del artículo 87. Por todo ello, no vemos inconveniente en que se constituya el depósito acordado por el Juzgado, a nombre de la actora y con los intereses a favor del usufructuario, pero para evitar que la nuda*

*propietaria entre en posesión del capital antes de la extinción del usufructo, cosa que sólo podría tener lugar por la vía del citado artículo 87 de la Compilación, procede establecer que la misma no podrá disponer del dinero depositado a su nombre hasta la extinción del usufructo y que el usufructuario podrá disponer de dicho capital para reinvertirlo en un nuevo depósito».*

No es objeto de debate si el usufructuario adquiere la propiedad del dinero, sino si el usufructuario puede disponer libremente del dinero, sin más obligación que la de restitución a la extinción del usufructo. No se refleja si se trataba de un usufructo vitalicio, ni si existía fianza, pero sí se considera probado que la situación económica del usufructuario permitía suponer que no estaría en condiciones de devolver el dinero a la extinción del usufructo; tampoco constan los datos de los que se desprendería esa deducción, ni se alude a que la gestión del usufructuario fuera arriesgada o estuviera dando lugar a pérdidas económicas. Se recurre al artículo 520 del Código Civil, referido al abuso de la cosa usufructuada, y al artículo 7 del Código Civil sobre abuso de derecho en general.

Sin embargo, lo cierto es que el artículo 520, que permite al nudo propietario recuperar la cosa usufructuada en caso de uso negligente por el usufructuario, entregándole los rendimientos, según DORAL ha de ser interpretado restrictivamente y presupone que el abuso, además de ser culpable, se haya efectuado ya, constituya un ejercicio anómalo o irregular del usufructuario y cause un considerable perjuicio al nudo propietario, si bien ese daño pueda ser tanto el causado como el temido (48). Por tanto, este precepto en modo alguno va encaminado a proteger al nudo propietario cuando la situación económica del usufructuario permita prever dificultades de devolución, sino, lo que es muy distinto, a evitar que continúe el abuso grave del usufructuario, por actos u omisiones, que infiriesen considerable perjuicio al nudo propietario, de forma que se entregue a éste la cosa en administración a cambio del pago al usufructuario de los productos líquidos.

Por otra parte, es evidente que esa referencia a «la doctrina», que sirve de base a esta sentencia para argumentar la aplicación del artículo 520 del Código Civil en Derecho Común es una cita encubierta del comentario de DORAL al artículo 482, en su análisis de las reglas del usufructo aplicables al usufructo de cosas consumibles. Como se ha indicado *supra*, entre la escasa doctrina que se ha pronunciado sobre este tema no existe unanimidad doctrinal sobre la aplicación del artículo 520 a los usufructos de cosas consumibles, precisamente por la dificultad de separar el *ius utendi* del *ius abutendi*; DORAL es partidario de ello, si bien sin mayores argumentaciones, y añade la misma referencia al abuso de derecho en los mismos términos que recoge la sentencia comentada. Sin embargo, este autor en modo alguno sugiere la posibilidad

---

(48) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, págs. 565-571.

de equiparar la mala situación económica del usufructuario con el abuso, ni en su comentario del artículo 482 sobre usufructo de cosas consumibles, ni en el del artículo 520; muy al contrario, insiste en el carácter restrictivo de éste y en los estrictos requisitos que éste exige (49), que no se corresponden con la interpretación de esta sentencia.

En cualquier caso, la argumentación más detenida de la sentencia de la Audiencia de Huesca se refiere al Derecho aragonés, aplicable al caso, como verdadera *ratio decidendi*, de modo que es probable que la referencia al Derecho Común constituya mero *obiter dicta*.

En conclusión, con todas las salvedades, del análisis de la jurisprudencia menor dictada sobre usufructo de dinero (50), parece desprenderse que las dos tendencias parecen muy equilibradas, si sólo se toma en cuenta el puro dato del número de sentencia adscritas a una u otra corriente. Debe matizarse, no obstante, que la posición de la segunda corriente parece más débil; las sentencias no coinciden en el procedimiento concreto de garantizar el derecho del nudo propietario —seguramente por el planteamiento procesal de las partes—, sus razonamientos son menos completos y sólidos, y además en algún caso pesa en la decisión el Derecho Foral correspondiente. Por tanto, la primera corriente de la jurisprudencia menor sobre usufructo de dinero, se comparta o no, resulta mucho más homogénea que la segunda.

---

(49) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, págs. 308-309 y 565-571.

(50) Además de las citadas, hay otras sentencias que se refieren a Derecho catalán, en relación con un mismo complejo pleito sucesorio, en el que finalmente se declaró que no existía usufructo de dinero. La sentencia de apelación (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, de 12 de febrero de 1999 [EL DERECHO EDJ 1999/4699]) y la de casación foral (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de febrero de 2001 [ARANZADI RJ 2002/1398]) varían la calificación jurídica, y declaran que no se trataba de un usufructo de dinero de Derecho Común, sino de otra figura, y no entraron a analizar este tipo de usufructo y las obligaciones y derechos de la usufructuaria, puesto que cambia el punto de controversia. La sentencia de instancia revocada había declarado que se trataba de un usufructo de dinero de Derecho Común y que por tanto, en defecto de caución, la suma había de ponerse a interés mediante acuerdo del usufructuario y nudo propietario y a falta de acuerdo entre ambos, mediante autorización judicial, debiendo mantenerse la integridad del capital y sólo pudiendo percibir la usufructuaria los intereses: «Dado que no se dispensa a la usufructuaria de la obligación de prestar fianza, y no es aplicable por analogía la dispensa que establece el artículo 492 respecto de la cuota legal usufructuaria del cónyuge sobreviviente, hay que atenerse a lo dispuesto en los artículos 494 y 507 del Código Civil. Estamos ante un usufructo de dinero, y en defecto de caución prestada por el usufructuario, las rentas devengadas y valores seguros o, dada la cuantía que ha alcanzado las sumas adeudadas, poner a interés del capital resultante. Ello deberá hacerse en ejecución de sentencia, mediante acuerdo del usufructuario y nudo propietario y a falta de acuerdo entre ambos, mediante autorización judicial, debiendo mantenerse la integridad del capital que deberá incrementarse mensualmente con las rentas y dividendos devengados, y tal y como se señala en el testamento. Haciendo suyos la usufructuaria los intereses legales de las sumas adeudadas desde el fallecimiento del causante, y los intereses y rendimientos del capital que habrá de invertirse en valores seguros o poner a interés».

La innegable falta de uniformidad en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en materia huérfana de jurisprudencia en sentido estricto es ya suficiente para fundamentar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por concurrir el requisito del llamado interés casacional recogido en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hoy vigente, el cual exige que sobre un mismo punto litigioso, con independencia de la cuantía, existan al menos dos sentencias de una Audiencia Provincial que mantengan un criterio divergente frente a otras dos sentencias de otra Audiencia Provincial que mantengan un criterio distinto (51). Con la actual normativa sobre casación, ya está garantizado el acceso al Tribunal Supremo al litigante sobre usufructo de dinero. Pero mientras no se pronuncie ese Alto Tribunal, habrá que atenerse a la única jurisprudencia existente, la menor.

En cualquier caso, no puede ocultarse que al menos en un significativo sector de jurisprudencia menor se está abriendo paso una opinión según la cual el usufructuario puede disponer a su arbitrio del dinero usufructuado, lo que conduciría a la pérdida total o parcial de la legítima del descendiente legitimario. Veamos a continuación el mecanismo que ocasiona ese resultado.

#### 4. EFECTOS DEL USUFRUCTO VIDUAL UNIVERSAL SOBRE EL DINERO QUE FORME PARTE DEL CAUDAL RELICTO: EL RIESGO INELUDIBLE DE PRIVACIÓN DE LA LEGÍTIMA

Un testador de vecindad civil común, casado, cualquiera que sea su régimen económico-matrimonial (52), otorga un testamento abierto muy habitual, el que incluye un usufructo viudal universal con la llamada *cautela Socini* o sociniana (53), a fin de favorecer lo máximo posible a su cónyuge frente a los hijos o descendientes comunes, de modo que aquél mantenga una situación económica similar a la anterior a la muerte del causante. En este tipo de testamentos se atribuye la condición de usufructuario universal vitalicio de la totalidad de la herencia al cónyuge supérstite, casi siempre dispensándole de la obligación de inventario y fianza, y se atribuye la nuda propiedad de todo el patrimonio relic-

---

(51) Sobre el acceso a la casación por discrepancias de la jurisprudencia menor, vid., entre otros, Auto del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2003 [ARANZADI RJ 2003/7259].

(52) Si el testador y el viudo están casados en gananciales, el usufructo viudal universal podría exigir previa liquidación de la sociedad; se prescindirá de este detalle, aunque sea litigioso (por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 30 de enero de 2004 [ARANZADI AC 2004/22]).

(53) Se utiliza esta terminología, pues no existe unanimidad doctrinal para identificar la cautela *Socini* con la gualdense. Por otra parte, aunque la cautela *Socini* pudiera tener otras finalidades, además de la hoy habitual relacionada con el usufructo universal del cónyuge viudo, se prescinde de esa matización, que no es relevante a los efectos del presente trabajo.

to a los legitimarios; se establece además que si alguno de los legitimarios no se conformara con esa disposición, se le asignará únicamente lo que le corresponda por legítima estricta, de modo que, si todos los hijos o descendientes se oponen al usufructo universal vitalicio, el cónyuge se quedará con su usufructo del tercio de mejora más el de libre disposición en pleno dominio. El hijo o descendiente legitimario puede así escoger libremente entre dos alternativas: menor cuota, pero sin gravamen, o mayor cuota, con gravamen. La opción concedida por el testador a los legitimarios se considera indispensable para la validez de esta cláusula, en tanto que suele entenderse que sólo así se garantiza la intangibilidad de la legítima, si bien en los últimos años se ha relajado la exigencia de que conste en el testamento de forma expresa (54).

La circunstancia de que no exista previsión expresa en el Código Civil sobre el usufructo viudal universal ha generado amplios debates (55), en los que no se va profundizar. Hoy día parece pacífica la admisibilidad legal de la fórmula testamentaria del usufructo viudal universal en los términos indicados en Derecho Común, desde el punto de vista jurisprudencial e incluso quizá doctrinal, y además es innegable que, pese a las objeciones que aún pueda suscitar, es de uso cotidiano en la práctica jurídica. El problema es que ni la doctrina ni la jurisprudencia parecen haber reparado en las graves dificultades derivadas de la naturaleza del dinero, cuando éste forma parte de la masa hereditaria.

Supongamos que todo o parte del caudal relicto está compuesto de dinero, en efectivo metálico o en cuentas en entidades bancarias o financieras. Si así es, la legítima de los hijos o descendientes comunes puede no resultar respetada, sea o no deliberado por parte del causante que su activo, en el momento de su óbito, esté compuesto de este tipo de bienes. El riesgo es, por exponerlo muy crudamente, que se esfume todo el dinero usufructuado del patrimonio del viudo usufructuario en virtud de una gestión de éste ajustada a Derecho, es decir, no fraudulenta, pero que además la propia ley impida reclamar la restitución. Si con los otros bienes del patrimonio relicto del testador que no consistan en dinero se cubre la legítima, bien, aunque se reduzca la masa hereditaria; si no, será imposible reclamar, incluso si la legítima resulta afectada. Sobre

---

(54) Alguna jurisprudencia considera que esa opción la tienen los legitimarios, conforme al artículo 820.3.º del Código Civil, aunque el testador no la haya concedido expresamente en el testamento abierto notarial. Vid. PÉREZ REAL, A., «Sentencia de 3 de diciembre de 2001: Usufructo universal del cónyuge viudo. Aplicación del artículo 820.3.º del Código Civil, aunque no haya concesión expresa de opción a los herederos», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, 2002, págs. 393-406.

(55) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios de Derecho Sucesorio. Interpretación de testamentos. Lo literal, lo tácito y lo conjetural en mejores y fideicomisos. Cláusulas cautelares expresas y tácitas*, págs. 469-509, y *Estudios dispersos sobre las legítimas*, vol. III, págs. 243-581, y vol. II, Montecorvo, Madrid, 1981, y REAL PÉREZ, A., *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Montecorvo, Madrid, 1988.

cualquier dinero que forme parte del usufructo del cónyuge supérstite pesa el riesgo de su desaparición en perjuicio de los herederos, quienes, a diferencia de en el resto de bienes usufructuados, no ostentan el carácter de verdaderos nudo propietarios, sino sólo el de meros acreedores con un crédito del que sólo responden los herederos del viudo.

El usufructo de dinero autoriza al usufructuario, conforme a la interpretación de un significativo sector doctrinal y de la jurisprudencia menor, a disponer libremente, sin control alguno del dinero usufructuado ni dar cuenta de su gestión y sin necesidad de tener una administración diligente, con la única obligación de devolver la misma cantidad de dinero al finalizar del usufructo, sin subrogación real por las cosas que sean objeto de adquisición o inversión con ese dinero. No es que el cónyuge usufructuario tenga derecho a percibir los frutos del capital del que es usufructuario, es decir, los intereses o rendimientos, como sucede en Derecho catalán, sino, lo que es muy distinto, que ese capital pasa a ser de su plena propiedad durante toda la duración del usufructo, y que, como dueño, el usufructuario está facultado para hacer uso del dinero unilateralmente como le parezca más oportuno, en gastos o en inversiones de cualquier índole. Como el usufructuario adquiere la propiedad del dinero, el nudo propietario se convierte en un simple acreedor de una deuda que sólo será exigible cuando finalice el usufructo, y a la que se aplican las reglas generales de cualquier crédito.

La dificultad principal en cualquier usufructo de dinero, como en cualquier deuda, es la derivada de la solvencia del obligado, a no ser que se haya constituido fianza, además de la pérdida de valor monetario al no haber cláusula de estabilización salvo pacto expreso. Pero, en el caso estudiado de usufructo vitalicio de dinero, a esos inconvenientes se añade otro mayor: la imposibilidad legal reclamar la devolución del dinero usufructuado, incluso aunque el obligado a la devolución sea solvente, por extinguirse legalmente la deuda de restitución, con la consiguiente pérdida total o parcial de legítima.

Si, como es previsible y lógico, el cónyuge usufructuario utiliza el dinero conforme a su destino natural como le permite la ley, ello significa que lo gasta, y que por tanto desaparece de su patrimonio, en todo o en parte, sin necesidad de que el desembolso constituya inversión que dé lugar a la entrada en el patrimonio de otro bien. El deber de restituir la suma usufructuada nace en el momento de constituirse el usufructo, pero debe cumplirse y sólo es exigible al terminar el usufructo (56). Tratándose de

---

(56) Este es el criterio de TORRELLES TORREA para el usufructo de cosas consumibles (*op. cit.*, pág. 270), que excluye de su estudio el caso concreto del usufructo de dinero. Ahora bien, no se aprecia particularidad alguna en el caso del dinero que permita deducir que la obligación de restitución nazca precisamente cuando se extinga el usufructo, pues ello implicaría que antes no hubiera un derecho real pero tampoco ni siquiera un derecho de crédito a plazo.

un usufructo vitalicio, éste se extingue con la muerte del usufructuario. En consecuencia, la restitución será exigible a partir del óbito del usufructuario, y serán directamente los herederos de éste quienes deban responder de esa devolución frente a los nudo propietarios.

Ahora bien, la reclamación a los herederos del usufructuario, como responsables de la obligación de restitución, sólo será posible si los herederos de éste fueran extraños, no cuando además son los nudo propietarios del dinero usufructuado por el viudo, como es el caso. Recuértese que el supuesto estudiado parte precisamente de la hipótesis más frecuente de existencia de descendencia común del causante y de su cónyuge superviviente, por lo que los herederos legales del usufructuario son casi siempre los mismos herederos del causante inicial (57). En los descendientes comunes confluyen dos condiciones provenientes de dos sucesiones distintas: son, por un lado, herederos de su progenitor primeramente fallecido, y como tales nudo propietarios de los bienes usufructuados por su progenitor sobreviviente, y, por otro lado, herederos del viudo usufructuario, del que también son descendientes. Si el viudo ha otorgado testamento, lo normal será que instituya herederos a esos mismos descendientes comunes, no a otras personas ajenas a la familia, y ciertamente lo habrá hecho así se trata de una maniobra deliberada de común acuerdo con el cónyuge premuerto para privar de la legítima a los descendientes comunes. Si por el contrario ese viudo muere *abintestato*, esa descendencia común será heredera en todo caso por imposición legal.

En consecuencia, no quedará nadie que responda de la deuda, puesto que se reunirán los conceptos de acreedor y deudor en las mismas personas, los hijos o descendientes comunes del primer testador y su viudo, salvo que repudien la herencia de este último. Como nudo propietarios del dinero en virtud de la herencia de su progenitor muerto en primer lugar serán por tanto acreedores de la restitución del dinero usufructuado, con un crédito que sólo podría ser exigible desde el óbito del usufructuario, y, también, en virtud de la segunda herencia proveniente de su otro progenitor fallecido en último lugar, sucesores a título universal de ese usufructuario vitalicio del dinero, y por ello deudores de la restitución de dicho dinero a los nudo propietarios que ha de devolverse al fallecimiento del usufructuario.

La deuda automáticamente quedará extinguida por el mecanismo propio de las obligaciones de la confusión, desde que los nudo propietarios acepten la herencia del usufructuario, por reunión en la misma persona de los conceptos de acreedor y deudor, conforme al artículo 1.192 del Código Civil, precepto que encuentra su aplicación más habitual, precisamente, en la sucesión *mortis causa*.

---

(57) Para no complicar más el supuesto, se va a prescindir del caso de que simultáneamente puedan concurrir descendientes no comunes.

Como es natural, sólo responderán de la deuda de restitución todos los hijos o descendientes si todos ellos fueran sucesores a título universal del viudo. Si todos o algunos de ellos fueran legatarios de este usufructuario, respecto de quien ostentara tal carácter no existiría confusión, pues de la deuda serían responsables los herederos, no los legatarios; ahora bien, se trata de un caso inhabitual que requeriría, por ejemplo, que el cónyuge superviviente hubiera otorgado testamento instituyendo heredero a alguno o algunos de los hijos, y legatarios a los otros. Paradójicamente, tampoco se aplicaría el mecanismo de la confusión a quienes hubieran sido preteridos por el viudo, puesto que no serían herederos, sino sólo legatarios, y no responderían de las deudas. Sin embargo, se trata de supuestos muy excepcionales. Lo más frecuente será que el viudo usufructuario no haya otorgado testamento, o que según éste todos los hijos sean herederos, y, cuando así suceda, la obligación de restituir el dinero usufructuado desaparecerá para todos ellos.

Para el sector doctrinal mayoritario que considera que en el usufructo de cosas consumibles el usufructuario adquiere la propiedad de la cosa, bien desde la constitución, o bien desde la consumición, y que, bien desde el inicio del usufructo, o bien desde el gasto, no existe nuda propiedad sino derecho de crédito, no ofrece duda que se aplicarán las reglas de extinción de las obligaciones. Así lo afirma, por ejemplo, DORAL, al comentar el artículo 482 del Código Civil sobre usufructo de cosas consumibles (58). En similar sentido se pronuncia ALBALADEJO: *«En el cuasiusufructo pueden recibir aplicación algunas de las reglas del usufructo; otras no. Además, sin duda que cabe que también se le apliquen las reglas de otras figuras (por ejemplo, siendo el usufructuario deudor del nudo propietario, si éste llega, a su vez, a serlo de aquél, las dos deudas —cuando concurren los requisitos debidos— se extinguen por compensación y, así, el usufructo acaba)»* (59).

Si bien no consta ningún autor que mencione expresamente la confusión entre los mecanismos legales de extinción de las obligaciones aplicables a la obligación de restituir propia del usufructo de cosas consumibles o de dinero, no se aprecia motivo alguno para que no sea así, tratándose de una simple deuda monetaria, cuando la compensación de deudas, por ejemplo, si se considera incluida.

Por si ello fuera poco, la extinción de la obligación principal de restitución extinguiría simultáneamente la accesoria de fianza, en caso de que se hubiera prestado. Ténganse en cuenta que no se trata de un supuesto de incumplimiento o de insolvencia, sino de extinción del crédito. Conforme al artículo 1.193 del Código Civil, *«la confusión que recae en la persona del deudor o del acreedor aprovecha a los fiadores»*, aunque aquí pueda surgir la duda cuan-

---

(58) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, págs. 309-310.

(59) ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 72.

do se trate de garantía distinta de la fianza, puesto en materia de usufructo la «fianza» del usufructo no tiene por qué ser tal en sentido jurídico estricto, pues la ley no impone cómo tiene que efectuarse a ese afianzamiento, y suele admitirse tanto la garantía personal como la real, típica o atípica (fianza, garantía real, hipoteca o prenda o incluso el depósito de títulos valores en establecimientos bancarios) (60). En cualquier caso, el principio general es que la extinción de la obligación principal acarrea la de la accesoria y, por lo tanto, el afianzamiento que se hubiera prestado conforme a cualquier forma jurídica distinta de la fianza, no subsistiría tras la extinción de la deuda principal.

Si los herederos del usufructuario de dinero son personas distintas a los descendientes comunes del testador inicial y su viudo, esos herederos responderán de esa deuda como de cualquier otra, con los solos inconvenientes derivados de la solvencia de esos herederos. Pero en el caso frecuentísimo de un usufructo viudal universal en el que los descendientes comunes son hijos del primer causante y del viudo, la aplicación del mecanismo automático de la extinción del crédito por confusión sólo puede evitarse por dos vías: repudiando la segunda herencia para que respondan de las deudas los siguientes llamados a la sucesión, o mediante el sistema de aceptar esa segunda herencia a beneficio de inventario, algo que raras veces sucede en la práctica y exige engorrosos trámites. Sólo si se ha aceptado a beneficio de inventario no se confunden a ningún efecto, en daño del heredero, los bienes particulares de éste con los de la herencia y, en consecuencia, no se extinguen las obligaciones por confusión (art. 1.023, en relación con el 1.192, párrafo 2.º, del Código Civil).

Ahora bien, ni siquiera en el caso excepcional de que los descendientes herederos del viudo aceptaran la herencia beneficio de inventario se derivarán necesariamente consecuencias prácticas favorables para ellos. Con la aceptación a beneficio de inventario se evitaría que se extinguieran por confusión las deudas procedentes de la herencia de usufructuario, entre las que se encontraría la deuda de restitución, pero continuaría sin haber nadie que respondiera del crédito aparte de los propios herederos. Seguirían siendo ellos mismos acreedores y deudores, aunque subsistiera teóricamente el crédito y como tal se incluyera en el inventario. La deuda se pagaría con los bienes de la herencia del usufructuario que, en cualquier caso, irían a parar a manos de esos mismos herederos; la pérdida económica sería la misma.

Así pues, la aceptación a beneficio de inventario no acarrearía ventaja práctica alguna para los nudo propietarios herederos, salvo en el caso de que se hubiera prestado fianza. Si la obligación principal de restitución persiste, también sucederá lo mismo con la accesoria de fianza. Ahora bien, ésta sólo tendrá eficacia en el caso de que no se cumpla la obligación principal, y ello sólo sucederá si el usufructuario carecía de patrimonio propio suficiente para

---

(60) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 400.

hacer frente al pago de la deuda. En caso contrario, la deuda debe pagarse con los bienes de la herencia del viudo, pertenecientes por hipótesis a los mismos descendientes herederos, y por tanto no hay incumplimiento, aunque ello reduzca el caudal relicto del usufructuario. Para que pueda tener algún efecto práctico la fianza, no sólo se necesita que los descendientes comunes del testador inicial y su viudo hayan aceptado a beneficio de inventario la herencia de éste, sino, además, que en el patrimonio relicto del viudo no haya bienes suficientes para la restitución del dinero.

El problema, en cualquier caso, es que tal fianza, de la naturaleza que sea, está legalmente dispensada en cuanto a la cuota legal usufructuaria, y es de discutible exigencia en caso de usufructo universal si el testador ha eximido de ella. Recuértese, conforme al artículo 491 del Código Civil, es obligación del usufructuario anterior a entrar en el goce de los bienes «*prestar fianza, comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le corresponden con arreglo a esta sección*» (la que regula las obligaciones del usufructuario).

Lo normal en este tipo de testamentos de usufructo viudal universal es que el testador releve de fianza al viudo, en atención a la confianza que le merece, condicionándose o no esa dispensa a que contraiga ulterior matrimonio. Tan frecuente es que, como ya se ha indicado *supra*, ROMERO COLOMA, en su conocido estudio sobre el usufructo viudal universal, incluye la relevación de fianza en dos de los tres ejemplos que transcribe de fórmulas testamentarias habituales y admisibles (61). En algo tan usual hasta constituye cláusula notarial de estilo, junto con la exención de inventario. En la jurisprudencia menor comentada sobre usufructo de dinero, y en muchas otras sentencias sobre temas ajenos al aquí tratado, se reflejan casos en los que el testador releva de fianza al viudo usufructuario universal, con quien tenía hijos comunes (62). No obstante, que sea una práctica generalizada no exime de plantearse la vidiosa cuestión de hasta qué punto será válida la dispensa de fianza establecida por el testador constituyente en el testamento, en el caso concreto de usufructo viudal universal cuando existen legitimarios que sean a la vez herederos que puedan resultar perjudicados, pues en los usufructos voluntarios, como lo es el testamentario, la fianza no puede dispensarse ilimitadamente en el título constitutivo.

Incluso si el testamento no contuviera esa dispensa expresa de fianza, estaría exento de ella el viudo respecto de la cuota legal usufructuaria mientras no contraiga nuevo matrimonio, conforme al artículo 492 del Código Civil. Este precepto, de carácter imperativo incierto, establece la exclusión de fianza

---

(61) ROMERO COLOMA, A. M., *op. y loc. cit.*, pág. 1779.

(62) Como ejemplos, entre otros muchos, de sentencias recientes, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.<sup>a</sup>), de 19 junio de 2006 [ARANZADI AC 2006/1760], o la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.<sup>a</sup>), de 28 de julio de 2003 [ARANZADI JUR 2004/15434].

para varios usufructuarios, incluyendo «*al cónyuge sobreviviente respecto de la cuota legal usufructuaria si no contrajeran [...] ulterior matrimonio*» (63). Esta exención de la obligación de prestar fianza por disposición de la ley, que no se extiende a la obligación de inventario, se condiciona a que el usufructuario permanezca viudo, de modo que la fianza sería exigible si contrae ulterior matrimonio, y el dato que pueda o no existir perjuicio es irrelevante. Sin embargo, el perjuicio sí tiene trascendencia en la dispensa voluntaria, es decir, si la obligación de prestar fianza es suprimida por voluntad del constituyente. El artículo 493 del Código Civil dispone que «*el usufructuario, cualquiera que sea el título del usufructo, podrá ser dispensado de la obligación de hacer inventario o de prestar fianza, cuando de ello no resultare perjuicio a nadie*». La amplia expresión «*cualquiera que sea el título del usufructo*», no sólo se refiere al testamentario, sino que incluso es más propia del usufructo constituido por testamento (64). A la vista de los artículos 492 y 493, surge la duda de en qué medida esa dispensa voluntaria, si procede de testamento, podría aplicarse al usufructo del viudo cuando hay herederos legitimarios del testador. No es nada fácil la interpretación conjunta de estos dos preceptos, ni existe jurisprudencia al respecto.

El artículo 492 del Código Civil que dispensa de fianza *ex lege* al viudo respecto de su cuota legal usufructuaria, se aplicaría imperativamente en caso de *abintestato*. Ahora bien, si el usufructo viudal procede de testamento, el usufructo puede haber sido ampliado por el testador, pasando a ser universal. Se plantea entonces si la exención legal de fianza respecto de cuota legal usufructuaria persiste de forma imperativa en sus propios términos en cuanto a esa cuota legal incluso cuando el testador ha establecido su propia dispensa voluntaria para la totalidad del usufructo del cónyuge supérstite, y si por tanto pueden coexistir dos regímenes distintos de dispensa, el legal para la cuota legal usufructuaria, y el que haya establecido el testador para todo lo que rebase esa cuota. La cuestión no es baladí, porque la regulación de la dispensa

---

(63) «*La disposición contenida en el número 2.º del precedente artículo [la obligación de prestar fianza comprometiéndose a cumplir las obligaciones que le corresponda antes de entrar en el goce de los bienes] no es aplicable al vendedor o donante que se hubiese reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados, ni a los padres usufructuarios de los bienes de los hijos, ni al cónyuge sobreviviente respecto de la cuota legal usufructuaria si no contrajeran los padres o el cónyuge ulterior matrimonio*». El texto actual proviene de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó precisamente el inciso correspondiente al usufructo viudal, que en sus redacciones precedentes (la originaria y la introducida por Ley de 24 de abril de 1958), indicaba que la exención legal de fianza se refería «*al cónyuge sobreviviente respecto de la cuota hereditaria que le conceden los artículos 834, 837 y 838, sino en el caso de que [...] contrajeran ulterior matrimonio*» («*segundo matrimonio*», en el texto originario»). Excede ampliamente la pretensión del presente trabajo analizar en qué sentido la modificación de esa redacción ha podido afectar a la dispensa de fianza.

(64) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 410.

legal y de la dispensa voluntaria no es idéntica: en la dispensa legal se condiciona la exención de afianzamiento sobre la cuota legal usufructuaria a que el viudo no contraiga nuevo matrimonio, mientras que la existencia de perjuicios es relevante sólo en el caso de dispensa voluntaria.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN afirman que el artículo 492 forma parte del conjunto de preceptos que rigen a falta o por insuficiencia del título constitutivo del usufructo, por lo que debe de ser eficaz una voluntad contraria de las partes en la venta o donación, pero no en el usufructo legal del cónyuge viudo, pues aquí el título constitutivo es la propia ley y ella es la que dispensa» (65). No es pretensión de este trabajo el análisis de si, dado carácter excepcional de la dispensa legal del artículo 492, podría el testador derogarla sobre la cuota legal usufructuaria, o establecerla en términos distintos, en perjuicio o en beneficio del cónyuge supérstite. Baste decir que si se considera que el artículo 492 tiene carácter imperativo, la exención de dispensa de fianza respecto de la cuota legal usufructuaria tendría carácter legal y, por lo tanto, carecería de importancia la posible existencia de perjuicios, pero quedaría condicionada a que no se contraiga ulterior matrimonio; si por el contrario, se entiende que la dispensa tiene carácter voluntario cuando existe usufructo universal respecto de todo el patrimonio usufructuado, entonces se aplicaría a la totalidad del usufructo, incluyendo a la cuota legal usufructuaria, el criterio que sobre el «perjuicio» establece el artículo 493 para la dispensa voluntaria. En el caso de que el dinero forme parte del caudal relicto, esta segunda solución sería naturalmente más favorable a los intereses de los legitimarios. Lo cierto es que ya hay alguna jurisprudencia menor que se decanta por la postura de considerar que la voluntad del testador es soberana al dispensar de fianza el viudo usufructuario universal habiendo legitimarios; por ejemplo, según la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.<sup>a</sup>), de 11 de marzo de 2002 [ARANZADI JUR 2002/128251], si el testador ha relevado de fianza e inventario incondicionalmente, no podrá exigirse si el viudo contrae nuevas nupcias.

Lo fundamental es el sentido que ha de darse en la dispensa voluntaria al inciso final del artículo 493, «*cuando de ello no resultare perjuicio para nadie*». Podrá ser dudoso si este precepto se aplica a la cuota legal usufructuaria incluso cuando el usufructo viudal procede de título testamentario que conceda al cónyuge más usufructo del que constituye su legítima, pero lo que parece fuera de discusión es que sí es aplicable a todo lo que exceda de la cuota legal usufructuaria. Este precepto no utiliza la expresión «*perjuicio de tercero*», que podría remitir a los límites de la renuncia en el artículo 6.2 del Código Civil, y excluiría por definición a los herederos, como sucesores del testador, pues si bien renuncia y dispensa de fianza no son actos equivalentes, sí son actos diferentes que coinciden en un mismo

---

(65) DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, pág. 421.

resultado (66). Pero, puesto que la ausencia de perjuicio se refiera a «*nadie*», es dudoso hasta qué punto una dispensa efectuada por el testador en el título constitutivo testamentario vincula o no a sus herederos si de la dispensa resultara «*perjuicio*» para esos mismos herederos. La jurisprudencia considera que la voluntad del testador sobre este punto vincula a los herederos voluntarios (así lo declaran las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de abril de 1893 y 9 de junio de 1948). Si los herederos son legitimarios y el perjuicio va afectar a la legítima, la doctrina parece pronunciarse en el sentido de que el testador no puede dispensar libremente de fianza; sin embargo, no consta jurisprudencia en sentido estricto al respecto.

Según ALBALADEJO, no habiendo legitimarios, la dispensa es posible si el testador la quiere, pero habiéndolos, no puede establecerla en perjuicio de aquéllos; si el testador otorga la nuda propiedad a un heredero no legitimario, puede dispensar de inventario y de fianza, aunque la dispensa perjudique a éste, pero «*si lo que deja el nudo propietario lo deja, no libremente, sino en cumplimiento de un deber (el de legítima), no puede entonces dispensar de fianza porque sería darle con protección debilitada un derecho que la ley le obliga a otorgar con toda la protección (del inventario y fianza) que ella establece*» (67). En similar sentido se decanta DORAL, para quien el perjuicio a evitar puede serlo tanto al propio dueño como a un tercero, distinto del dueño y del usufructuario, incluyendo los legitimarios (68). Díez-PICAZO y GULLÓN opinan de forma análoga que cuando el constituyente no consolida a su terminación la plena propiedad, sino que su derecho pasa a sus sucesores o causahabientes, éstos serían perjudicados por la dispensa, por lo que podrían invocar su ineficacia frente a ellos y, en consecuencia, exigir el cumplimiento de las obligaciones dispensadas, pero como suceden al causante están obligados por los actos de éste, con excepción, precisamente, de los legitimarios, y por su cuota de legítima, «*si para su pago se le adjudicase la propiedad gravada temporalmente por el usufructo*» (69). Parece, pues, que el testador constituyente no puede dispensar de la fianza al menos en lo que respecta a la cuota de legítima, si de ello se derivan perjuicios para los legitimarios. En nuestro caso, ello permitiría proteger los intereses de los legitimarios descendientes respecto de, al menos, dos tercios del caudal relicto o en todo caso, del tercio de legítima estricta.

Todo ello remite a analizar si en sentido estricto existirá tal «*perjuicio*» para los legitimarios nudo propietarios del dinero en el supuesto aquí estudiado de usufructo viudal universal con descendencia común. Para que los

---

(66) ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y CAVANILLA MÚGICA, S., «Comentario al artículo 493 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dir. por ALBÁCAR LÓPEZ y TORRES LANA, T. II, 1.ª ed., Trivium, Madrid, septiembre de 1991, pág. 834.

(67) ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, págs. 24-25, nota 20-5.

(68) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *op. cit.*, pág. 410.

(69) Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, pág. 397.

legitimarios pudieran invocar con éxito la existencia de perjuicio derivado de la dispensa de fianza en el usufructo de su progenitor usufructuario, y que prospere la pretensión de que sea obligado a afianzar desde el inicio del usufructo o a lo largo de éste, es preciso que se acredite tal perjuicio, si a los legitimarios les corresponde la carga de la prueba, que es lo más probable cuando hay dispensa expresa. Y por tanto, aunque pueda parecer incongruente con todo lo hasta ahora expuesto, hay que plantearse si en realidad existiría ese «perjuicio» en el sentido legal del término utilizado por el artículo 493 del Código Civil, que no es definido suficientemente ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. A mi juicio, cabrían tres posibilidades: considerar que del mero dato de ser legitimarios ya se desprende de suyo el perjuicio en cuanto a la cuota legitimaria (lo que eximiría de más justificación), entender que para interpretar el «perjuicio» han de seguirse las reglas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual (lo que exigiría la acreditación cumplida del daño económico ya sufrido, directo y cierto) o bien aplicar analógicamente los criterios que para el peligro de la mora procesal recoge la legislación procesal en materia de medidas cautelares (lo que permitiría mayor flexibilidad y abrir la vía de los simples daños hipotéticos).

El perjuicio del que aquí se está tratando depende exclusivamente, además de la propia naturaleza del usufructo de dinero, de quiénes sean los herederos de ese usufructuario, es decir, de que los legitimarios finalmente lleguen a ser en un futuro incierto deudores y acreedores de sí mismos. Pero esa condición de herederos del viudo no la ostentan ni desde el inicio del usufructo ni mientras éste dura, sino, exclusivamente, desde que el usufructo se extingue. Hasta que no se abra la sucesión del viudo no se evidenciará si los nudo propietarios legitimarios del primer causante han pasado a ostentar además la condición de herederos legales o testamentarios del usufructuario, y además será precisa su aceptación. Mientras el viudo aún viva, no habrá perjuicio efectivo alguno, sino un puro perjuicio hipotético, incierto o aleatorio, que, si se siguieran por analogía las normas de la responsabilidad civil sobre perjuicios, resultaría insuficiente para fundamentar la exigencia de fianza. Si el criterio fuera algo similar al mucho menos rígido empleado en la adopción de medidas cautelares en el procedimiento civil, el de la mora procesal, (conforme al art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «*situaciones que impidieren o dificultaran la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una futura sentencia estimatoria*»), sí sería posible que sea admitiere el afianzamiento como puras medidas preventivas de un daño que no es seguro, pero sí probable o al menos posible. Lo único que podría plantearse es hasta qué punto habría perjuicio por la mera eventualidad de que en un futuro pudiera extinguirse la deuda por motivos que ni siquiera dependen por completo de ninguno de los interesados, pero que pueden suceder con cierta probabilidad. Más razonable podría ser prescindir de todo ello y entender que ya hay

suficiente perjuicio por la propia circunstancia del usufructo de dinero que forma parte del caudal relicto transfiera la propiedad al usufructuario sin control alguno, pero ello, como se desprende de la jurisprudencia menor, no parece ser suficiente.

La jurisprudencia no despeja la duda. La única sentencia de interés dictada por el Tribunal Supremo sobre la fianza en el usufructo, la de 3 de octubre de 1979 (Ponente: BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO), resulta de escasa ayuda. Por otra parte, si bien declara que procede la fianza porque *«la exigencia que el artículo 467 del Código impone a todo usufructuario, que tiene que conservar la forma y sustancia (en este supuesto, el derecho de caza), para que al cesar en su titularidad, pueda revertir íntegramente al propietario del mismo, impidiendo que esta reversión sea puramente ilusoria»*, también añade que *«salvo que concurra alguna de las excepciones que el precepto permite, como tipos de usufructo de disposición»*. Si no es exigible la fianza en el usufructo con facultad de disposición, en el que el usufructuario queda exonerado de la obligación de conservar la forma y sustancia, pese a que no se transmite la propiedad, con más razón no será exigible en el usufructo de cosas consumibles, en el que tampoco hay obligación de conservar la forma y sustancia y además se transmite la propiedad. Si el usufructuario no tiene obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa ni, en sentido estricto, de restituirla, puesto que la obligación de restitución es sólo de los herederos, la fianza no procedería. Se enfoque como se enfoque, es más que problemática la prosperabilidad de la pretensión de que el viudo usufructuario universal vitalicio afiance cuando ha sido exonerado por el testador.

Por lo demás, según la doctrina, la fianza no es requisito para la adquisición o eficacia del usufructo, sino una simple obligación, que podrá exigirse por vía judicial. Tendría muy escasa eficacia práctica en el caso del viudo ante el carácter extremadamente volátil del dinero. El cónyuge supérstite no sólo está casi siempre exento de inventario (por disposición legal o testamentaria), lo que propicia la ocultación de bienes. Además suele estar en posesión efectiva de éstos, pues para que ostente su derecho a la cuota viudal es indispensable que no esté separado del causante ni siquiera de hecho, y también es cláusula de estilo que se faculta al viudo, cuando no se le instituye heredero, para tomar posesión por sí del legado. Para cuando se dictara la orden judicial de afianzamiento, el dinero podría haber desaparecido ya.

La conclusión, por tanto, es que los hijos o descendientes comunes se ven privados de esa legítima del testador que les correspondería. Sólo quienes hayan ejercitado su derecho a no conformarse con el usufructo universal en la primera herencia verán salvada su cuota, pero ésta se verá reducida a lo que les corresponda por legítima estricta y en cualquier caso ello ni siquiera solucionará el problema cuando toda la herencia consiste en dinero. Y si los hijos no han hecho uso de ese derecho, que es lo más habitual dados los vínculos

familiares, se verán afectados por la pérdida de la totalidad de la legítima. Pero, realmente, el riesgo se extiende a cualquier dinero que forme parte del caudal hereditario y que haya sido atribuido al viudo en usufructo, cuando hay descendencia común.

Evidentemente, este mecanismo de extinción de la deuda que ocasiona la pérdida definitiva del dinero se aplicaría a todos los usufructos de dinero vitalicios sin fianza, con independencia del problema de la solvencia o de los vínculos familiares. Si en cualquier usufructo de dinero hay que devolver el capital al nudo propietario al finalizar el plazo del usufructo, y éste es vitalicio, la deuda de dinero se transmite a los herederos del usufructuario fallecido, por lo que basta con que el nudo propietario sea a su vez heredero *ab intestato* o testamentario del usufructuario causante para que la deuda se extinga por confusión. La posibilidad de que ello suceda en la vida jurídica resulta remota cuando no se trate de padres e hijos, como no fuera que una simple causalidad haga coincidir al nudo propietario con el heredero o bien que ello responda a una intención deliberada del usufructuario, que instituya heredero a su nudo propietario con el propósito de que nadie responda de la devolución del dinero tras la muerte, para lo cual haría falta evidentemente que esa segunda herencia fuera aceptada.

Sin embargo, si se trata del viudo y la descendencia común no hace falta ni una extraña coincidencia ni una improbable voluntad deliberada; ni siquiera es preciso que el usufructuario otorgue testamento o tenga ánimo fraudulento. Cotidianamente se dictan testamentos con usufructos viudales universales, raro es el patrimonio relicto en el que no aparece dinero, y nada más corriente en la vida jurídica que la descendencia común de dos cónyuges bien avenidos herede a ambos. No hace falta ni mala fe ni recurrir a artificiosos subterfugios defraudatorios.

El riesgo efectivo de extinción de la deuda derivada del usufructo de dinero en los usufructos vitalicios viudales por vía de confusión no parece haber sido detectado por la doctrina española. Sólo consta la opinión sucintamente expuesta por HERNÁNDEZ GARCÍA (70), para el caso concreto del usufructo de dinero en Derecho aragonés conforme a la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico-Matrimonial y Viudedad, cuyo artículo 117, con técnica discutible, dispone lo siguiente:

*«El viudo tendrá derecho a los intereses que produzca el dinero. También podrá disponer de todo o parte del mismo. En este caso, el viudo o sus herederos habrá de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto».*

Aparte de que HERNÁNDEZ GARCÍA no se refiere explícitamente a la extinción de la deuda, no se trata de un caso necesariamente extrapolable

---

(70) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *op. y loc. cit.*, págs. 229-230.

al Derecho Común. La regulación de la viudedad aragonesa es diferente a la contenida en el Código Civil, y el usufructo de dinero de la Ley 2/2003 tiene régimen jurídico propio y es discutible hasta qué punto resulta supletorio el Derecho Común. Pero, en cualquier caso, el resultado final de difícilmente remediable perjuicio para los descendientes comunes nudo propietarios del dinero usufructuado por el cónyuge supérstite no es muy distinto al que se ha analizado en el Código Civil, pues este autor afirma que la obligación de prestar fianza cuando lo exijan los nudo propietarios está supeditada a que no exista disposición contraria del muerto, que será lo más frecuente.

Entre las posibles soluciones a un resultado tan anómalo, queda descartada la del reparto del dinero usufructuado. Ni el usufructuario ni el nudo propietario pueden imponer de forma unilateral el reparto de la cosa usufructuada, aplicando las reglas de la división, puesto que, evidentemente, no son condóminos y, además, como sostiene MONSERRAT VALERO, el Código Civil al contemplar el problema del usufructo de una suma de dinero nunca lo resuelve repartiéndola entre nudo propietario y usufructuario (71). Suponiendo que la suma usufructuada constituyera la totalidad del caudal relicto, tampoco parece viable que, como es el sistema habitual para evitar usufructos potencialmente conflictivos, se acepte la conmutación de la cuota usufructuaria por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo procediendo de común acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial o conforme al artículo 839 del Código Civil. Según este artículo, la iniciativa corresponde a los herederos, pero su ejecución depende de la conformidad del cónyuge supérstite y subsidiaria decisión judicial. Desde el punto de vista práctico no es de esperar que tal pretensión pudiera encontrar favorable acogida en el usufructuario, porque la cuestión fundamental del cálculo del valor del usufructo es poco menos que insoluble, y no es posible conjeturar cuál podría ser la solución judicial en caso de desacuerdo.

En efecto, en la práctica jurídica se utiliza cotidianamente a efectos civiles la fórmula fiscal de valoración del usufructo vitalicio prevista para el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, la cual atribuye al usufructo un determinado porcentaje del valor de la propiedad plena. Esa fórmula parte de la variable de la edad del usufructuario en el momento de constitución del usufructo que sea persona física (a mayor edad, menos valor fiscal al usufructo), y el valor resultante suele emplearse también en los cálculos civiles; por ejemplo, para fijar el precio en caso de venta del derecho de usufructo. Ciertamente, la circunstancia de que la normativa tributaria establezca unos criterios a efectos de pago del impuesto no afecta a la sustantividad civil del propio derecho, ni a la autonomía de las partes, pero lo cierto es que suele acudir a esos criterios fiscales, a falta de alternativa de valoración razonable y porque

---

(71) MONSERRAT VALERO, A., *op. y loc. cit.*, pág. 422.

resulta muy equitativo. El criterio de reparto del valor de la propiedad plena entre nudo propietario y usufructuario en función de la edad de éste no presenta especial dificultad en la mayoría de los bienes, pero sí cuando se trata de dinero. En el caso del dinero el usufructuario siempre saldrá perdiendo si se aplica el criterio fiscal frente al civil de considerarlo propietario de la totalidad. Por ejemplo, si el usufructuario fuera de edad avanzada, fiscalmente la valoración de su usufructo podría llegar a ser sólo del 10 por 100 del capital usufructuado, mientras que civilmente sería propietario de todo. Ante posiciones tan distanciadas, la posibilidad de llegar a una solución razonable por vía de convenio parece remota.

Finalmente, y a propósito de la valoración fiscal del usufructo de dinero (72), es interesante resaltar una consulta tributaria según la cual el criterio que debe seguirse para el cálculo de la base imponible en un usufructo de dinero es el mismo que en cualquier otro usufructo, es decir, que a efectos tributarios no se aprecia particularidad alguna cuando el objeto usufructuado consista en dinero. Se trata de la Resolución de la Dirección General de Tributos, número 166/2005, de 20 de abril [ARANZADI JUR 2005/119830], a cuyo tenor: «*En cuanto a si el dinero debe figurar a nombre de la madre o también a nombre de los hijos, dado que estamos ante un supuesto de dominio desmembrado, ambas partes deben figurar según su título, la madre como usufructuaria y los hijos como nudo propietarios*» (73). Además, esta Resolución, para atribuir los rendimientos del capital al usufructuario a efectos de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cita el artículo 471 del Código Civil, según el cual el usufructuario tiene derecho a disponer de todos los frutos naturales, civiles e industriales de los bienes usufructuados, omitiendo, significativamente, el artículo 482 del Código Civil sobre usufructo de

---

(72) Sobre la aplicación de la normativa fiscal en el caso de usufructo viudal que recaiga sobre dinero en Derecho aragonés, vid. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *op. y loc. cit.*, pág. 228.

(73) Resolución de la Dirección General de Tributos, número 166/2005, de 20 de abril [ARANZADI JUR 2005/119830]. Si la constitución del usufructo se realiza sin contraprestación, está sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por el concepto de «*adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e intervivos*», según prevé el artículo 3.1.b) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. El párrafo segundo de la letra a) del artículo 26 de la citada Ley establece que «*en los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, minorando a medida que aumenta la edad, en la proporción de un 1 por 100 menos por cada año más con el límite mínimo del 10 por 100 del valor total*». En consecuencia, según esta Resolución, la base imponible del impuesto, es decir, en lo que se valora el usufructo constituido, estará constituida por la cuantía resultante de aplicar el porcentaje correspondiente según la regla anterior al importe del dinero objeto del usufructo, por lo que habrá que tener en cuenta la edad de la madre en el momento de constitución del usufructo. De forma simplificada dicho porcentaje será el resultado de restar la edad de la madre usufructuaria la cifra 89 (con un mínimo del 10 por 100).

cosas consumibles. Desde el punto de vista fiscal, por tanto, parece que hoy día no se considera al usufructuario como propietario del dinero, sino usufructuario ordinario. Un ejemplo más de discordancia entre la legislación tributaria y la civil, pero con graves consecuencias para el nudo propietario, que estaría obligado a tributar desde el inicio del usufructo como si fuera nudo propietario del dinero cuando realmente es un simple acreedor con crédito de difícil cobro. El contraste es también grande con el criterio tributario vigente en el momento en que se dictó el ya citado Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 20 de noviembre de 1964, según el cual el nudo propietario de dinero sí tenía la consideración fiscal de acreedor.

## 5. CONCLUSIONES

Si se usa conforme a su destino natural, todo dinero usufructuado tiende a desaparecer del patrimonio del usufructuario, quien pasa a ser propietario del dinero al menos desde la consumición, y el crédito de restitución que ostenta el nudo propietario, exigible al extinguirse el usufructo, dependerá para el cobro efectivo de la solvencia del usufructuario. La doctrina no es mayoritariamente partidaria de que el usufructuario de cosas consumibles, entre las cuales se incluye el dinero, esté obligado a garantizar la diligente administración de las cosas consumibles usufructuadas, y la jurisprudencia menor que ha empezado a dictarse respecto del caso concreto del usufructo de dinero está dividida en dos grandes sectores, con similar número de sentencias, una de las cuales afirma que el usufructuario puede disponer libremente del dinero, sin dar cuenta alguna al nudo propietario ni ser sometido a restricción o garantía alguna.

Sin embargo, ni el riesgo de la insolvencia ni el de la depreciación monetaria es el más importante en caso de dinero usufructuado por el viudo cuando existe descendencia común. Suponiendo el caso muy frecuente de que un testador otorgue testamento de Derecho Común con usufructo viudal universal, y exista descendencia común, los descendientes, verán como se extingue definitivamente por confusión la deuda de restitución del dinero usufructuado como consecuencia de coincidir en ellos la condición de herederos de ambos cónyuges. No es ya una cuestión de solvencia, sino de desaparición legal del crédito. Para que resulte esa consecuencia, que alcanzará a todo aquel dinero que conste en la masa hereditaria del testador inicial que haya sido gastado por el usufructuario, incluyendo el que forme parte de la cuota legitimaria de los descendientes del testador, es indispensable que los herederos del usufructuario sean los descendientes comunes de éste y el testador, lo que es precisamente, el caso más habitual.

Se han examinado todas las posibles soluciones: exigencia de fianza al viudo, aplicación del régimen de los artículos 494, 507 ó 520 del Código

Civil, aceptación por los legitimarios de la herencia del usufructuario a beneficio de inventario, o conmutación de la cuota viudal usufructuaria. Ninguna de ellas resulta satisfactoria en el caso del dinero, puesto que incluso es posible que la fianza prestada por el viudo usufructuario, en los escasos supuestos en que sea posible exigirla, se extinga junto con la deuda principal de restitución. En conclusión, no se vislumbra remedio alguno para impedir que el nudo propietario de dinero lo pierda definitivamente, cuando ese dinero es usufructuado por el progenitor viudo como consecuencia de un usufructo testamentario instituido por el otro progenitor premuerto. Mientras se trate de descendencia común, haya dinero en la herencia, y el nudo propietario sea heredero del testador inicial y del viudo usufructuario, no se encuentra fórmula legal para evitar la pérdida total o parcial o del dinero que forme parte de la legítima, si el viudo decide gastarlo a su conveniencia, sin necesidad alguna de mala fe por parte de ninguno de los interesados. La única posibilidad sería que todos los tribunales decidieran acoger de forma unánime unas construcciones doctrinales sobre el usufructo de dinero que en estos momentos no son admitidas más que por algunas Audiencias Provinciales.

Pero, con independencia de que ese criterio no sea el mayoritario en la jurisprudencia menor, lo cierto es que tampoco, desde el punto de vista teórico parece que sea el más acorde con la legislación vigente sobre usufructo de dinero. De *lege data* el usufructo de dinero parece ser precisamente así de anómalo, como afirma la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 8 de febrero de 2002: «*es el propio ordenamiento jurídico el que consiente la destrucción y consunción de la cosa para imponer al usufructuario la obligación de devolver el tantundem*».

Cuestión distinta es si la regulación actual sobre el usufructo de dinero, además de confusa e insuficiente, es o no conforme con la justicia material. En el caso concreto de los usufructos viudales, evidentemente no, puesto que se derivan resultados especialmente absurdos y contrarios al propio principio de intangibilidad de la legítima, fundamental en Derecho sucesorio. En cuanto al resto de usufructos de dinero, aunque no resulte afectado un principio de tal relevancia en nuestro ordenamiento, es indudable que la desprotección del nudo propietario es excesiva. En aras de la seguridad jurídica y de la protección efectiva de los derechos del nudo propietario, muy especialmente cuando es legitimario, parece aconsejable una reforma legislativa. De *lege ferenda* podría tomarse como referencia el Derecho catalán para una futura regulación del usufructo de dinero, preferiblemente conforme a los criterios de la versión de la derogada Ley 13/2000, en vez de los de la vigente Ley 5/2006.

RESUMEN

USUFRUCTO

*En el usufructo de dinero en Derecho Común, una corriente de la jurisprudencia menor, conforme al criterio de un amplio sector doctrinal, considera que el usufructuario está facultado para disponer a su arbitrio del dinero usufrutuado sin concertar su destino con el nudo propietario, ni rendirle cuentas, ni prestar fianza salvo que el propio título constitutivo la exija, lo cual será infrecuente en caso de usufructos hereditarios, con la consiguiente desprotección del nudo propietario. Todo dinero usufrutuado, usado conforme a su destino natural, tiende a desaparecer del patrimonio del usufructuario, quien pasa a ser propietario al menos desde la consumición, de modo que el crédito de restitución del nudo propietario, técnicamente simple acreedor, es exigible sólo al extinguirse el usufructo, y por tanto dependerá, para el cobro efectivo, de la solvencia del usufructuario y de sus herederos. Ahora bien, en caso de usufructo viudal, si existen descendientes comunes del causante y del viudo usufructuario, el crédito de restitución resultará inexigible en sentido estricto, no ya por insolvencia, sino al extinguirse legalmente por confusión, al coincidir en esos descendientes la condición de acreedores y deudores de ese crédito. Para que se derive esa consecuencia, que alcanza a todo dinero que figure en la masa hereditaria del causante inicial que haya sido gastado por el viudo usufructuario, incluyendo el que forme parte de la cuota legitimaria de los descendientes del cónyuge primeramente fallecido, basta con que los herederos del viudo usufructuario sean descendientes comunes de éste y del premuerto, lo que es, precisamente, el caso más habitual. De este modo, los legitimarios hijos o descendientes pueden ver afectadas sus legítimas de modo grave e*

ABSTRACT

USUFRUCT

*Regarding the usufruct of money under common law, a minor current of jurisprudence, pursuant to the criterion of a broad sector of doctrine, considers that the usufructuary is empowered to dispose of the money at issue however he wishes, without having to reach any arrangement with the owner as to the money's intended use, and without having to render any accounts to the owner or furnish any deposit save that which the constitutive title itself requires (which would be infrequent in the case of hereditary usufructs), with the ensuing lack of protection for the owner. All money subject to usufruct, used pursuant to its natural purpose, tends to vanish from the patrimony of the usufructuary, who becomes an owner at least as of the time when the money is consumed, such that the credit to be returned to the money's original owner (technically a mere creditor) is exigible only at the end of the usufruct. Effective collection will therefore depend upon the solvency of the usufructuary and his heirs. Now then, in the case of a widowed spouse's right of usufruct in the deceased spouse's estate, if there are common descendants of the deceased and the usufructuary widowed spouse, the credit to be returned will prove not to be exigible in the strict sense, not due to insolvency, but rather because it will have become legally extinguished by confusion, whereas said descendants are both the creditors and the debtors of said credit. In order for this consequence to take place—as it does with all money in the assets of the first-deceased spouse's estate that has been spent by the usufructuary widowed spouse, including the money forming part of the portion reserved for the descendants of the spouse who dies first—it suffices for the heirs of the usufructuary widowed spouse to be*

*irreversible: con la pérdida definitiva, en todo o en parte, del dinero que forma parte de su porción, en beneficio del cónyuge usufructuario, sin que sea preciso que concurra mala fe o ánimo fraudulento del cónyuge premuerto o del viudo. Como ninguna solución de lege data resulta satisfactoria, parece aconsejable una reforma legislativa, pues la regulación vigente en Derecho Común sobre usufructo de dinero no garantiza la intangibilidad de la legítima ni, en general, los derechos del nudo propietario. De lege ferenda podría tomarse como referencia para una futura regulación el Derecho catalán, preferiblemente conforme a los criterios de la derogada Ley catalana 13/2000.*

*common descendants of said spouse and the predeceased spouse, which is exactly the most often-occurring case. Thus, the children or other descendants for whom a portion of the estate should be reserved may find their reserved portions affected seriously and irreversibly: with the definitive loss of all or part of the money forming part of their portion, to benefit the usufructuary spouse, without there necessarily being any bad faith or fraudulent intent attendant on the part of the predeceased spouse or the widowed spouse. Since no de lege data solution proves satisfactory, legislative reform would appear advisable, because the regulation in force in common law regarding money in usufruct does not guarantee the intangibility of the reserved portion or, in general, the rights of the owner. De lege ferenda, Catalan law could be taken as a reference point for future regulation, preferably pursuant to the criteria of Catalan Act 13/2000, now repealed.*

*(Trabajo recibido el 14-02-08 y aceptado para su publicación el 20-03-09)*



# El menor ante la nueva realidad jurídica

por

SOL GONZÁLEZ SEOANE  
*Profesora Colaboradora de la USP CEU*

## SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
- II. PROBLEMA TERMINOLÓGICO.
- III. EL MENOR EN LA FAMILIA. PERSPECTIVA JURÍDICA DE LA FAMILIA.
- IV. EL BIENESTAR DEL MENOR COMO OBJETIVO BÁSICO.
- BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

Henri Charlier distinguió certeramente dos aspectos fundamentales de los cambios apreciados en la humanidad durante los últimos siglos. De una parte, el progreso de los conocimientos técnicos y de las ciencias propiamente dichas, en las que se nota un avance general, lento, a veces, incluso, podría decirse que inmensamente tardo, en las primeras edades y para ciertos pueblos; muy rápido hoy entre nosotros. De otra, el cambio en los modos de pensar y en el valor moral del hombre, en donde el progreso, lejos de ser casi continuo como en el primer caso, es mucho más parecido en su representación a la hoja de temperatura de un enfermo. Hay épocas de moralidad buena y otras en que es detestable.

Y, en todas las épocas, sociedades de costumbres puras y otras que no lo son. Igual ocurre con el pensamiento: desde hace más de un siglo nuestros

intelectuales nos han querido hacer creer que los dos aspectos de la civilización iban a la par. Hoy se percibe que nada hay de esto.

Escribía Vallet de Goytisolo que «a los juristas —*jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum nititia*— nos toca luchar por evitar que, en nuestro campo, se pierda el conocimiento total y profundo del mundo y del hombre» única pauta posible del bien común por reconquistar aquella parte de esos conocimientos que pudiéramos haber perdido ya ... aunque, por ello, tengamos que sufrir el sambenito de que se nos llame retrógados.

Cabría formular una pregunta muy simple en apariencia. Es ésta: ¿Qué es el progreso? La palabra progreso se emplea en un doble significado: en primer lugar, como «ley del progreso» en la naturaleza; pero tal ley no es sino una mera confusión de pensamientos engendrada por la unión antinatural de la creencia que tiene el hombre de ser superior ante la naturaleza y de su convicción de que no es más que una parte de la naturaleza. Si cualquiera de estas dos creencias es verdadera, la otra es falsa. De tal suerte, que no es posible combinarla para producir una consecuencia lógica.

En su obra «L'homme contre lui même» Marcel de Corte escribe que «nadie efectivamente puede suministrar ni una sombra de prueba de que existe un progreso universal. Nadie puede demostrar que el progreso va hacia lo mejor. La razón es sencilla, clara y precisa: si nosotros nos hallamos englobados en tanto que estamos en la tierra, en un progreso universal y total, no es rigurosamente imposible hallar un solo punto de referencia gracias al cual pudiéramos juzgar si hay proceso. El progreso, sólo puede constatarse con referencia a un punto fijo. Siendo así, que por la propia hipótesis, no puede haberlos».

Un segundo sentido de la palabra progreso aplicada a la historia, se refiere al progreso histórico como realidad a juzgar en cada supuesto. A juicio de Collingwood la comprobación de su logro requiere el siguiente análisis: «si el pensamiento en su primera fase, después de resolver los problemas cruciales de esa fase y luego, mediante la solución de estos, se enfrenta a otros que lo derrotan; y si la segunda fase resuelve estos problemas posteriores sin perder el dominio de la solución de la primera, de modo que halla un beneficio sin ninguna pérdida correspondiente, entonces ha habido progreso. Y no puede haber progreso en ningún otro sentido. Si hay alguna pérdida, el problema de contraponer lo que se pierde a lo que se gana, es una cuestión insoluble.

Al hilo de estas consideraciones se proclama hoy en nuestro país la necesidad de una profunda reforma de nuestras leyes civiles en materia de Derecho de Familia. Desde la rotunda afirmación de un Derecho Civil «progresista», se hace hincapié, por ejemplo, en la urgente necesidad de legalizar (más bien, «matrimonializar» las uniones de hecho). E, incluso más allá, dar carta de naturaleza, matrimonial, naturalmente, a las uniones homosexuales. El paso se dio mediante la Ley de 1 de julio de 2005. La propuesta gubernamental fue

inequívoca: equiparar las uniones homosexuales al matrimonio, otorgándoles el derecho a la adopción. En la Exposición de Motivos de la Ley citada se lee que «la historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover». Y, desde luego, a fe que tal discriminación ha sido removida.

No se nos oculta que estamos ante una solución delicadísima, una cuestión que está siendo objeto de seria discusión en buena parte de los países de la comunidad internacional de nuestro entorno. Ello porque afecta al corazón de la sociedad: la familia.

La clase política en el poder (y en cierto modo, también oposición) se deja llevar mansamente por las corrientes de un progresismo jurídico que tiene no poco de irreflexivo. Se ha actuado con prisa increíble, con inexplicable celeridad. Lo cual ha repercutido negativamente en el contenido normativo de la Ley. Se aprecia, como ha escrito el Profesor García Cantero, un notable deterioro de la habitual técnica legislativa utilizada para modificar un texto legal, venerable por secular, como es el Código Civil. Hemos escrito que el progresismo jurídico peca de reflexivo. Lo mantenemos por lo que tiene de peligroso. No se pueden violentar los ejes de la institución familiar, so pena de poner en riesgo a la propia sociedad. Sírvanos de ejemplo lo acontecido recientemente en Francia. Allí la izquierda francesa mantiene un vivo debate con ocasión del desafío que el alcalde de Bègles, Noël Mamère, presentó al Estado anunciando la celebración de una «boda Gay» para el pasado mes de junio. La respuesta de la Mesa Nacional del Partido Socialista Francés a tal desafío ha sido la propuesta aprobada sin votación. En cambio no ha prosperado otra propuesta de reforma legal para permitir a tales uniones la adopción de niños y la patria potestad conjunta. Aquí se impuso la cautela. Portavoces socialistas muy cualificados manifestaron que la idea estaba poco pensada y lamentaron que el PS hubiera hecho del matrimonio gay una prioridad artificial.

¿Se camina en España por derroteros análogos a los franceses? Así parece. No obstante, lo que está en cuestión es un problema de valores. Es lo cierto que, en nuestro país, la familia sigue funcionando relativamente bien y que no conviene hacer experimentos con ella. Estadísticas oficiales, hechas públicas recientemente por el Instituto Nacional de Estadística ofrecen datos dignos de reflexión serena. Por ejemplo: las parejas de hecho ya tienen cifra oficial (563.723). Verdad es que es una cifra sujeta a limitaciones porque no puede saberse si todos los ciudadanos que optaron por esa forma de convivencia lo han reflejado en los cuestionarios. Quizá la cifra sea más baja que la real. Otros piensan, por el contrario, que la cifra cuadra perfectamente con otros datos extraídos de macroencuestas anteriores. Así lo puntualiza Gerardo Meil, autor del estudio «Las uniones de hecho en España», CIS, 2003. Frente a esto, la cifra de matrimonios es de 8,9 millones de parejas casadas. El INE

incluye dentro de estas «parejas de derecho» a las formadas por personas casadas aunque no lo estén entre sí, ya que resultan indistinguibles a efectos estadísticos. De otra parte, el INE ha contabilizado por vez primera en el censo de 2001 las parejas homosexuales que conviven. Pero sólo ha incluido a aquéllas que voluntariamente ha revelado datos sobre su relación de pareja. Han aflorado 10.474 uniones del mismo sexo. La mayoría, 6.855 son de hombres. Las parejas femeninas censadas ascienden a 3.619. Sigamos con las estadísticas: al finalizar 2005 habían contraído matrimonio homosexual menos de 350 parejas.

En todo caso el estudio de la evolución de las parejas de hecho, desde mediados de los años ochenta revela que esta forma de convivencia está en alza en España. No obstante la proporción es más baja que en otros países europeos. Finlandia y Noruega, con un 23 por 100 de parejas no casadas figuran en los primeros lugares.

Resulta curioso destacar esto: mientras que en Francia el debate sobre uniones de hecho y parejas homosexuales (y posibilidad de que tales puedan adoptar) se ha ralentizado, en España, por el contrario se dio un impulso rápido e inmediato a la cuestión. El destacado socialista francés Lionel Jospin ha dicho algo muy claro y sensato: «se puede respetar la preferencia amorosa de cada uno sin institucionalizar automáticamente las costumbres».

El citado Jospin, asombrado de que en la izquierda los tabúes no siempre están donde cabría esperar, afirmó que «se esboza una nueva tentación bien-pensante, incluso un temor a ser acusado de homofobia, que podrían impedir que el debate se desarrolle honestamente. Pero se puede reprobar y combatir la homofobia y a la vez no ser favorable al matrimonio homosexual, como es mi caso» (*Le Journal du Dimanche*, 16 de mayo de 2004).

En el mundo actual pocos son ya quienes hablan de bien y de mal. En realidad nadie con aspiraciones intelectuales suscita esta contraposición. Hoy se habla de valores. Las Constituciones se conciben como ordenamientos de valores. Incluso recientemente el primer ministro inglés ha declarado que la OTAN no debe defender territorios sino valores, ahora bien el discurso sobre los valores entraña profundas dosis de ambigüedad. Remitirse a ellos resulta trivial en ocasiones o peligroso en otras. El número de cosas que apreciamos y aborrecemos en común, en las sociedades modernas y desarrolladas, ha descendido, en relación con formas de vida más antiguas. También puede expresarse positivamente el mismo hecho, diciendo que ha aumentado la diversidad de las formas de vidas, de las convicciones y valoraciones. En definitiva, un relativismo dominante por completo.

Se habla de pluralismo y es este un concepto que en principio, posee connotaciones positivas. Más también en las sociedades pluralistas existe un contingente irrenunciable de aspectos comunes. Es preciso tomar conciencia clara de que el pluralismo tiene un precio. Y el del pluralismo total es

demasiado elevado. Destruiría cualquier cultura desarrollada y haría imposible la convivencia de los hombres. Existen, con todo, determinadas valoraciones cuya aceptación general resulta irrenunciable en una sociedad pluralista. A ellas pertenecen la estimación de la tolerancia. Queremos decir, el respeto de las ideas y de la libertad personal de todos y cada uno de los ciudadanos. Incluso en el caso de que sus convicciones, valoraciones y formas de vida discrepen de las propias. Este respeto encuentra su expresión en el Derecho, por supuesto, en un ordenamiento jurídico liberal. Es el Derecho el que independiza, hasta cierto punto, al individuo del respeto voluntario y de la tolerancia, e incluso de la consciencia de sus conciudadanos, al obligarle a respetar esta esfera de libertad. De sobra es sabido que cualquier ordenamiento jurídico es un ordenamiento coercitivo en la medida en que sólo así se puede garantizar la libertad de todos. Las leyes obligan a la obediencia, también a aquellos que no están conformes a su mandato. Suena desagradable, pero lo mismo puede expresarse que las leyes del Estado de Derecho no prescriben que uno esté de acuerdo con las valoraciones que constituyen su fundamento.

Lo dicho hace referencia a situaciones familiares o parafamiliares que constituyen los diversos ámbitos convivenciales del menor. De entre dichos ámbitos, algunos de cuyos rasgos serán aludidos, entendemos que el de la familia matrimonial es, sin disputa, el más idóneo.

Cabe recordar que «un hijo es una pregunta que le hacemos al destino. Un niño es una estrella a lo lejos del camino, una palabra muy breve que tiene un eco infinito».

## II. PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Utilizaremos el término menor sólo para no crear confusión. Sin embargo, de los tres términos usados comúnmente en la doctrina —menor, niño e infancia—, resulta este último el más jurídico y exacto. Menor implica, gramaticalmente, idea de negación o limitación. Menor responde a «más pequeño», a algo que es menos que otra cosa de la misma especie. Menor encierra, pues, una cierta minusvalía en relación a «los mayores». De otra parte, en la realidad social se es niño, adolescente o joven. De ordinario ningún menor dice de sí «soy un menor». Y si lo dice es para escudarse en la circunstancia. Creemos que no es de recibo iniciar un estudio, el estudio del menor, negando, con el nombre, derechos. Los indiscutibles derechos del que aún no ha llegado a ser mayor. Sin olvidar que el término menor tiene una connotación de cierta pasividad, de persona receptora de protección. El término no conlleva idea de desarrollo, de situación evolutiva. Se es menor como se es enano y así resulta difícil pensar en su crecimiento.

Pero también «niño» denota inferioridad. En el lenguaje usual se emplea niño como vocativo para denominar —o, más bien, para denostar— a una persona que no es niño. Aplicado a la persona de quien se habla suele implicar claro desprecio. De quien no razona se dice que es un niño. Por consiguiente, nada tiene que ver la edad con el término.

En cambio, «infancia» es directamente alusivo al estado del niño. Se refiere siempre a los primeros tiempos de la vida. Y no sólo de la vida de una persona sino también de instituciones, sociedades, pueblos y naciones.

Más, sobre todo, la palabra infancia rezuma Historia y Derecho. El «infans» es el que no puede hablar o quien aún no habla correctamente. Durante los primeros siglos de la historia de Roma, la «infancia» se debió limitar de hecho a este periodo variable. Desde el siglo V el «infans» era todo aquel que aún no había alcanzado los siete años. Desde el fin de la República, la duración de la «infantia» se fijó en los siete años.

El término infancia comprende, en sentido estricto, ese primer período de la vida humana que se inicia con el nacimiento y concluye a los siete años de edad. Ahora bien, desde una perspectiva amplia, se extiende al subsiguiente ciclo de la niñez o puericia y puede llegar, generalmente, hasta que se cumplen los doce o catorce años de edad.

Y, sin embargo, el término menor es el tradicionalmente usado por juristas, singularmente penalistas y civilistas.

Por otro lado, el Derecho Canónico siempre ha precisado mejor la minoría de edad. El canon 97 del vigente Código de Derecho Canónico establece lo siguiente:

*«1. La persona que ha cumplido los dieciocho años es mayor; antes de esa edad es menor.*

*2. El menor, antes de cumplir los siete años, se llama infante y se le considera sin uso de razón; cumplidos los siete años se presume que tiene uso de razón».*

En definitiva, «menor», «niño» e «infancia» van a ser empleados indistintamente. Aunque hemos advertido la inconveniencia del término menor.

### III. EL MENOR EN LA FAMILIA. PERSPECTIVA JURÍDICA DE LA FAMILIA

No es fácil hoy ofrecer un concepto jurídico exacto de familia. Ello es debido a la pluralidad de fenómenos sociales que tienen algún elemento en común con aquellos datos que, en diversas culturas, fueron considerados e incluidos en el ámbito familiar. Hoy distinguimos familia y «parafamilias»,

es decir, fenómenos socioculturales análogos, miméticos o susceptibles de ser designados con esa misma palabra.

La familia, como es sabido, es una institución natural y universal anterior al Derecho positivo. No es un producto de la realidad jurídica. Existe sin la ley. Es natural porque el individuo aislado no se presenta en el mundo histórico. La persona individual es ya el fruto de la unión de dos personas, hombre y mujer. Tal vez podríamos preguntarnos hoy: ¿hasta cuándo será así? La generación y la vida en los primeros años son opuestas a la consideración del individuo aislado. Considerado aisladamente el individuo, es imperfecto e insuficiente para realizar sus propios fines.

Ni siquiera habría coincidencia en la definición de las funciones esenciales que ha de cumplir la familia.

Existe hoy un notable confusionismo lingüístico. Un confusionismo tal que ha permitido denominar a la familia, por ejemplo, matrimonio; a éste, sociedad, a la sociedad conyugal, unión de derecho, al amancebamiento, unión de hecho..., etc. Y clasificar también a cualquiera de estas situaciones como legales o ilegales y atribuir cualquier de estas denominaciones a fenómenos convivenciales protagonizados entre personas del mismo sexo. Únase a ello postulados de política legislativa cada vez más en auge, en los que de cualquiera de estas situaciones se pretende derivar derechos asistenciales, capacidades de adopción o desgravaciones fiscales..., etc.

Para nadie es un secreto la complejidad de la institución familiar. Es evidente, asimismo, que las formas legales de familia adoptan múltiples configuraciones en diversas culturas y épocas. Formas legales cuya inserción en la vida individual y colectiva es solidísima y variadísima.

Señala Max Weber, en su obra *«Economía y sociedad»*, que «nos aparecen hoy como esencialmente “primordiales” las relaciones entre padre, madre e hijos establecidas por medio de una comunidad sexual duradera... Como institución social el matrimonio nace en todas partes en primer lugar en contraposición a otras relaciones sexuales que no se consideran matrimoniales».

De otro lado, la familia se muestra siempre especializada en funciones sociales esenciales para la existencia individual y para la organización colectiva. No obstante, pese a todas las variedades y connotaciones observables, cabe apreciar una inconfundible identidad, una misma línea que mira básicamente a la producción de nuevos individuos y a su crianza y protección hasta el momento en que pueden valerse por sí mismos.

Y sin embargo... sin embargo, paradójicamente la teoría jurídica de la institución familiar es privilegiada en cuanto motivo y fuente de confusionismo.

En la dimensión horizontal de las funciones asumidas por la familia encontramos los derechos individuales para constituir o pertenecer a una familia: el «status social», las peculiaridades culturales y tantas otras cosas. En su

dimensión de profundidad, vertical, la familia sirve como condicionante de las disposiciones generales para crear nuevos individuos y mantenerlos seguros mientras adquieran aptitudes de comunicación y los recursos imprescindibles para el desarrollo de su personalidad.

La mayor dificultad que presenta cualquier debate sobre el actual significado de la institución familiar se centra, a nuestro juicio, en el reciente fenómeno consistente en la pretensión de obtener «condición jurídica de familia» o «igual derecho a ostentar la denominación de matrimonio» desde individuos o grupos que carecen del propósito e incluso de la mera posibilidad biológica de realizar alguna de las funciones que de suyo tienen, desde antes de que se hubieran inventado los Estados o las Libertadas Individuales, las Instituciones de la familia y de su correlato procesal.

Parece claro que la antedicha pretensión no puede ser ignorada. E incluso debiera ser comprendida en su auténtica relevancia. Sin embargo, la respuesta que, dentro de un Ordenamiento Jurídico democrático, habría de dársele, no podría pasar por una aplicación literal de las palabras «familia» o «matrimonio». Parece como si las palabras familia y matrimonio poseyeran un contenido tan elástico como informe. Un contenido susceptible de albergar cualquier clase de relaciones convivenciales dentro del ámbito de intimidad más análogo que se quisiera al específicamente familiar.

A nuestro modo de ver, el término familia tiene una significación jurídica estricta y clara; lo mismo que el término matrimonio. Más dicho esto, nos parece igualmente claro que la situación denominada «pareja de hecho», independientemente de las garantías que tal moralidad de convivencia asignara a los hijos que de ella pudieran nacer, o que pudieran adoptar, la noción de «familia» nos parece suficientemente descriptiva y se le podría aplicar con total corrección semántica. No así la calificación como «matrimonio», en cuanto que sus componentes no han tratado de establecer garantía alguna de protección durable mediante el compromiso personal que un acto solemne implicaría. Y ello por más que se entendiera que el vínculo auténticamente matrimonial pudiera ser interrumpido mediante separación de hecho o, en su caso, divorcio.

Entendemos que dar idéntico trato a la homosexualidad y a la heterosexualidad frente a los matrimonios es aproximar las relaciones homosexuales al matrimonio. Pero, además, es amalgamar hechos diferentes: porque si las relaciones heterosexuales son una forma permanente, históricamente válida de constituir una familia, las relaciones homosexuales pueden ser protegidas en su propio marco de carácter asociativo. En nuestra opinión y pese a la reciente modificación legal, los homosexuales no pueden contraer matrimonio, porque esta es una unión legal tendencialmente permanente entre hombre y mujer. Si se cree necesario —y es lícito pensar así— establézcanse mecanismos para que los individuos que constituyen las uniones homo-

sexuales determinen en ellas, si así lo estiman conveniente, los mismos derechos y deberes que se fijan en los matrimonios. No alteremos la naturaleza de las cosas.

Si se quiere crear un régimen para las parejas heterosexuales semejante al del matrimonio, puede tener algún sentido a las mismas la *affectio maritalis ex lege*, del mismo modo que el actual artículo 45 del Código Civil hace con el matrimonio. Toda vez que, en definitiva, ambas uniones constituyen una familia, no se debe permitir que el consentimiento inicial se emita para crear una unión temporal o condicionada de la que esté excluida la *maritalis affectio*. Sin embargo, pese a comprender esa tendencia, no creemos que esté justificado impedir la condición o el término en las uniones de hecho heterosexuales. Hay que recordar que si la unión heterosexual se basa en el mero hecho de la convivencia y que significa una especie de «matrimonio a prueba» en el que la autonomía rige el negocio de las partes, ¿por qué razón se niega el pacto de condicionar resolutoriamente la vida de la unión, por ejemplo, al tiempo de permanencia de una persona en una ciudad por motivos laborables o al momento de jubilación de una de las partes? Regulada la extinción del negocio jurídico de las uniones de hecho por la mera voluntad unilateral, no tiene sentido impedir que ese negocio se establezca con los elementos accidentales que las partes deseen incorporar a él, siempre que no se atente contra el orden público.

Es posible enunciar esquemáticamente diversos modelos de relaciones familiares de nuestra época: junto a la familia fundada sobre el verdadero matrimonio —modelo natural, de inspiración cristiana, arraigado durante siglos en las sociedades occidentales— podemos señalar los siguientes tipos o modelos, en los cuales se han perdido los perfiles institucionales tanto del matrimonio como de la familia. Tenemos las llamadas «familias de hecho», fundadas en una unión concubinaria. Aquí se incluyen la llamada «cohabitación juvenil», el «matrimonio a prueba» y la «unión libre» de parejas de edad más avanzada.

Junto a tales existen hogares con un solo cabeza de familia, el padre o la madre. El aumento del divorcio y de la filiación extramatrimonial han creado en muchos países multitud de relaciones familiares de este tipo. Hay también familias «mezcladas» que, de hecho, vienen a agrupar en su seno los restos del divorcio. Aún podemos añadir a estos modelos de familia la que se denominado «familia terapéutica». Se trata de una experiencia que tiene por finalidad ayudar a los niños difíciles que no llegaron a conocer una estructura familiar equilibrada. Es, pues, un sustitutivo familiar que pretende crear entorno a esos niños un ambiente afectivo y doméstico que les permita rehacer sus vidas.

Situación diversa sería la de las denominadas «parejas de hecho homosexuales». Respecto de tales, el planteamiento correcto habría de ser éste:

¿qué es lo que se pretende bajo la presentación de una «exigencia» de «reconocimiento jurídico» de una «relación cuasiconyugal» integrada por dos individuos del mismo sexo?

Aquí no se trata ni de una familia real ni tan siquiera de un matrimonio real. Se trata de una cualificación jurídica que permitiera a individuos que afirman estar unidos por relación erótica obtener, no nos engañemos, cierta consideración social y ciertos privilegios financieros que los ordenamientos jurídicos han previsto para beneficiar a las familias y a los matrimonios digamos ordinarios o tradicionales.

La Ley española, antes citada, ha supuesto una de las modificaciones legislativas de más trascendencia y repercusión para la sociedad española. Con una particularidad: la de que la forma elegida por el legislador para operar tan relevante cambio no ha sido la de reconstruir de nueva planta el anterior artículo 44 del Código Civil, que hasta ahora reproducía simplemente lo que señala el artículo 32 de la Constitución. Esto es, que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio». A partir de ahora, como es sabido, se ha añadido un segundo apartado al citado artículo 44 del Código Civil, en el que se dice que el «matrimonio tendrá los mismos requisitos a efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». En tales términos, resulta que el legislador ordinario, no el poder constituyente, subvierte y desnaturaliza la idea tradicional de matrimonio. Y, con ello, todo un conjunto normativo que, durante siglos, partía de la consideración del matrimonio como unión de hombre-mujer. Cambio radical pues, de perspectiva que voces autorizadas han calificado de inconstitucional. Por ejemplo, Alfredo Dagnino en un sólido alegato recientemente publicado.

Cierto es que, por fortuna, ha pasado el tiempo en que la legislación penal consideraba en muchos países conducta delictiva a toda aquella que de cualquier modo ofendiera el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia. Tiempos en que asimismo se consideraba delictivo promover o facilitar la corrupción de menores. Hasta el punto en el que la imputación de mantener relaciones entre individuos del mismo sexo, estimada generalmente como «vicio o falta de moralidad, cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado» al ser «tenidas en el concepto público por afrentosas»..., etc., constituía delito de calumnia si no resultaba demostrada.

Hoy en día criterios tan severos se han minimizado al tiempo que las garantías jurídicas de libertad individual se han robustecido, creando espacios de permisividad social sin que ello tenga forzosamente que suponer una revolución. La Constitución Española, en su artículo 14, no deja resquicio a la duda, toda vez que proscribía cualquier discriminación por diversas situaciones, incluyendo «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» referida a «nacimiento, raza o sexo»..., etc.

Pero formulemos una pregunta: ¿hay razones, de cualquier índole (la de analogía, por ejemplo) que puedan inducir, no ya a la tolerancia y al respeto en cuanto al modo de vida de ciertos individuos, sino a ser considerados como una configuración social del tipo «familia»? O, acaso, ¿basta con coincidir censados en el mismo domicilio).

No pretendemos negar la potestad democrática que una mayoría parlamentaria en un estado de régimen constitucional tiene de otorgar derechos, denominar situaciones, enaltecer a un individuo o a un grupo, por las razones que dicha mayoría estime suficientes. Nuestra pretensión es aclarar los términos jurídicamente relevantes que sean lingüísticamente aplicables a situaciones de relación establecidas dentro del campo semántico de «familia» o de una institución primordial que, dentro del mismo, aparezca bajo el nombre de «matrimonio». La materia es delicada, no se nos oculta. Ahora bien, entendemos como necesario despejar ciertas inexactitudes que contribuyen a confundir conceptos y, consiguientemente a irritar el sentido moral más digno de respeto.

Conviene dejar sentado, en primer lugar, algo tan elemental como esto: que los individuos de la especie humana se reproducen por generación sexual, y que el resultado requiere la conjunción adecuada de persona de sexos denominados masculino y femenino. En segundo lugar, ello no significa que todos los individuos humanos tengan el deber de reproducirse, ni que puedan hacerlo si no es conforme a la naturaleza sexuada de cada uno. Curiosamente, en ciertas culturas antiguas se establecían multas contra aquel varón que no hubiera contraído matrimonio en cualquiera de sus formas antes de cierta edad. Se entendía que la sociedad exige para su porvenir y seguridad la suficiencia de población precisa. En ello no había, sin embargo, ninguna implicación desde el hecho de que alguien fuera sexualmente impotente, infecundo o simplemente no ejerciera una actividad que no le resultara placentera o conveniente, ni tampoco para quien fuera célibe por haber asumido el estado religioso, cuyo beneficio para la sociedad se consideraba en otros planos y no en el del número de habitantes.

A las relaciones sexuales entre individuos del mismo sexo se las denominaba relaciones *contra natura*. La expresión citada no era sino descriptiva. No son calificados *contra natura* aquellos individuos que no se reproducen, sino aquellos actos que siendo realizados mediante órganos sexuales lo son de tal modo que no permiten la reproducción. Por ello tales actos se califican correctamente *contra natura*. Esta actividad *contra natura* entre individuos del mismo sexo, no por ello dejaría de ser atractiva, ya que conduciría al placer orgásmico que la actividad sexual suele llevar consigo entre individuos biológicamente normales. Pero tal placer no lleva consigo la servidumbre que el acto sexual, de sexualidad adecuada a la reproducción, impone sobre quienes acceden a ella asumiendo la responsabilidad de la prole venidera. Respon-

sabilidad que, así lo entendemos, constituye la función esencial de quienes forman una familia en sentido propio. Lo dicho recuerda la ironía de Shopenhauer cuando veía en el disfrute amoroso «la trampa que la especie tiende al individuo». Esta responsabilidad, importa significarlo, es la que no desarrolla frente a la sociedad un mero placer por el placer, algo que en sí mismo no constituye ningún mérito que la sociedad deba premiar mediante el dinero público en forma de créditos para la adquisición de vivienda, remisión de cuotas fiscales, bonificaciones fiscales semejantes a las que recaen sobre las herencias entre herederos forzosos y entre parientes consanguíneos.

En tercer lugar, hemos de destacar que la convivencia íntima entre individuos del mismo sexo ha de ser, de alguna manera, regulada. Por ejemplo en lo que respecta a la economía de la pareja. Pero de aquí a que se penalice tal convivencia media un abismo. Platón preconizaba la necesidad de prohibir por ley lo que ahora se denomina, incorrectamente, la homosexualidad, imponiendo la obligación contraria. Platón imaginaba una ley para que disfrutaran conforme a naturaleza de una convivencia creadora de hijos, absteniéndose de unirse con otro varón. Venía a decir que no debía asesinarse premeditadamente el género humano, «no diseminando sobre rocas estériles donde su germen jamás puede arraigar ni lograr su propia fecunda naturaleza; absteniéndose igualmente de todo surco femenino en que no se quiera que brote lo sembrado».

Digamos que la intención de Platón no es la de execrar al marginal. Es la de inducirle a no hacer ostentación de sus vicios. Consideraba legalmente aceptable que tal sujeto se ocultara al realizar actos o desarrollar conducta *contra natura*. Y por ende, que fuese tenido por indecoroso el hacer ostentación de la perversión.

Menos tolerante se mostró Aristóteles, quien llegó a negar la condición de placer al conseguido mediante la inversión sexual. Textualmente escribe: «de los placeres, que a juicio de todos, son vergonzosos, no se ha de decir que son placeres, excepto para los hombres corrompidos».

En suma, cabe establecer esto:

1. Que la libertad individual de cada persona, realizada conforme a sus propias pasiones en la medida en que la ley no la prohíba, es un acto jurídicamente indiferente.
2. Que la Ley no autoriza, en ningún caso, a revestir bajo el nombre de instituciones familiares, cualquier modo de convivencia que no lleve a cabo las funciones y encarne las responsabilidades que a tales instituciones les corresponden.
3. Que lo dicho no implica discriminación alguna, ni desprecio de la dignidad personal de cada individuo. No obstante, la potente expansión del subjetivismo moderno no está legitimada, sin embargo, para no llamar a las cosas por su nombre.

4. Que el modo de convivencia aludido (llamémosle genéricamente uniones de hecho) tiene derecho a ser llamado «sociedad»; y sus miembros ostentan la facultad indiscutible de establecer y regular sus relaciones recíprocas del modo que prefieran. Según figuras legales consagradas o creando, en lugar de ellas, otras nuevas.
5. Que desde nuestro punto de vista, las uniones de hecho no acreditan mérito alguno hacia la sociedad. Ni, menos, reconocimiento a su favor de alguno de los deberes sociales que el resto de los ciudadanos tienen contraídos con cualesquiera de los padres, comprometidos, desde su propia creatividad humana, con el futuro desarrollo de la comunidad. Lo cual, por cierto, implica generosidad, sacrificio y confianza en la recíproca ayuda. De los cónyuges entre sí, en su deber de respeto y ayuda mutua y en su obligación de actuar en interés de la familia.
6. Que no se acepta la posibilidad de utilizar para la descripción jurídica de las uniones de hecho los términos de «familia», «matrimonio» y cualesquiera otros que se encuentren en el ámbito constitucional de los citados conceptos.
7. Finalmente y para nuestro propósito estimamos que el ámbito convivencial de las uniones de hecho, especialmente las homosexuales, resulta enteramente inapropiado para el correcto desarrollo integral del menor. Entre otras razones, por la notable inseguridad jurídica que en torno al menor se crearía.

Hay que destacar algo elemental que, pese a su elementalidad, en ocasiones se olvida: la familia es indispensable para los seres humanos. En ella encontramos nuestra propia identidad. El hombre no puede realizarse plenamente si no es por medio de los demás. Cuando en psiquiatría se habla de «subnormalidad por privación cultural», como diagnóstico de una enfermedad, se ve la importancia de la educación familiar y social. Es decir, un muchacho sin educación a los quince años arrojará un coeficiente idéntico al de un subnormal débil o límite. Eso se debe, en cierto modo, a que el niño necesita de estímulos para realizarse como un adulto normal, difíciles de encontrar fuera de la familia. Estímulos cognitivos, para aumentar su inteligencia; afectivos, para sentirse seguro; perceptivos, para saber interpretar el significado de lo que capta a través de los sentidos; sociales, para descubrir el valor del otro —y cómo eso se puede regular según normas—; y morales, sin los que no formará una conciencia ética.

El desarrollo del ser humano no está condicionado sólo por factores biológicos, sino culturales, sociales, familiares. Somos por naturaleza un ser de cultura. En este sentido, los niños son los más indefensos. Es casi imposible que un niño sin familia llegue a ser persona plena. Eso no pasa con las crías

de los animales, porque saben instintivamente lo que tienen que hacer. Sin embargo, el ser humano no depende sólo de sus instintos. De ser así, estaríamos condicionados y no tendríamos libertad, no podríamos perfeccionarnos.

El ser humano nace en total indigencia. Esta pobreza incluye también la identidad de género, lo que no sucede con los animales. Cuando el perro apenas es un cachorro, ya funciona, perceptiva e instintivamente como macho o hembra, según sea el caso, porque el instinto le marca y le hace funcionar. A los dos años, un niño ignora si es varón o mujer.

Esa identidad de género, indispensable para el ser humano, la aprenderá el niño de quienes lo rodean en su infancia. Por eso el niño tiene derecho —humano— a ser formado en una familia. Y si no encuentra en quienes le han adoptado lo que, por derecho le corresponde, no se cumple el primer principio de la justicia distributiva: dar a cada quien lo que le corresponda. Porque al adoptado (hablamos de la adopción por pareja homosexual) se le debe educación y afecto, es una terrible injusticia no darle el *ius* que el propio —con mucha más razón cuando ni siquiera conoce a aquellos que le dieron la vida—. Tiene derecho a contar con un modelo de padre y de madre, de varón y de mujer, conforme a su naturaleza, indispensable para la formación de su propia identidad de género.

La persona sin esa identidad está incompleta en lo más íntimo. Y si se adopta a un niño, es para hacer de él una persona plena. Por eso, el Estado no permitiría nunca la adopción para explotar al niño, o que los adoptantes fueran asesinos. Cada niño es una persona única, lo mejor que tenemos en la sociedad. Lo primero que debe hacerse al adoptar a un niño es respetar su condición de ser, su identidad. Aunque el deseo de satisfacer el afecto por parte de los padres, al adoptar un niño, es legítimo y natural, no debe ser la primera razón para adoptarlo. El fin es que ese niño se autorrealice como persona y sea feliz.

Vistos los riesgos que supone la adopción, lo lógico es pedir al adoptante unas condiciones psicológicas mínimas. Por lo tanto, es muy conveniente que las legislaciones de cada país busquen indicadores prudenciales para disminuir el riesgo de la adopción por parte de padres que no satisfacen los criterios aludidos. Esto es conforme al Derecho y refleja una legislación bien hecha.

Si la necesidad natural de tener hijos es normal, la necesidad afectiva de relacionarse sexualmente con alguien del mismo sexo, no. Aunque una pareja homosexual elige su preferencia sexual, no es capaz de engendrar hijos porque, dada la naturaleza de esa relación, no le corresponde, y eso niega toda posibilidad de adopción. La naturaleza se impone. Por más que quiera vivir bajo el agua sin oxígeno, no voy a poder.

El igualitarismo en este asunto no se puede conocer, porque de un varón con otro no puede salir un hijo, y de una mujer con otra, tampoco. ¿Eso lo prohíbe la Constitución? No. Lo prohíbe la biología, que es más fuerte que

cualquier Constitución del mundo. El padre tiene al hijo a título de haberse casado con una mujer, no sólo a título de ser persona.

La adopción de padres homosexuales trae consecuencias psicopatológicas en el adoptado. Es muy distinto que uno devenga en homosexual, por las razones que sean —trastornos, libre decisión, etc.—, a que se influya en la voluntad, altamente vulnerable, de un niño.

#### IV. EL BIENESTAR DEL MENOR COMO OBJETIVO BÁSICO

El artículo 154 de nuestro Código Civil establece como deberes de los padres, titulares de la patria potestad, el de velar por los hijos no emancipados, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Este último inciso alusivo a la formación integral cabría entenderse como comprensivo del objetivo básico que fija la Ley respecto de los menores: su bienestar.

Por su parte el número 3 del artículo 39 de la Constitución indica que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda». Se ha dicho, con razón, que la postura del texto constitucional es acertada, toda vez que supone:

- 1.º Establecimiento de una asistencia global, espiritual y material, genérica.
- 2.º Que esta asistencia debe prestarse por ser padre o madre, que es lo definitivamente importante, no por titularizar la patria potestad relativamente, que es lo accesorio.
- 3.º Que es aplicable a todos los hijos, cualquiera que sea su origen y naturaleza.

Ahora bien, ¿afecta hoy esta protección legal a todos los menores? Es preciso señalar que, por ejemplo, muchos españoles a partir de los dieciocho años (art. 12 CE) aún no son mayores de edad «intelectualmente», es decir, que los estudios universitarios y otros análogos se prolongan mucho más allá de esa edad.

Por otro lado, en diversos textos constitucionales extranjeros existen preceptos en los que, como principios o fines de la política social, se alude tanto a la protección de la familia como a la de los menores. Menores que son considerados, por las propias constituciones, como individuos titulares de derechos. Y así es efectivamente. Los menores son titulares de derechos fundamentales, lo que representa ciertos límites y restricciones a la actuación paterna. Tienen, por ejemplo, derecho al libre desarrollo de su personalidad;

quiere decirse a un desarrollo óptimo. Y en tal sentido se postula razonablemente que el derecho de menores es «aquel conjunto de normas que traducen a la legislación ordinaria y orgánica los principios constitucionales que afectan a los menores como tales». Concretamente, la solución de los conflictos en el Derecho de menores pasa por la forma de aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito de la familia.

Desde esta perspectiva se ha dicho que en el Derecho de menores existe un gran número de normas imperativas. Ello es debido a que todo lo relativo a los menores no sólo concierne a la esfera privada, sino que también afecta a la esfera pública, habida cuenta de que los menores de hoy serán los adultos de mañana. Pues bien, en esta materia tanto las normas del sector Derecho Público como las del Derecho Privado deben estar en perfecta armonía, en total coherencia.

No debe ocultarse que el bienestar del menor es un concepto difícil de precisar y estrechamente relacionado, como es lógico, con el ámbito convivencial del menor. El Derecho español no emplea la expresión que nos ocupa sino otra, cual es la de beneficio del menor (en realidad, beneficio de los hijos, dice literalmente el citado art. 154 del CC). Ahora bien, esta expresión, en el sentido en el que es utilizada por el legislador español, tiene el mismo significado que la locución «interés del menor».

Probablemente sea cierto que para definir el bienestar del menor han de conjugarse dos factores: el abstracto y el concreto. Se trata de un «concepto jurídico indeterminado», un concepto necesitado de concreción. Téngase en cuenta que, por ejemplo, el bienestar del menor varía considerablemente según la edad que ese menor tenga. Y, además, varía de mayor a menor según las circunstancias económico-sociales, culturales y morales en las que viva.

La profesora Susana Navas Navarro propone la siguiente definición acerca del bienestar del menor: «el bienestar del menor consiste en el óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de los derechos fundamentales de los que es titular». Cuatro son los ámbitos en los que cabe apreciar claramente el citado bienestar: el físico, el psíquico, el moral y el social o de relación.

Por lo que al Derecho español toca, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, dice que la situación de riesgo para el menor se caracteriza por «perjudicar el desarrollo personal y social». O también, la situación de desamparo, descrita en el artículo 172.1.2 del Código Civil es la «falta de asistencia moral y material».

Resulta obvio afirmar que el menor es persona y como tal sujeto de derechos, de los cuales los más importantes son sus derechos fundamentales que, en el caso español se encuentran recogidos por la Constitución y por la antes citada Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

De otro lado, no debe perderse de vista el hecho de que el bienestar del menor ha de contemplarse desde su presente y, sobre todo, desde su futuro.

El menor es un proyecto de adulto que, como tal integrará una sociedad determinada. La cuestión adquiere matices de considerable dificultad si se tiene en cuenta que el mundo camina irremediabilmente hacia sociedades multiculturales. Sociedades en las que los conjuntos de valores, creencias, sentimientos y principios son de una enorme variedad.

Acostumbrados desde las sociedades occidentales a juzgar las culturas ajenas desde inamovibles valores y principios. De tal suerte que, con frecuencia se muestran actitudes de incomprensión e incluso de frontal rechazo hacia otras culturas.

¿Cuál es el límite que, en relación con los menores, ha de ponerse a valores, principios y creencias de otras culturas? Indudablemente los derechos humanos representan el límite máximo que debe existir en la sociedad de acogida a la aceptación de costumbres y prácticas extrañas. Dentro de tales valores y principios, necesitados de un replanteamiento en las sociedades interculturales, se encuentra el bienestar del menor. ¿Qué papel puede desempeñar en la sociedad intercultural?

El concepto dado del bienestar del menor permite comprender los valores y principios de las micro-sociedades que se hallan en la sociedad de acogida. Y, sobre todo, permite que se respeten las creencias y valores de los menores pertenecientes a otras etnias o grupos que contribuyen al desarrollo de su personalidad. Ello representa frecuentemente el ejercicio de sus derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho de libertad religiosa).

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el hecho de que el bienestar del menor sea, como antes quedó dicho, un concepto jurídico indeterminado, permite tanto al legislador como a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, funcionarios públicos..., etc.) concretar y adaptar el bienestar del menor a la situación específica en la que se encuentre y al marco cultural que le es propio. Pero, ¿acaso es posible que los poderes públicos, cuando hacen aplicación de este concepto jurídico indeterminado se despojen de sus propias concepciones morales y sociales? ¿Cabe que consideren de forma objetiva y neutra qué es el menor y qué es lo que le va a proporcionar más bienestar? Dudoso resulta y este es uno de los peligros de utilizar conceptos jurídicos indeterminados. Lo cual nos lleva a considerar otro aspecto de la misma cuestión: ¿Cuándo está legitimada la intervención pública en los oficios protectores de los menores? Cuando se ponga en peligro el bienestar del menor. O cuando, hipotéticamente, exista posibilidad de situación de riesgo. Y ello se dará al producirse «atentado actual o futuro al óptimo desarrollo de la personalidad del menor» y un atentado semejante puede venir constituido por un atentado a uno o a varios de sus derechos fundamentales.

En Derecho español el artículo 172 del Código Civil emplea la expresión «desamparo» y el artículo 17 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica

del Menor utiliza el vocablo «riesgo». Ambos términos son suficientemente expresivos y la doctrina destaca que se trata de conceptos jurídicos indeterminados.

Se puede considerar como «situación de peligro» el «estado en que se encuentra el bienestar del menor tras sufrir una agresión productora de daño».

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor introdujo por primera vez el concepto «situación de riesgo». La misma se produce por la presencia de un peligro para el menor que no alcanza a tener la suficiente gravedad que justifique la separación del menor de su familia; antes bien, se pretende solucionar el problema dentro de la familia y de su entorno social habitual. El legislador español ha sido sensible al hecho de que quizá la separación del menor de su familia sea una medida excesivamente dura y perjudicial para aquel. Lo que obliga a diferenciar las dos situaciones y así se ha propuesto, como criterio, la gravedad de la «situación de peligro». En tanto que la situación de desamparo consistiría en un cuadro irreversible (el menor no puede volver a su familia) y la «situación de riesgo» consistiría en un cuadro reversible, en la medida en que el menor no es alejado de su entorno familiar. En la primera situación se produce la tutela *ex lege* de la administración. Por el contrario en la segunda se produce la guarda asistencial. Tal vez, como se ha propuesto, el legislador español debería haber hecho hincapié en la situación de riesgo regulándola exhaustivamente. Sin embargo, se ha preferido regular la situación de desamparo como preeminente. La primera nota definitoria del desamparo es, como se ha indicado reiteradamente, su carácter de concepto jurídico indeterminado: tanto las situaciones que pueden causar el desamparo (incumplimiento, o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección) como los efectos de esa situación que lo generan (privación de la necesaria asistencia moral o material) se definen en términos bastante concretos o genéricos. Términos que requerirán un análisis general o apriorístico para intentar perfilar los supuestos a los que se refiere esa definición legal y otro análisis concreto cuando se deba apreciar la existencia de una posible y específica situación de desamparo. De este modo, a la vista de la particular situación se deberá comenzar analizando el sentido de las genéricas expresiones del artículo 172.1.b) del Código Civil, completándolas con juicios valorativos a partir de los principios que rigen la protección de menores. Principios tales como el de primacía del interés del menor, integración familiar, unidad fraterna, etc.

No sin razón se ha criticado el carácter indeterminado del precepto. Pero tal vez, de esta forma indeterminada sea la única manera de definir el desamparo. En cualquier caso, el peligro de arbitrariedad o inseguridad jurídica, ante la amplia discrecionalidad concedida a las administraciones, es evidente; y su gravedad se acentúa ante los importantes efectos que conlleva la apreciación del desamparo: la suspensión de la patria potestad o tutela y la su-

jección a la tutela automática de la entidad pública. Lo que refuerza aún más si cabe, la importancia de las vías de protección jurisdiccional frente a esas actuaciones de la entidad administrativa competente.

De otro lado ha de considerarse que el sujeto pasivo del desamparo del menor lo es quien no ha alcanzado la mayoría de edad y que se encuentra en territorio español, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad. Así lo establece el artículo 1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Lo que plantea algunas cuestiones tales como la posibilidad de desamparo de un menor emancipado, de un mayor de edad incapacitado o de un emancipado declarado incapaz. Pero no entraremos en el análisis de estas cuestiones a fin de no alargar excesivamente la ponencia.

Por lo que se refiere al sujeto activo del desamparo, lo son padres, tutores y guardadores. La persona titular de la potestad de guarda, persona que con su incumplimiento puede dar lugar a la situación de desamparo podría, en principio, serlo cualquiera que esté ejercitando una potestad legal: así, especialmente, los padres o el tutor. El simple guardador de hecho o aquel que ejerza la guarda del menor en virtud de un pacto de delegación de la patria potestad, no tienen y desempeñan una potestad propia que les haya sido atribuida ni recae sobre ellos una obligación genérica de prestar asistencia al menor. Pero es evidente que, si su existencia impide la aparición del desamparo al evitar que el menor se encuentre privado de la necesaria asistencia, la interrupción de la protección que cualquiera de ellos viniera brindando al menor dará lugar a la aparición del supuesto de hecho —privación de la necesaria asistencia— que puede causar la aparición del desamparo.

Claramente se percibe que el supuesto más complejo se presentará cuando la ausencia de la debida atención se produzca al encontrarse el menor bajo la propia tutela, guarda o acogimiento de la entidad pública. En principio parece que si el menor está desamparado y bajo la tutela de la entidad pública y ésta incumple sus deberes, dando lugar a la situación de privación de la necesaria asistencia, ello no debe ocasionar una nueva declaración de desamparo, toda vez que éste ya existe y a través de ello no es posible colocar al menor bajo una nueva tutela de otra entidad pública competente diferente de la que ya la ostentaba. La competencia para ostentar la tutela y ejercer la guarda del menor corresponde a una única entidad y no cabe, por esta vía, digamos que administrativa, privarle de ella para atribuírsela a otra. Lo que ocurre es que el ejercicio adecuado de la guarda, el cumplimiento de su función protectora de los menores, es una obligación para la entidad, cuyo cumplimiento le puede ser exigido por el menor, por cualquier interesado en el bienestar del menor y especialmente por el Ministerio Fiscal.

Mayores dudas suscitan los supuestos en que el menor se encuentre sujeto a la mera guarda de la entidad pública o bien a un acogimiento familiar for-

malmente constituido, aunque en principio parece que debe dárseles la misma solución.

En lo que afecta a la apreciación de la situación de desamparo, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ha aclarado inequívocamente la cuestión. Es la entidad pública la que aprecia directamente la existencia del desamparo basándola en el interés del menor. Y es aquí donde debe suscitarse el tema de si hay diferencia legal entre bienestar e interés del menor. Se ha dicho que bienestar e interés del menor no son conceptos sinónimos aunque también el «interés del menor» sea un concepto jurídico indeterminado. Las normas que aluden a que «se tendrá en cuenta el interés del menor»; o aquellas otras que señalan que «el interés del menor prevalecerá frente a otro interés», lo hacen en la adopción de diferentes medidas o en la regulación de instituciones que, de una forma u otra afecta a los menores. El hecho de que prevalezcan en la adopción de aquéllas el interés del menor significa que los legisladores quieren «garantizar», ante situaciones que pueden perjudicar al menor o poner en peligro su bienestar, «el óptimo desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales». Como muy gráficamente se ha señalado, la fuerza del principio del interés del menor radica en que centra su atención en la persona cuya voz puede que sea la menos audible, literal y metafóricamente, y la que tiene menos control en si su conflicto llega a los tribunales o en cómo llega a ellos, a parte de que el niño suele ser la persona con quien el tribunal tiene menos empatía y, por tanto, menos capacidad para apreciar su situación, para comprender su «punto de vista».

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor relaciona, en diversos preceptos, el interés del menor con la garantía del ejercicio de los derechos del menor. De acuerdo con ello, no es suficiente la proclamación constitucional de la protección de los menores, sino que la misma debe garantizarse mediante el aseguramiento del respeto al óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de sus derechos fundamentales. O, como certeramente se ha dicho, es necesario que los sistemas de protección de los menores radiquen en la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales lesionados. Se ha destacado que una de las funciones que cumple el interés del menor en la Convención sobre los derechos del niño, es la de ser «criterio mediador» en los conflictos que se presenten entre derechos.

Ha de dejarse constancia de que en algunos supuestos las decisiones adoptadas por los poderes públicos intervinientes en la protección del menor serán «la alternativa menos perjudicial» para el mismo. Es decir, las decisiones girarán en torno a aquella situación que sin ser la óptima, le permita el ejercicio de sus derechos fundamentales en atención al desarrollo de su personalidad.

Por último se hace preciso destacar el papel de la familia y de los poderes públicos en la protección del menor. Para ello es menester precisar que la una y los otros son los directos responsables del bienestar del menor. En primer

lugar, responsables de tal bienestar lo son el padre y la madre u otra persona que tenga atribuida la guarda del menor. Se garantiza la libertad de ejercicio de los oficios protectores frente a injerencias públicas, siempre que este ejercicio no perjudique el bienestar del menor. No obstante dicha libertad está sometida a límites tales como el que se deriva del interés público.

Los poderes públicos deben respetar los derechos de los padres y otros guardadores en relación con la protección del bienestar del menor. Éste desarrolla mejor su personalidad en un núcleo familiar autónomo. O, dicho en otras palabras, para el niño es preferible el desarrollo en el seno de alguna familia. Y, mejor aún será que viva y se desarrolle en el seno de su familia propia y no en otra diferente. Lo cual supone llevar al extremo el principio de la integración familiar. De suerte que, reiteramos que la permanencia en la familia propia es una forma —la mejor— de integración familiar. Seguramente puede afirmarse que el principio de preferencia de la familia propia favorece tanto al propio menor como al conjunto de los menores como colectividad, al impedirse así, tanto tendencias a alguna forma de tráfico, como intervenciones modificadoras de estructura y relaciones familiares. Tendencias que, dígase también, en ocasiones bajo el pretexto de la mejora de la situación de alguno de los miembros de la familia, resultarían incompatibles con el respeto a la dignidad y a los derechos básicos de los integrantes de esa familia.

La totalidad de los tratados internacionales sobre protección de la infancia, de los que es parte España, recogen expresamente ese principio. Así, se dice que «siempre que sea posible, deberá —el niño— crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres» (art. 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, noviembre de 1959), o que «como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres (art. 3 de la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, Asamblea General de las Naciones Unidas, 3 de diciembre de 1986). Y el Convenio de La Haya, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, lo aplica a las situaciones concretas reguladas en él, al supeditar las posibilidades de adopción de un niño a la previa prestación de consentimiento por los padres biológicos que fueran conocidos, con adecuado conocimiento sobre el alcance de la adopción y sin que medie pago o compensación de ningún tipo para esos padres.

Hubiera sido pertinente, probablemente, la formulación expresa del principio de preferencia de la familia propia en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, tanto este principio como el de la integración familiar están latentes indiscutiblemente en nuestro Derecho. La Ley Orgánica 1/1996 formula genéricamente el criterio al proclamarse en su artículo 11 «el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés».

Lo cual tiene como consecuencia la subsidiaridad de la intervención administrativa. De modo que, antes de la constitución de la tutela por la entidad pública, se debe intentar evitar cualquier situación de desamparo mediante adecuadas medidas de apoyo a la familia.

Cierto es, no obstante, que desde la perspectiva sociológica se insiste en destacar que el núcleo familiar, actualmente, ha perdido las funciones de unidad de producción y unidad política que representaba en el pasado. Hoy, se dice, la familia constituye una unidad de consumo donde sus miembros encuentran apoyo a sus necesidades emocionales y ayuda al más adecuado desarrollo de su personalidad. En nuestros días la familia posee un marcado carácter individualista. En ella priman sobre todo los derechos de sus miembros.

El respeto a la primacía de los derechos de los padres o de otros guardadores se ve incluso en el caso de que el menor se encuentre en una situación de peligro, puesto que tendrá preferencia como medida de protección aquélla que no lo separe de su núcleo familiar o, en el supuesto de que se le haya separado, la medida consta justamente en la reintegración en su familia (art. 172.4 del CC).

Cuando intervengan los poderes públicos las medidas que deban primar serán aquéllas que intenten proporcionar al menor un entorno convivencial familiar idóneo en el que pueda hacerse efectivo el pleno desarrollo de su personalidad. En definitiva, aquel ambiente que procure al menor «una formación integral» (art. 154.1.º del CC).

Finalmente, a modo de conclusiones, cabe establecer las siguientes:

1. El ámbito convivencial natural del menor es el de la familia matrimonial heterosexual, habida cuenta de las ventajas (seguridad, amparo, afecto..., etc.) que tal ámbito reporta al menor. Nos referimos a la familia nuclear (padre, madre e hijos).
2. Otros ámbitos convivenciales posibles no poseen, de ordinario, las apuntadas ventajas. Ciertamente es que las uniones de hecho que tienen descendencia pueden proporcionar a la misma semejantes condiciones. Pero no las mismas dosis de seguridad jurídica y de estabilidad social y económica. Y ello, mientras no se produzcan modificaciones legales que, sustantivamente, otorguen solidez jurídica a dichas uniones.
3. Los matrimonios homosexuales no debieran, por obvias razones, tener posibilidad de adoptar. Se ha dicho que el niño tiene derecho a un padre y a una madre. Y si la Ley lo permite, establézanse las cautelas necesarias, siempre en beneficio del mejor desarrollo físico y psíquico del menor.
4. Sería necesaria una contrarreforma de nuestro vigente derecho de familia que tuviese en cuenta la rica normativa que en materia de de-

rechos del menor se contiene en Tratados Internacionales suscritos por España.

5. Urge, ante los nuevos retos, fenómenos de inmigración, multiculturalidad y semejantes, una nueva legislación internacional que haga frente, con claridad y consenso, a tales desafíos.

Escribió Georges Renard que «el orden jurídico se remonta al orden moral y, más allá, al orden metafísico y al religioso».

¿Sucedre así con las últimas leyes reformadas del Código Civil?

## BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel DE LA: «Algunas observaciones sobre las parejas de hecho», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 34, Madrid, 2004.
- COLLINGWOOD, R. G.: *Idias de la historia*, versión castellana de O'GORMAN y HERNÁNDEZ CAMPOS, México, 1962.
- CORTE, Marcel DE: *L'homme contre lui même*, Nouvelles Editions Latines, Paris, 1962.
- CHARLIER, Henri: *Culture, École, Metier*, Nouvelles Editions Latines, Paris, 1959.
- DAGNINO GUERRA, Alfredo: «Dictamen sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio», en *Boletín de la ACDP*, noviembre-diciembre de 2005.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *Sociedad de masas y Derecho*, Taurus, Madrid, 1969.

## RESUMEN

### MENOR DE EDAD

*Las profundas, cuestionadas y cuestionables reformas del Derecho de Familia en España han suscitado diversos problemas jurídicos y sociales. Entre ellos, varios afectan a la situación de los menores.*

*Teniendo siempre presente que el propio término «menor» encierra una cierta minusvalía en relación a los «mayores».*

*Pues bien, lo que este trabajo plantea es la situación del menor en las nuevas realidades familiares: familias de hecho, cohabitación juvenil, matrimonio a prueba y uniones libres. Y, como subtipo de las primeras, las parejas de hecho homosexuales. En ellas tienen muchos meno-*

## ABSTRACT

### MINOR

*The deep-reaching questioned and questionable reforms of family law in Spain have caused a number of legal and social problems. Among other things, several of these reforms affect the situation of underage children.*

*It must always be borne in mind that the very term «underage» entails a certain lessened ability in relationship with persons who are «of age».*

*What this paper deals with is the situation of the underage child in the new family realities of de facto families, juvenile cohabitation, test marriages and free unions. And, as a subtype of the first, homosexual de facto partners. Such rea-*

res su ámbito convivencial y de desarrollo. Se afirma que tal ámbito, por varias razones, resulta inapropiado para el correcto desarrollo del menor en todos los órdenes. Porque el ser humano nace en total indigencia intelectual. Indigencia que incluye un dato: el de que a los dos años un niño ignora si es varón o mujer.

Se considera que del artículo 154 del Código Civil cabe deducir, entre otros aspectos, que el objetivo básico de la norma ha de ser el bienestar del menor, concepto, por lo demás, de difícil precisión. Tal vez, un concepto jurídico indeterminado.

En suma, se afirma que el ámbito convivencial adecuado para los menores, por ser su ámbito natural, es el de la familia matrimonial heterosexual. El único que, sin duda, reúne potencialmente todas las garantías y ventajas en orden al armónico desarrollo y bienestar de quienes todo lo merecen y necesitan.

lities are the environment where many underage children live and develop. It is affirmed that such an environment, for several reasons, is inappropriate for the correct development of the child in all facets, because the human being is born in utter intellectual indigence. This indigence includes one piece of information: that at age two a child is still unaware if it is male or female.

It is considered that from article 154 of the Civil Code it can be deduced, *inter alia*, that the basic objective of the rule has got to be the well-being of the child. This concept is moreover a difficult one to pin down. Perhaps an indeterminate legal concept.

In short, it is affirmed that the proper environment for children to live in is that of a heterosexual matrimonial family, as that is the child's natural environment. The only environment that no doubt potentially furnishes all the guarantees and advantages for the harmonious development and well-being of those who deserve and need everything.

(Trabajo recibido el 11-03-08 y aceptado para su publicación el 20-03-09)

# La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato

por

M.<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil  
de la UNED y Secretaria de IDADFE*

## SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II. EL ARTÍCULO 1.158 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL PAGO HECHO POR UN TERCERO FRENTE AL PAGO QUE COMO NUEVO DEUDOR HACE EL ASUMENTE EN LA EXPROMISIÓN:
  1. PLANTEAMIENTO.
  2. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE OTRO Y LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR ORIGINARIO.
  3. ELEMENTOS BÁSICOS DEL PAGO POR UN TERCERO Y LA EXPROMISIÓN: DIFERENCIAS:
    - a) *Consecuencias sobre la relación a la que afecta: su naturaleza extintiva o subrogatoria.*
    - b) *El cumplimiento de las funciones del pago.*
    - c) *La falta de consentimiento del acreedor: la identidad del pago.*
- III. EL FENÓMENO ATÍPICO DE LA CESIÓN DE CONTRATO: LA SUCESIÓN EN LOS DERECHOS Y EN LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE CEDENTE:
  1. FUNDAMENTOS COMUNES Y EXCLUSIÓN DE LA *NOVATIO* EN LA CESIÓN DE CONTRATO.
  2. LA SUSTITUCIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN LAS RELACIONES OBLIGATORIAS: PARTICULARIDADES EN LA CESIÓN DE CONTRATO Y EN LA EXPROMISIÓN:
    - a) *La falta de relevancia del consentimiento del deudor en la expromisión frente a la cesión de contrato.*
    - b) *De la relevación pasiva a la íntegra transmisión de la posición contractual.*
    - c) *Referencia a la sistematización de la cesión de contrato en el nuevo Código Civil italiano.*

IV. CONCLUSIONES.

V. BIBLIOGRAFÍA.

VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el entendido de que la expromisión se trata de un contrato o convenio contractual por el que un tercero asume, espontáneamente y como propia, la deuda ajena mediando el consentimiento del titular del derecho de crédito (1) —con las consecuencias que las partes acuerden referidas a la acumulación pasiva o a la liberación del deudor primitivo y con respeto a las previsiones del art. 1.207 del Código Civil por lo que a los terceros interesa (2)—, estas líneas tendrán por objeto unas reflexiones en torno a las diferencias y similitudes que, en su estructura o en sus efectos, presenta dicha institución con el pago efectuado por un tercero ajeno a la relación crediticia, así como con la figura atípica de la cesión de contrato.

En este sentido, se destacarán las particularidades que presenta aquella injerencia autorizada por el Código Civil, por la que un sujeto ajeno cumple como tercero la relación en la que no era parte, así como sus discutidas consecuencias subrogatorias (3). Adicionalmente, serán contrastadas las especialidades de la cesión de contrato a la vista de la doctrina jurisprudencial que, si en sus inicios abordó la cesión como negocio atomizado entre la transmisión del activo y la sucesión pasiva, ha evolucionado hasta su actual tratamiento como acuerdo sustitutivo *uno actu* del contratante cedente por el cesionario con autorización, siempre, del cedido (4).

Este análisis comparado del cambio de sujeto pasivo producido mediante expromisión, con otras figuras en las que concurre una sustitución o adición

---

(1) Dice el artículo 1.205 del Código Civil: «la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor».

(2) «Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento».

(3) Vid., en este sentido y por todos, la exposición de mi Maestro, el Profesor LARSARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2008, 12.<sup>a</sup> ed., págs. 99 y sigs.

(4) Por aplicación, por cierto, del artículo 1.205 del Código Civil recién transcrito. Por otra parte y sobre la materia, vid., MORETÓN SANZ, «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)», en *ADC*, LXI, 2008, págs. 619 a 719, y *La expromisión: el artículo 1.205 del Código Civil español* (en prensa), y *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

de deudor, ofrece cierta utilidad. De una parte, se perfila así con mayor nitidez la naturaleza jurídica propia de la expromisión y sus diferencias con la de otras instituciones capaces de producir sucesos similares. Consecuentemente, también adquiere mayor precisión el régimen jurídico específico de la *expromissio* y con ello el repertorio de acciones y excepciones, así como el sistema de oponibilidad aplicable (5). En todo caso, se puede avanzar que uno de sus elementos básicos apunta al primitivo sujeto pasivo, ya que las consecuencias liberatorias (6) o acumulativas que pueda presentar la asunción de deuda, afectan al titular del derecho de crédito, por lo que en puridad, aquel deudor no se ve exonerado de las futuras pretensiones subrogatorias o de reembolso de quien haya ocupado su lugar y, en su momento, pague como sujeto pasivo.

Otros tantos fenómenos que puede producir una sustitución pasiva son acreedores de otros tantos estudios, si bien se reserva a otras líneas posteriores el de la estipulación en favor de tercero —quizá más viable para una relevación pasiva delegatoria que para la expromisión—, la donación —atendiendo especialmente la falta de presunción favorable a las liberalidades determinada por el art. 1.289 del Código Civil— o las declaraciones unilaterales, sea mediante la promesa de pago como mecanismo preparatorio de un convenio expromisorio o el uso del reconocimiento de deuda como procedimiento para asumir la deuda ajena (7).

---

(5) Sin embargo, no pueden ser olvidadas las cautelas recogidas por HERNÁNDEZ GIL referidas a las consecuencias aparejadas a las constantes remisiones de una institución a otra (vid., «La solidaridad en las obligaciones», en *RDP*, XXX, 351, 1946, pág. 406).

(6) Vid. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, II, I* (edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ), Madrid, 2003, pág. 129.

(7) Vid. BONILLA Y SAN MARTÍN, «Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena) en materia de obligaciones mercantiles», en *RGLJ*, 98, 1901, págs. 233 a 269 y 509 a 537; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *Estudios de Derecho Privado. I. Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1948, págs. 199 a 210; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 1973)», en *ADC*, XXVII, II, 1974, págs. 456 a 465; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *RDP*, LIX, 1975, págs. 800 a 827; ALBALADEJO GARCÍA, «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *RDP*, LXI, enero de 1977, págs. 3 a 13; CASTRO Y BRAVO, «Declaración unilateral de voluntad (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 1975)», en *ADC*, XXX, I, 1977, págs. 194 a 207; SALVADOR CODERCH, «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa», en *RDP*, LXII, 1978, págs. 661 a 697, y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *Promesa unilateral y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho español*, Barcelona, 1998; YSÁS SOLANES, «La modificación unilateral de las obligaciones», en *Centenario del Código Civil (1889-1998)*, Madrid, 1990, tomo II, págs. 2087 a 2108.

## II. EL ARTÍCULO 1.158 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL PAGO HECHO POR UN TERCERO FRENTE AL PAGO QUE COMO NUEVO DEUDOR HACE EL ASUMENTE EN LA EXPROMISIÓN

### 1. PLANTEAMIENTO

De modo que, en buena lógica y atendiendo a la tipicidad de ambas, conviene analizar, en primer lugar, el pago del tercero y la expromisión. En este sentido, la intervención de un extraño en una relación obligatoria está autorizada en distintos supuestos (8) y, de hecho, múltiples operaciones de este corte han estado y están presentes en el ordenamiento jurídico (9). Como es sabido, el Código Civil en sede de cumplimiento prevé, en su artículo 1.158 (10), las circunstancias del caso del tercero que se decide a pagar por el sujeto pasivo. Cobra en dicho supuesto especial relevancia, no tanto la actitud del acreedor —que carece de posibilidades técnicas para impedir el pago y satisfacción de su derecho por parte de un tercero ajeno— como la adoptada por el deudor, habida cuenta de que, en función de su expresa oposición, su ignorancia o su aquiescencia a la intervención del tercero dispondrá de distintas acciones y repertorio legales para oponerse eficazmente a las pretensiones resarcitorias de quien cumplió por él.

(8) Doctrinalmente, la *ratio* en que descansa el reconocimiento del compromiso de pago de un tercero reside en la propia interpretación del artículo 1.158 del Código Civil hecha según el argumento *ad minorem*, por lo que para ciertas consecuencias jurídicas del acuerdo expromisorio y en defecto de otras normas que lo resuelvan, podrá apelarse a la aplicación analógica de tal precepto. Sobre este extremo se puede avanzar que la incorporación al derecho objetivo de los supuestos del pago del tercero y los cambios subjetivos pasivos fueron coetáneos y no sucesivos como parece deducirse del primer argumento.

(9) Así, vid., Partida 5, Título XIV, Ley III «como deuen fazer la paga, o el quitamiento, e a quien, e de que cosas», dice: «Pagamiento de las debdas deue ser fecho a aquellos que las han de recebir, e deve se fazer de tales cosas, como fueron puestas, e prometidas en el pleyto (convenio), quando lo fizieron, e non de otras, si non quisiere aquel a quien fazen la paga. Pero si acaesciesse, que el debdor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras a bien vista del Judgador. Otrosi dezimos, que si el que ouiesse fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la manera que auia prometido, que deue cumplir de otra guisa el pleyto, según su aluedrio del Judgador del lugar. E deue pecharle el daño, el menoscabo que le vino por razon que non fizo aquella cosa, assi como prometio. E non tan solamente es quito ome de lo que deue, faziendo paga dello por si mismo, mas faziendola a vn otro qualquier por el en su nome. E maguer aquel de deue aquel debdo, no supiesse que otro fazia la paga por el, con todo esso seria quito. E aunque lo supiesse, e lo contradixesse».

(10) «Artículo 1.158. Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso, sólo podrá repetir del deudor, aquello en que le hubiera sido útil el pago» (vid. BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, «Comentario a los artículos 1.156 a 1.159», en *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1993, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 162 a 175).

## 2. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE OTRO Y LA LIBERACIÓN DEL DEUDOR ORIGINARIO

Por tanto y como hecho distinto del convenio expromisorio, cabe la posibilidad técnica de que un tercero ajeno cumpla la prestación de la que no es parte (11). Nótese que quien cumple en el acuerdo expromisorio lo hace como deudor frente a quien interviene en virtud del artículo 1.158, que lo hace como tercero ajeno no ligado, por tanto, como elemento subjetivo de la relación afectada. De modo que si en la *expromissio* el *solvens* coincide con la identidad del sujeto pasivo, en el pago del tercero, éste es un *solvens* no deudor.

Empero, el artículo 1.205 y el 1.158 tienen un sustrato común referido a la justificación que ampara la intervención de un tercero y la asunción del cumplimiento de la prestación del deudor primitivo.

Para ello se ha utilizado el argumento *ad minorem* (12) y así, sustentándose en las concomitancias de ambos institutos, SÁNCHEZ ROMÁN afirmaba que «el fundamento de esta doctrina es análogo al de la que permite pagar á un

---

(11) Sobre la materia, vid., ESPÍN CÁNOVAS, «Sobre el pago con subrogación», en *RDP*, XXVI, 303, 1942, págs. 300 a 327; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956; HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983; VATTIER FUENZALIDA, «Notas sobre la subrogación personal», en *RDP*, 1985, págs. 491 a 514; CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986; CAMPUZANO TOMÉ, «La intervención del tercero en una deuda ajena», en *AC*, 45, 1989, págs. 3501 a 3523; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO y VALLADARES RASCÓN, «Comentario a los artículos 1.156 a 1.159 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1991, 2.ª ed., págs. 1 a 58; SERRA CALLEJO, «Consideraciones sobre los efectos del pago del tercero», en *La Ley*, 236, 1991, págs. 1082 a 1107; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, «Comentario a los artículos 1.156 a 1.159», en *Comentario del Código Civil, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2.ª ed., págs. 162 a 175; CAÑIZARES LASO, *El pago con subrogación*, Madrid, 1996; ALBIEZ DOHRMANN, «El pago por tercero», en *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996, págs. 13 a 92; OLMO GARCÍA, *Pago del tercero y subrogación*, Madrid, 1997; OLMO GARCÍA, «Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor», en *RCDI*, LXXIV, 647, 1998, págs. 1245 a 1269; OLMO GARCÍA, «Los límites al pago del tercero y la legitimación para consignar», en *ADC*, LII, I, 1999, págs. 145 a 207; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, «Las causas de extinción del artículo 1.156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa», en *RDP*, LXXII, págs. 114 a 139; ARNAU RAVENTÓS, «Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil», en *Libro homenaje a Jesús López Medel, I*, Madrid, 1999, págs. 689 a 732; FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil español*, Granada, 1999; ARNAU RAVENTÓS, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil*, Barcelona, 2000; BAYO RECUERO, *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, 2000.

(12) Vid. DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, Madrid, 1912, pág. 137 (también RODRÍGUEZ TAPIA, «Expromisión», en *Enciclopedia Jurídica Básica, III*, Madrid, 1995, pág. 3001).

tercero las obligaciones contraídas por otro, libertándole de la obligación, aunque lo ignore ó lo contradiga. Se diferencia una de otra doctrina en que el acreedor puede ser obligado á recibir el pago que de su crédito haga un tercero distinto del deudor, pero no puede serlo á aceptar la novación por expromisión, la cual sólo se verifica mediante su voluntad» (13).

En idéntica línea argumentativa Díez-PICAZO sostiene que «del mismo modo que un tercero puede hacer el pago *ex* artículo 1.158, puede igualmente emitir una promesa frente al acreedor obligándose a hacerlo». Con el mismo fundamento, «si la intervención del tercero es absolutamente espontánea, una vez que resulte pagada por él la deuda o liberado el deudor primitivo, el expromitente tendrá derecho a dirigirse contra él, poniendo en juego, analógicamente, las consecuencias previstas por el artículo 1.158 (acción de enriquecimiento y acción *in rem verso*)» (14); si bien se remite a la promesa de pago por otro (15).

Pues bien, en este punto el Código Civil español y de conformidad a sus antecedentes (16), aplicando al pago del tercero previsto en el artículo 1.158 la regla de que «el que tiene derecho a lo más, lo tiene para lo menos (*argumento a maiori ad minus*)» (17), cierta doctrina concluye que, admitiéndose dicho pago por tercero, con razón de más debería tolerarse el compromiso de pago de un sujeto ajeno a una relación jurídica de crédito.

Sin embargo y pudiéndose aceptar este argumento, concurren ciertos matices a cuya luz conviene revisar tales afirmaciones ya que, pese a la abstracción imperante en el sistema del Derecho Civil y, en particular en las relaciones obligatorias, aún prima la realización efectiva de las obligaciones asumidas, incluso, frente a los deseos del titular del derecho de crédito (18).

Al fin y al cabo difiere, notablemente, la composición de intereses en el supuesto de un sujeto que se presta a la futura realización de la deuda, del efectivo cumplimiento materializado por un tercero y recibido por el acreedor

---

(13) *Estudios de Derecho Civil. IV. Derechos de Obligaciones. Derecho de la Contratación*, Madrid, 1899, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 425.

(14) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*, Madrid, 1996, 5.<sup>a</sup> ed., pág. 865.

(15) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones* (puesta al día con la colaboración de REGLERO), Barcelona, 2002, pág. 341. Por su parte, este argumento sí es aplicable en el sentido apreciado por GETE-ALONSO [vid. *El reconocimiento de deuda (aproximación a su configuración negocial)*, Madrid, 1989, pág. 33, nota 52].

(16) El pago del tercero previsto en el artículo 1.158.2 del Código Civil es deudor de la tradición recogida por los Glosadores, resumida en la regla de que lo que es lícito directamente lo es indirectamente, «*quod licet per directum licet per obliquum*» (AZÓN, *Brocarda*, rúbrica 10, fol. 31).

(17) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1903 y de 4 de enero de 1916.

(18) Téngase en cuenta que al titular del derecho de crédito no le ampara facultad jurídica alguna de oposición frente a la consignación del tercero (salvo convertirla en contenciosa e ir a la vía correspondiente, con la poco probable estimación de la demanda) ya que el legislador dio preferencia al cumplimiento material de la conducta adeudada y no a que quien haya ejecutado tal pago sea, precisamente, el sujeto inicialmente vinculado.

que ve así satisfecho su derecho. En su virtud, frente a los requisitos del pago o cumplimiento efectivo realizado por cuenta de otro, la admisión del cambio de deudor, al no verse acompañada de la satisfacción inmediata de la deuda reclama, necesariamente, el consentimiento del titular del derecho de crédito. A otra cosa se oponen «una serie de razones de orden histórico y, por otra parte, consideraciones nacidas de la misma naturaleza de las cosas (GENY) y los criterios que deben presidir una justa composición de los intereses que están en juego» (19).

Siguiendo aquella línea interpretativa, se antoja más consecuente la regla contraria (20) al afirmar que «al que le está vedado lo menos, le está prohibido lo más *argumentum a minori ad maius*» (21). Es decir, *quando licet id quod majus videtur et licere id quod minus*, por lo que la concesión de lo más implica la concesión de lo menos (22). A esto hay que añadir que la mayor parte de los Códigos Civiles, además de aceptar el pago del tercero reconocen, expresamente, el compromiso de pago futuro, si bien lo más habitual es hacerlo en sede de extinción de obligaciones (23). Por último, la incorporación al derecho objetivo del pago del tercero y de las modificaciones subjetivas fue coetánea y no —como parece deducirse de la línea argumentativa expuesta— sucesiva (24).

En este mismo sentido PACCHIONI afirma que «de igual modo que se le permite a cualquiera pagar una deuda ajena con efecto liberatorio para el deudor, aun en contra de su voluntad, así también se permite asumir la deuda ajena (“ignorante” o “invito debitore”)» (25).

---

(19) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 848. También confirma este argumento de la naturaleza de las cosas BOBBIO (vid., «La teoría pura del Derecho», en *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, 1980).

(20) Vid. DE BUEN, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, México, 1998, pág. 389 (vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, I, Parte General, Madrid, 1943, 6.ª ed., pág. 66, y CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España, Parte General*, I, preliminar, Valladolid, 1943, págs. 361 a 367).

(21) En cuanto a las reglas de interpretación, DE BUEN destacaba en el bien entendido de que ninguna de ellas ostenta un valor absoluto, ni exclusivo, entre otras, precisamente, la de que «el que tiene derecho a lo más, lo tiene para lo menos (*argumento a maiori ad minus*)» (sentencias de 10 de marzo de 1903 y 4 de enero de 1916); al que le está vedado lo menos, le está prohibido lo más (*argumentum a minori ad maius*)» (*ibidem*).

(22) ULPIANO, Libro 27 del Comentario a SABINO, *El que puede lo más no debe no poder lo menos*. En este caso, no se trata de un principio de derecho, sino una mera *regulae iuris*, y como tal máxima jurídica, carente de valor jurídico propio (vid. Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 2004, 11.ª ed., pág. 149). Regla 110 del Digesto, en lo más está comprendido lo menos. Nadie es considerado idóneo para asumir deuda ajena por expromisión si no es con garantía.

(23) Cuestión aparte del régimen que inspira al Código Civil alemán, así como el nacido fruto del nuevo Código italiano de 1942.

(24) «Lo lícito directamente, es lícito indirectamente, como el pago del tercero» (Azón, *Brocarda*, rúbrica, 10).

(25) *Manual de Derecho Romano*, II, Valladolid, 1942, pág. 90.

Finalmente y antes de fijar los elementos básicos del pago del tercero y sus diferencias con la expromisión, baste hacer constar en cuanto a sus antecedentes más inmediatos, que el actual texto codificado se funda en el Anteproyecto del Código Civil (1885-1888) (26) y que, por su parte, el Proyecto de 1836 admitía el pago de un tercero con las consecuencias previstas en los artículos 1.924 a 1.930, en una sección dedicada a «De los pagos hechos por un tercero con subrogación» (27).

### 3. ELEMENTOS BÁSICOS DEL PAGO POR UN TERCERO Y LA EXPROMISIÓN: DIFERENCIAS

#### a) *Consecuencias sobre la relación a la que afecta: su naturaleza extintiva o subrogatoria*

En principio, ambas fórmulas pueden tener efectos extintivos en la relación obligatoria sobre la que operan y, en sendos casos, el deudor puede verse liberado de su primitivo acreedor. Con todo, conviene tener presente, como señala mi Maestro, que el pago del tercero con oposición expresa o desconocimiento del deudor mas parece que excluya la subrogación, frente al que se realice con su consentimiento, desprovisto entonces de consecuencias extintivas sobre la relación y resultando procedente ahora la subrogación de quien ha efectuado el pago en el lugar del titular del crédito (28). En definitiva, ambas formas abren la función extintiva y satisfactiva del pago (29).

---

(26) «Artículo 1.175. El pago puede hacerle cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o lo ignore por completo el deudor (1.099 Proy.). El que hubiere pagado por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, a menos que hubiere hecho el pago contra la expresa voluntad de éste. En el último caso, podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago (728 argent.)». El Código argentino, en su artículo 728, prevé el pago del tercero en los siguientes términos: «El pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiese verificado tendrá sólo derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago».

(27) Pese a que siempre se ha dicho que la aparición del artículo 1.214 fue inopinada, el 1.928 de ese Proyecto declaraba que «también hay subrogación sin previo consentimiento del acreedor, cuando el deudor pide una cantidad prestada a fin de pagar la deuda y subrogar al prestador en los derechos del acreedor primero».

(28) Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, cit., págs. 103 y sigs.; de hecho FERNÁNDEZ VILLA sostiene, fundándose en el Proyecto de 1851, que todo pago, incluso el que realiza un tercero, extingue la obligación (vid. *El pago con subrogación: revisión del art. 1.212 del Código Civil español*, cit., págs. 123 y 255).

(29) Principio aplicable y referido al sujeto pasivo en el pago del tercero supone que nadie está obligado a aceptarlo (vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, cit., págs. 107 y sigs.), así como que *factum alterius alteri prodest* (AZÓN, *Brocarda*, rúbrica 60, folio 137). El acto de uno aprovecha a otro, así ocurre en distintas liberalidades como en el 1.158 y en el 796 como condición mixta.

En particular, la *sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1984*, entabla las diferencias entre el pago con subrogación y la acción de reembolso, y las excepciones que pueden oponerse al tercero —tal y como lo hizo su directa antecedente, la de *23 de junio de 1969*— en el sentido de que la acción de reembolso no conlleva, como la subrogación, la pervivencia de las garantías y privilegios que acompañaban al derecho del acreedor primitivo. La *sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 1991*, distingue el pago con conocimiento del que se efectúe sin conocimiento o contra la voluntad del acreedor y sus efectos (30).

Por su parte, la *sentencia dictada el 18 de marzo de 1992 por el Tribunal Supremo*, ratifica las diferencias manifestadas entre pago y novación, por cuanto advierte en su fundamento primero que «el contrato citado se plasma en un documento privado que no tiene acceso a ningún registro público, ni concurren en el mismo ninguna de las demás condiciones que señala el artículo 1.227 del Código Civil, produciéndose los efectos que determina el artículo 1.257 del mismo cuerpo legal. Y de su propia literalidad no puede ni rematadamente [*rectius* remotamente] deducirse, que el contenido fuera *conocido por la entidad demandante, ni mucho menos que ésta consintiera el cambio de deudor que exige el artículo 1.205 del Código Civil para entender operada la novación por asunción de deuda*. Más bien al contrario, si en la cláusula quinta se dispone que “Promotora de Productos Extremeños, S. A., *se compromete a abonar (no dice subrogarse*, como para otro supuesto figura en la cláusula cuarta) a Construcciones Saura, S. A., Banco de Bilbao, Banco de Granada, Banesto y Esfinge, las cantidades adeudadas y que se han reseñado en el Expositivo I de este documento. Por lo que respecta a las letras libradas por Construcciones Saura, S. A. y pendientes de pago, serán atendidas cada una a sus vencimientos”; y después resulta que no aparece justificado el cumplimiento efectivo de lo allí establecido en relación con la entidad demandante, la deducción más acorde con la lógica es entender que Construcciones Saura fue ajena a estos pactos, al no haber intervenido, participado u obtenido beneficio respecto a aquellos que directamente le pudieran haber afectado; criterio que no puede quedar contradicho por el contenido, también literal, del recibo que la vendedora-acreedora expidió cuando un tercero le satisface “el pago de un efecto, vencimiento 28 de diciembre de 1985, a cargo de don Luis Pedro, por el local comercial sito en la DIRECCION000, número 000 de Madrid”; *pago que autoriza el artículo 1.158 del Código Civil, y que en ningún caso puede suponer, por sí solo, novación*» (31).

(30) En el Derecho europeo, el pago por tercero, previsto en el artículo 7.106, se trata como procedimiento diferente del cumplimiento realizado por un sujeto distinto del deudor (vid. Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, págs. 309 y 331).

(31) En otros términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de febrero de 1994, distingue entre subrogación legal y acción de reembolso.

Cuestión distinta será la aplicación analógica de las acciones previstas en los términos fijados por la jurisprudencia, no sólo para el caso del pago del tercero, sino también para el supuesto de la novación, en general, y la expromisión en particular (32). Acerca de esta posibilidad de aplicar las acciones destinadas al que paga por cuenta de otro y la novación, GETE-ALONSO Y CALERA mantiene que «en cuanto a las relaciones que existen entre el deudor primitivo y el nuevo pueden ser de diversa índole, y por ellas se regirán en lo referente a los reembolsos y reintegros que el nuevo deudor pueda exigir a aquél. Pero si la intervención del nuevo deudor ha sido espontánea habrá que aplicar, analógicamente, las reglas del pago de tercero» (33). Opción con la que se coincide plenamente.

b) *El cumplimiento de las funciones del pago*

En principio son tres las funciones y los efectos del pago o cumplimiento: la extintiva, la satisfactiva y liberatoria. Estos efectos ni son simétricos, ni concurren simultáneamente en todos los casos, por lo que LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA destacan cómo en el pago de un tercero que cumple por el sujeto pasivo, la deuda de éste subsiste, ocupando aquél la posición del acreedor. Por tanto, y en este sentido, se trata de un cumplimiento anormal (34).

---

(32) En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2003, afirma, en un asunto sobre la validez del pago de una deuda social hecho por los administradores con dinero propio durante el período de retracción de la quiebra, que los administradores hicieron frente y pagaron finalmente, no con intención de donar, «ni consta que los socios y administradores de la misma obraran impulsados por un *animus donandi*, sino que simplemente se subrogaron en la posición acreedora que hasta entonces ostentaba el Banco». Con esta argumentación se ponen en tela de juicio ciertas afirmaciones de Cossío que sostenía que la expromisión al fin y al cabo representa una donación, toda vez que cuestión distinta de la causa es la intención. Y, en todo caso, si el expromitente o nuevo deudor, después de comprometerse a pagar por otro finalmente termina pagando la prestación, al expromitente le caben dos opciones: por analogía recurrir al artículo 1.158 y a los mecanismos subrogatorios y de reembolso contra el primitivo deudor o bien renunciar a las acciones que ostenta contra el antiguo deudor. Desde este entendimiento no será posible reclamar con carácter retroactivo las formalidades que ha de revestir la donación; si el deudor que espontáneamente asumió —y pagó— la deuda de otro, decide no hacer uso de las acciones que por derecho le corresponden para cobrar de quien se comprometió y pudiéndolo impedir no lo hizo, sencillamente ha renunciado, ha abdicado en su derecho que tras los preceptivos plazos de prescripción y, en su caso, caducidad, definitivamente decaen.

(33) «La modificación de la relación obligatoria», en *Manual de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, PUIG I FERRIOL y otros, Madrid, 1996, pág. 380. En particular, vid. HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, cit., pág. 164.

(34) Vid. *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones, I*, cit., págs. 129 y 130. En idéntico sentido, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, cit., pág. 49 y sigs.

Además, este pago realizado por un tercero se caracteriza por la nota de ajenidad del sujeto que interviene. Esta ajenidad del interviniente que paga por el deudor excluye el pago por representación o mandato (35). En este extremo reside una de las diferencias con la delegación de pago, en la que puede concurrir un mandatario del deudor, o su caso, una indicación del sujeto pasivo al que ocupa su lugar (36), o ciertos acuerdos base de la asunción realizado por el delegado que cumplirá la prestación no como mandatario de otro sino como auténtico sujeto pasivo.

A esta cuestión se añade la falta de simetría entre el efecto liberatorio y extintivo y satisfactivo, ausente en el pago del tercero, que se reproduce en la *expromissio*. Es decir, esta vía de sustitución pasiva está desprovista de la nota liberatoria del pago y de la función extintiva, toda vez que ni el deudor primitivo ha cumplido, ni por su sustitución se ve exonerado del pago posterior. De hecho, las acciones que ostenta el nuevo sujeto pasivo, una vez que haya efectuado el pago son, por analogía, las que corresponden al tercero que paga por otro (37).

Dice la *sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1908*, que «si bien el pago extingue siempre todas las obligaciones respecto del acreedor, no sucede lo mismo en cuanto al deudor si el pago, en vez de hacerlo el mismo obligado, lo realiza una tercera persona con conocimiento y aprobación expresa ó tácita del deudor, pues entonces el tercero queda legalmente subrogado en el lugar del primer acreedor, novándose en este extremo el contrato, y transfiriéndose al tercero con el crédito, todos los derechos á él anexos, y entre ellos, consiguientemente, el de hacerle efectivo según el estado del juicio y momento en que tuvo lugar la subrogación».

Finalmente, téngase en cuenta que se ha alcanzado cierto consenso en negar la naturaleza contractual al pago en sí, ya que, en definitiva, contrato será aquel acuerdo negocial por el que las partes reglamentan sus intereses patrimoniales (38). De modo que si el pago del tercero es un acto, la expromisión por su parte reviste la naturaleza de contrato. Con todo, la presencia de causa resulta exigible en ambos actos, tanto en el pago como en la expromisión.

---

(35) Vid. LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 134 y sigs.

(36) Por su parte, el artículo 1.969 del Proyecto de Código Civil de 1836, señalaba que «el señalamiento que el deudor hiciere simplemente de una persona que deba hacer el pago a nombre suyo, no constituye delegación».

(37) El efecto liberatorio, al igual que en la expromisión, dependerá de la causa en que se sustente la iniciativa del pago del tercero. Es decir, el tercero que verifique el pago puede renunciar a las acciones que teóricamente le corresponderían, si lo que pretende es donar la cantidad adeudada por el antiguo sujeto pasivo. Por tanto, si prevalece el *animus donandi*, podrá cumplir las funciones liberatoria y extintiva.

(38) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 474 (o sí 476), en todo caso se trata de una fuente de modificación de contrato (pág. 793).

misión; en particular y por extensión, teniendo en cuenta que en el caso del pago del tercero se entabla un vínculo jurídico entre el *solvens* y el deudor «á la que no pueden menos de ser aplicables las condiciones generales para la validez de los contratos» (39).

c) *La falta de consentimiento del acreedor: la identidad del pago*

A diferencia del pago del tercero, que se puede realizar eficazmente sin el consentimiento del antiguo deudor e, incluso, en contra de la voluntad del titular del derecho de crédito (40), no resulta posible sustituir al deudor vía expromisión sin el preceptivo consentimiento del sujeto activo del derecho personal (41). Con todo, la exigencia de este último requisito, protagonista absoluto de la sucesión singular, ha ido evolucionando hasta tolerar el consentimiento expreso y, en su caso, el manifestado de forma tácita. WINDSCHEID ya daba cuenta que el consentimiento del acreedor bien podía provenir de actos no manifiestos o tácitos como, por ejemplo, y a su juicio, la aceptación del cambio pasivo si el titular del derecho de crédito pretende cobrar los intereses al asumente o la propia presentación de una demanda judicial contra este nuevo sujeto (42).

---

(39) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1904. En este caso se declara la ineficacia del pago de las contribuciones por parte del inquilino que después se adjudicó en subasta la finca y cedió la tercera parte de sus derechos a otros dos. Seguida una causa por estafa, retiró el Ministerio Público la acusación contra el inquilino; habiendo fallecido el titular de la finca, el mencionado inquilino se personó en el *abintestato* para que la finca fuese excluida de la masa de los bienes. Finalmente el Supremo ratifica la ineficacia del pago y la subrogación pero no por falta de conocimiento del acreedor y legítimo titular de la finca, sino por existir «causa torpe ó ilícita en los actos ejecutados por el demandante, y porque, según el principio anteriormente consignado, es aplicable á la relación contractual establecida por el pago entre el que lo verificó y los que debieron hacerlo como poseedores ó administradores de la casa las prescripciones de los artículos 1.305 y 1.306 del Código, según las cuales cuando la nulidad de un contrato provenga de ser ilícita en causa ú objeto —como acertadamente ha estimado la Sala sentenciadora que ocurrió en este caso— y la culpa esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado á virtud del contrato; de donde se sigue que semejante acto, viciado por causa torpe, no puede servir de base á ulteriores reclamaciones, ni engendrar vínculo alguno eficaz de derecho entre el que pagó y el deudor».

(40) En los casos en los que, promovido expediente de consignación judicial, ésta resulte rechazada por la parte acreedora, se declara el expediente contencioso, por lo que una vez devuelta la consignación a la parte que interesó la incoación del procedimiento voluntario, le queda expedida la vía correspondiente según cuantía (vid., en este punto, el asunto ventilado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2003, en que el acreedor cesionario de un crédito con garantía hipotecaria, recurrió la denegación de estar bien hecha la consignación efectuada en el expediente de jurisdicción voluntaria).

(41) Vid. AZURZA, «Notas sobre novación», en *RDP*, XXXIV, 400-401, 1950, pág. 609.

(42) Vid. WINDSCHEID, «Die singularsuccession in Obligationem», en *Kritische uberschau*, I, 1853, págs. 32 y 45; DELBRÜCK, *Die übernahme fremder schulden nach gemeinem*

Por su parte, al acreedor no le resulta posible alegar la falta de identidad del pago para oponerse al pago realizado por un tercero. Por lo que la excepción del artículo 1.161 del Código Civil (43) sólo le resultará fructífera cuando se trate de una prestación natural o convencionalmente personalísima. Caso de que el tercero anticipe el pago del deudor pero lo haga sólo parcialmente, será de aplicación el artículo 1.213 del Código Civil (44).

En este sentido, ha de tenerse en cuenta las consecuencias que aparejará la aprobación expresa o tácita del deudor, ya que sólo en estos casos se producirá, como sucede con la expromisión, la subrogación de los derechos del acreedor en quien ha pagado por el sujeto pasivo. En el caso de *la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 1904*, mencionada, donde además se declara que para el ejercicio de cualesquiera acciones dimanantes del pago del tercero habrá de concurrir la eficacia de la obligación que se ha cumplido, ya «que entre el que paga por cuenta ajena una deuda y la persona del deudor se establece un vínculo jurídico determinante de una convención, mediante la cual se obliga uno por otro, y á la que no pueden menos de ser aplicables las condiciones generales para la validez de los contratos, siendo una de ellas la licitud de la causa de la obligación, sin cuyo requisito esencial, no produce efecto alguno el contrato».

*La sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 1986*, describe los hechos sobre los que se fundó la asunción de deuda. En el caso de autos, se suscribe un contrato de compraventa en el que el comprador asume el monto de las deudas de los vendedores, los cuales, a su vez, encomendaron al comprador la realización de las correspondientes gestiones con sus acreedores para que éstos estuviesen advertidos. El comprador, mandatario y asuntor de la deuda interna, no sólo no realizó dichas gestiones, sino que tampoco atendió a cuantos requerimientos de pago se le hicieron y, todo ello, pese a que había tomado posesión de la finca y siguió beneficiándose de su explotación.

Pese a que el Supremo confirma que el contrato suscrito responde al esquema de la compraventa con una fórmula especial de pago, advierte de la validez y eficacia del pago entre el comprador y el vendedor; pacto que, al carecer del consentimiento del acreedor de las deudas de los vendedores,

---

*una preussischem recht*, Berlin, 1853, págs. 22 a 27. No resulta posible extenderse más en estas consideraciones, por lo que nos remitimos al epígrafe referido a la indisponibilidad del consentimiento del titular del derecho de crédito en la expromisión y en los cambios de deudor en general, así como al consentimiento tácito y presunto, en MORETÓN SANZ, *La expromisión*, cit., la bibliografía y la jurisprudencia allí citada.

(43) «En las obligaciones de hacer, el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

(44) Por lo que se refiere al artículo 1.213, «el acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito».

difícilmente puede entenderse subsumido entre los preceptos de la novación sino entre los del pago del tercero.

En la sentencia de instancia sobre la resolución del contrato de compraventa declara establecidos los siguientes hechos: «con fecha 21 de abril de 1966 suscribieron en Madrid los señores Sergio e Ildefonso, de una parte, y don Juan Ramón, de otra, un contrato privado de complejo contenido cuyo objeto era la compraventa por los primeros a favor del segundo, de una finca sita en Moraleja del Peral (Cáceres). Las circunstancias económicas que indujeron a los señores Ildefonso y Sergio, padre e hijo, a la enajenación de la finca, se concretaban en que se hallaban sus patrimonios afectados por débitos, conjuntos o separados, totalizando un pasivo que estimaban con aproximación en unos veinticinco millones de pesetas. En tal situación, se había llegado *al acuerdo con el señor Juan Ramón de que él, previas gestiones de los acreedores de aquéllos con el fin de negociar amistosamente una solución o pago total de los créditos pendientes, se hacía cargo de tal liquidación como precio de compra de la finca*. Al objeto de que verificase las mencionadas gestiones, habían proporcionado previamente los mandantes del señor Juan Ramón una detallada relación de sus acreedores, de forma que, al suscribir el contrato de compraventa, el comprador conocía perfectamente todos y cada uno de los débitos a satisfacer y había tratado de todo ello con los respectivos acreedores. Lejos de cumplirse el convenio anteriormente citado, se hallaron los señores Ildefonso y Sergio muy pronto con el más patente de los incumplimientos por parte de don Juan Ramón, el cual, habiendo tomado inmediata posesión de la finca y de los enseres y pertenencias de la misma, tanto de los incluidos como de los no incluidos en el contrato, y habiendo comenzado inmediatamente a explotarla en su exclusivo provecho, no se preocupó, ni mucho menos, de satisfacer las deudas. Por ello, los señores Ildefonso y Sergio se vieron y ven precisados, incluso desde los primeros tiempos después de la firma del contrato de compraventa, a seguir actuando y respondiendo como verdaderos propietarios de la finca frente a las continuas reclamaciones de los débitos que se hacían, sin que el señor Juan Ramón las satisficiera, como se había convenido. Tal actitud de los vendedores era forzosa, ya que pronto pudieron comprobar que en cualquier ejecución, secuestro o subasta podría perderse la finca, sin que por parte del comprador se hubiesen satisfecho las demás deudas, quedando incumplido el contrato y frustrada la finalidad solitaria perseguida con el mismo. Los señores Ildefonso y Sergio reclamaron desde el principio contra tal actitud del señor Juan Ramón, y cada vez que recibían una reclamación o un requerimiento de pago de parte de cualquiera de sus acreedores, le daban traslado del mismo a aquél, el cual hacía caso omiso de todo ello, de la misma manera que despreciaba y desatendía toda clase de reclamaciones y apremios de la Recaudación de Contribuciones, de la Hermandad de Labradores, del Banco Hipo-

tecario y otros acreedores hipotecantes, que conocía además por su relación con tales organismos y por su detentación de la finca, en donde permanecía y permanece habitualmente su hermano don Adolfo y en muy frecuentes estancias él mismo. Es de mala fe la continuada actitud del demandado, haciendo caso omiso de su obligación de pago de los débitos de los vendedores de la finca, así como de los múltiples y prolongados requerimientos y apremios de los acreedores y negando cuando le pareció conveniente su condición de comprador; todo ello mientras viene detentando la finca y explotándolo en su provecho, obteniendo pingües beneficios de dicha explotación, lo que acredita, además de dicha mala fe, la producción de unos importantes perjuicios causados a los aquí mandantes desde que perdieron la posesión y explotación de la misma y pese a sus protestas y reclamaciones directas e indirectas a través de los Letrados, se vieron privados de la ocupación y explotación de los frutos de la misma, además de obligados a satisfacer sus débitos y levantar secuestros y subastas para evitar su pérdida sin la total solución de las deudas».

De modo que distinto del pago del tercero es la asunción de deuda, ya que como declara la mencionada *sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2002*, «sin que por otra parte, pueda estimarse en el presente caso que el recurrente haya intentado o se encuentre en la situación de pagador de una deuda en favor de terceros, ya que lo que trataba, como ya se ha dicho, es asumir la posición de deudor, situación no contemplada en el artículo 1.158 del Código Civil».

En suma y con la *sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2004*, la diferencia básica entre el supuesto del pago del tercero y aquellos pactos en que se sustituya al deudor es que, precisamente, en el pago del tercero hay cumplimiento satisfactivo para el acreedor donde un tercero ajeno a la relación obligatoria ejecuta la prestación por otro. Así, su Fundamento quinto declara: «la asunción de deuda, como sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria, se admite en nuestro Derecho como un tipo de novación, la llamada modificativa, al amparo del artículo 1.205 del Código Civil, siendo presupuesto esencial el consentimiento del acreedor (sentencias de 20 de febrero de 1995 y 21 de marzo de 2002), cabiendo la asunción cumulativa que permite la coexistencia de ambas deudas (sentencias de 16 de marzo de 1995 y 29 de noviembre de 2001). En el presente caso no aparece asunción de deuda, que no consta en documento ni declaración alguna ni permite que se aprecie de forma tácita, que tampoco aparece de actos o declaraciones concluyentes e inequívocas. De los documentos a que antes se ha hecho referencia, de enero de 1995, no sólo no se desprende que ACSA asuma las deudas de ZYK, sino lo contrario: ésta se compromete “a liquidar y pagar...” a proveedores, subcontratistas y demás acreedores. *El hecho de que ACSA pagara a varios de éstos, no acredita otra*

*cosa más que el pago por tercero que contempla el artículo 1.158 del Código Civil, pero en ningún caso significa que se haya producido una asunción de deuda respecto a la que pudiera existir con ABANDO».*

### III. EL FENÓMENO ATÍPICO DE LA CESIÓN DE CONTRATO: LA SUCESIÓN EN LOS DERECHOS Y EN LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE CEDENTE

#### 1. FUNDAMENTOS COMUNES Y EXCLUSIÓN DE LA *NOVATIO* EN LA CESIÓN DE CONTRATO

Dada la riqueza de matices que ha aportado la evolución práctica y la respuesta judicial sobre la cesión de la íntegra posición contractual en la que, en resumidas cuentas, se ceden tanto derechos como obligaciones, conviene examinar de forma comparada esta institución, tanto por su valor propio como por la clarificadora tarea hecha en favor del mecanismo expromisorio.

Esta cesión de contrato se fundamenta en los distintos intercambios de carácter patrimonial que acaecen en las sociedades avanzadas y en el seno de sus relaciones privadas (45). En especial se basa, al igual que en el cambio de deudor, en idéntica necesidad de agilizar los trámites negociales que permitan la sustitución de sujetos y de las posiciones contractuales. De modo que esta transmisión implica la de la relación contractual en su integridad, «sin necesidad de escindir el fenómeno en una serie de transmisiones separadas de los elementos activos (cesión de créditos) y de los elementos pasivos (asunción de deuda)» (46).

En esta línea se pronuncia la *sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 1998*, donde se insiste en la noción explicada de la cesión de contrato con la especial singularidad que se transmite la íntegra posición contractual sin novación del vínculo. Así «aquel acuerdo de todas las volun-

---

(45) Vid. JORDANO BAREA, «Recensión a Carrersi, Cessione del contrato», en *ADC*, IV, III, 1951, págs. 1110 a 1113; VALLS TABERNER, *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955; NÚÑEZ LAGOS, «Cesión de contratos», en *RDN*, IV, 12, 1956, págs. 7 a 33; GARCÍA AMIGO, *La cesión de contratos en el Derecho español*. Prólogo de J. BELTRÁN DE HEREDIA, Madrid, 1964; CRISTÓBAL MONTES, «La cesión del contrato», en *ADC*, XXI, IV, 1968, págs. 851 a 890 (publicado también en *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Zaragoza, 1985, págs. 136 a 175); FORNER DELAYGUA, *La cesión del contrato. Construcción de la figura y ley aplicable*, Barcelona, 1989; CRESPO MORA, «Reflexiones en torno a la cesión de contrato. Comentario a la STS de 27 de noviembre de 1998», en *RdP*, 3, 1999, pág. 210; VICENT LÓPEZ, «Cesión de contrato: Su aceptación por contratante cedido», en *RGD*, LV, 661-662, 1999, págs. 12517 a 12527. Vid., también, MOSSET ITURRASPE, *La cesión del contrato*, Santa Fe, 1960; FIGUEROA YÁÑEZ, *La asunción de deudas y la cesión de contrato*, Santiago de Chile, 1984.

(46) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 873.

tades contractuales, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación» (47).

De modo que a los efectos comparativos entre la sustitución pasiva del deudor acordada mediante expromisión y la cesión de la íntegra posición contractual, la reiterada doctrina consolidada descarta, si concurre la cesión, la presencia de una novación extintiva. En este sentido resuelve la *sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 1999*, cuando afirma que «*la cesión del contrato practicada excluye la novación y representa la transmisión del conjunto de una determinada relación contractual a tercero*, operando la cesión con carácter unitario que se mantiene, es decir, con todo lo comprendido en el contrato (que se mantiene), *no operando, por tanto, como propia sustitución de un contrato por otro, que sería novación*, la que ha de ser entendida como subrogación de derechos y obligaciones, al sustituirse el primitivo deudor, y suponen, por lo general, la existencia de otro contrato que reemplaza la precedente».

## 2. LA SUSTITUCIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN LAS RELACIONES OBLIGATORIAS: PARTICULARIDADES EN LA CESIÓN DE CONTRATO Y EN LA EXPROMISIÓN

### a) *La falta de relevancia del consentimiento del deudor en la expromisión frente a la cesión de contrato*

De lo dicho se sigue que la cesión de contrato comparte con la expromisión el efecto del cambio de sujeto, con la particularidad de que en la cesión, el cesionario ocupa la totalidad de la posición referida tanto a derechos, obligaciones, facultades, etc. (48), frente a la expromisión que produce la cesión de la deuda aisladamente.

---

(47) Vid., también, la vieja sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1864. En la resolución se ventila un caso de cesión íntegra de un contrato —en particular la cesión y traspaso de un remate de abastecimiento de carne—, por la que las dos partes interesadas adquieren y contraen recíprocos derechos y obligaciones desestimando, además, el Juzgador, hacer aplicación del principio de interpretación estricta en la cesión, toda vez que se trata de un contrato recíproco.

(48) Sobre las obligaciones que incumben al cesionario del contrato administrativo de obras respecto al subcontratista, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2003, recuerda al cesionario que «la responsabilidad de la entidad demandada no nace de un hecho ilícito, ni tampoco de una concreta asunción de deudas, sino de la denominada cesión de contrato, mediante la que se transmite el vínculo jurídico con el haz de derechos y obligaciones que lo integran. No era necesario ningún pacto especial para entender

En la cesión de contrato se produce la transmisión sin sustitución del negocio y es requisito determinante el consentimiento de todas las partes interesadas (49). Es decir, ha de prestar su anuencia tanto el que la pretende, como el contratante cedido y el contratante cesionario (50). Por tanto, para que se produzca la liberación de las obligaciones del contratante cedente es obvio que se exige su consentimiento (51).

En la expromisión no es necesario, ni siquiera, que el deudor, que se ve reemplazado por otro, tenga conocimiento de este extremo frente, como se dice en la cesión, donde resulta preceptivo el concurso de este consentimiento en virtud de la recta aplicación del artículo 1.205, que exige la anuencia del acreedor y, precisamente, en la cesión del contrato se ostenta simultáneamente la condición de titular de ciertos derechos de crédito y sujeto pasivo en los recíprocos.

Si seguimos con los puntos divergentes, hemos dicho que la expromisión es un pacto típico trabado entre el acreedor y tercero, frente a la cesión del contrato acuerdo de naturaleza atípico que, basado en la autonomía de la

---

incluidos los subcontratos civiles, ni en absoluto cabe limitar la subrogación en los derechos y obligaciones del contrato administrativo en los términos en que se pretende en el motivo, lo que además produciría la paradoja, rechazable por absurda, de que la demandada cesionaria tendría todos los derechos económicos respecto de la dueña de la obra, y ninguna de las responsabilidades respecto de las empresas que las ejecutaron, o tenían concertada la realización».

(49) Con todo, ciertas normas como la Ley 7/2007, de 21 de mayo, de medidas administrativas y tributarias para la conservación de la superficie agraria útil y del Banco de Tierras de Galicia, establece un singular régimen de cesión legal de tierras, con un todavía más si cabe singular sistema de cesión voluntaria de fincas rústicas para su gestión de manera —dice su Exposición de Motivos— «similar al contrato de mandato indirecto del Código Civil, aunque con peculiaridades propias», negocio que más se asemeja a un mandato imperativo y expropiatorio, por cierto, de las facultades de administración y de disposición del titular de las fincas afectadas ya que conlleva la constitución *ope legis* de un derecho de adquisición preferente en favor de dicho Banco del que sólo se escapan algunas transmisiones *inter vivos* en línea directa y las que acaezcan *mortis causa*. En su artículo 19 se establece la cesión de la gestión del uso y aprovechamiento de las fincas en favor del Banco gallego que, a su vez, y en su condición de cedente podrá ceder a un tercero su posición jurídica. Nótese que si la cesión es temporal y su duración no sobrepasa el límite de los cinco años, el contratante cedido (que en definitiva es el titular de las tierras) no es parte y sólo le será comunicada la cesión realizada. Si la cesión fuera por más de cinco años, entonces sí que se recupera tanto el contenido del artículo 1.205 del Código Civil como la doctrina del Tribunal Supremo, ya que en estos supuestos se recabará como requisito necesario el consentimiento del contratante cedido.

(50) La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2000, declara a este requisito inexcusable para su eficacia.

(51) Decía la clásica sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de abril de 1944, que «en términos generales aparece como difícil y no bien regulada en el Código Civil, y otras figuras jurídicas afines, en particular la de novación subjetiva por subrogación del acreedor; en tanto que el problema no ofrece tan grave complicación cuando se trata de diferenciar entre la cesión y la novación por sustitución de la persona del deudor».

voluntad privada (52) presenta un ineludible carácter trilateral para que se desplieguen rectamente todos los efectos a que está dirigido (53).

Así se ha pronunciado tanto la *sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 1980*, como la de *23 de octubre de 2003*, declarándose en ambas que se requiere el consentimiento del acreedor por aplicación del artículo 1.205 y con carácter indisponible. En la primera de ellas, siendo ponente BONET RAMÓN, es desestimada la ejecución de la cesión de un contrato, habida cuenta de que requiere necesariamente el consentimiento de la parte cedida (54) al implicar un contrato de esta naturaleza, la cesión de derechos y obligaciones. En suma y con la recurrente jurisprudencia, resulta de aplicación plena el contenido del artículo 1.205 del Código Civil y, por tanto, en la cesión de contrato habrá de concursar el consentimiento de las partes involucradas (55).

En idéntico sentido que la *sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 1985*, ya que establece que «sobre la base de tales conclusiones de hecho, la Sala *a quo* establece que la falta de liquidez acreditada del inicial contratista, señor B., unida a la corroborada circunstancia del interés de los subcontratistas de cobrar su trabajo y de la propietaria de ver ultimada la obra en fecha fija y a corto plazo, generó el que *el contratista citado*, para liberarse de posibles responsabilidades por demora en la ejecución, *diera su conformidad para la cesión del contrato referido, en el caso contemplado a una cesión parcial de las obras de electricidad y fontanería efectuadas*, habiéndose producido una triple manifestación de consentimiento para tal cesión, que con-

---

(52) En el caso navarro, la Ley 513 prevé expresamente este supuesto en los siguientes términos: «Todo contratante puede ceder el contrato a un tercero, para quedar sustituido por éste en las relaciones pendientes que no tengan carácter personalísimo. Si una de las partes hubiere consentido preventivamente la cesión del contrato a un tercero, la sustitución será eficaz, respecto a aquélla, desde el momento en que le hubiere sido notificada; si no hubiere consentido preventivamente la cesión, ésta sólo le afectará si la aceptare. Desde que sea eficaz la sustitución, por la notificación o aceptación en sus respectivos casos, el cedente queda desligado del contrato, y el cesionario subrogado en su lugar. El contratante cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente. Los terceros que hubieren garantizado el cumplimiento del contrato quedarán liberados por la cesión, a no ser que hubiesen prestado su consentimiento» [vid., en el Derecho Foral Navarro, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La cesión de contrato en el Fuero Nuevo», en *RJN*, 15, 1993, págs. 169 a 181; SABATER BAYLE, «Comentarios a las Leyes 511 a 514», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, RUBIO TORRANO (Dir.), Pamplona, 2002, págs. 1747 a 1777].

(53) Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 2, cit., pág. 196, y *Principios de Derecho Civil*, 3, y *Contratos*, Madrid, 2008, 11.ª ed., págs. 121 y sigs.

(54) También presenta interés que el negocio para cuyo pago se cede un piso con la posibilidad de que durante un año pueda recuperar la propiedad pagando el importe exacto de la deuda, se califica «de venta en garantía como negocio fiduciario».

(55) Así, más recientemente, las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2003 o la de 16 de febrero de 2005.

vierte a la empresa hotelera demandada —visto que las obras cuyo importe se reclama, se realizaron sin válida protesta—, en deudora de su importe, así como del reintegro del millón de pesetas del aval, indebidamente por ella cobrado».

b) *De la relevación pasiva a la íntegra transmisión de la posición contractual*

Por tanto, mediante la cesión del contrato se cede íntegra la posición contractual en el negocio que pervive idéntico, sin otra modificación que la que se refiere a la sustitución de una de las partes en el conjunto de derechos y obligaciones que ostentaba el contratante cedente (56). Como decía la *sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 1982*, «la transmisión o cesión de la relación contractual, que pasa a ligar a personas distintas de quienes originariamente la contrajeron, figura admitida por algún ordenamiento foráneo (arts. 1.406 a 1.410 del Código Civil italiano), es posible en el patrio, como la doctrina científica entiende, a la luz del principio de la libertad de pactos proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil, y así lo tienen admitido la jurisprudencia, declarando que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si éstas no han sido todavía cumplidas y la otra parte (contratante cedido) prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión (sentencia de 28 de abril de 1966, 6 de marzo de 1973 y 25 de abril de 1975), institución recogida en la Ley 513 de la Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra, según la cual todo contratante puede ceder el contrato a un tercero, para quedar sustituido por éste en las relaciones pendientes que no tengan carácter personalísimo, siempre que medie la anuencia previa o posterior del otro sujeto del negocio; y es efecto característico de tal figura que el cedente resulta desligado del contrato y cesionario subrogado en su lugar» (57).

En definitiva, en la cesión de contrato se transmite el conjunto activo —cesión de crédito— y además la asunción de deuda. Se cede íntegra la posición activa y pasiva de una de las partes. En este caso, se trata de la cesión de una relación sinalagmática, por lo que la división del contrato bilateral en

---

(56) El debate entre subrogación y cesión pretende aclarar las similitudes y diferencias de estas dos figuras [vid. NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988 (2.<sup>a</sup> ed., Córdoba, 1998), pág. 50]. Ciertos elementos de este debate se pueden insertar en sede del Proyecto de 1836, así como la particular fusión del *Code* y el Derecho medieval español realizado en el artículo 1.157 (vid. HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, cit., pág. 42 y sigs.). Como ya se ha dicho y con mi Maestro se prefiere el entendimiento de la subrogación como acto y la cesión como contrato.

(57) Siendo Ponente DE CASTRO GARCÍA.

dos direcciones, activo y pasivo (58), no sólo resulta artificiosa sino además obstaculiza la operación.

Por otra parte, entendida la aceptación como requisito de eficacia, coincide por extensión del artículo 1.205 del Código Civil, en la necesidad del consentimiento del contratante cedido para que surta efectos. Definitivamente, se aparta de ella en cuanto la cesión de contrato implica la desvinculación radical del contratante cedente, a diferencia de la expromisión que bien puede tanto liberar como acumular sin que opere para el sujeto pasivo primitivo, la desvinculación que trae consigo la cesión para el cedente.

Este supuesto es el que funda la estimación del recurso de casación por inaplicación del artículo 1.205 del Código Civil, según la *sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 1982*, donde se advierte que el pacto de cesión implica una modificación subjetiva, «permaneciendo la relación obligatoria en su dimensión objetiva, o lo que es igual, fue pactada la sucesión sin extinguir el contenido obligaciones, fenómeno, sin duda, permitido por el artículo 1.204 en relación con el artículo 1.203, número segundo del Código Civil (sentencia citada de 25 de abril de 1975), preceptos no tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia, como tampoco lo fue el artículo 1.205, al no conceder significación y trascendencia que lleva aparejada el consentimiento del acreedor recurrido» (59).

Hay que destacar este último extremo ya que, como en el convenio expromisorio, si el acreedor —en este caso, contratante cedido— no consiente, quedaría privado de eficacia el acuerdo pretendido, precisamente, contra el titular del derecho de crédito o contratante cedido y no así en lo que atañe al vínculo que une al cedente con el cesionario. Por ello, cobra sentido la distinción entre el negocio de cesión del propio efecto de la cesión (60).

Así se pronuncia la *sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2004*, cuando distingue con claridad la cesión de la íntegra posición contractual del pacto que vía expromisoria o delegatoria sustituye la persona del deudor. Dice: «comenzando por la primera parte, constituida por los cuatro

---

(58) Vid. NÚÑEZ LAGOS, *Cesión de contratos*, cit., pág. 11. Por su parte, Díez-PICAZO señala que en las relaciones de carácter sinalagmático, no hay deudor y acreedor como partes enfrentadas, sino que ambas posiciones se confunden y ostentan simultáneamente (vid., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 55).

(59) En la sentencia de instancia no se había liberado al contratante cedente pese a la aceptación de la cesión hecha por el contratante cedido; antes bien se había resuelto acumulando al cedente con el cesionario cuando es obvio que «nada tiene que ver lo estipulado con una asunción acumulativa o de refuerzo, a la que sin explícita referencia, se atiende la resolución combatida», cuando el efecto característico de la cesión de contrato es la radical desvinculación del cedente y la subrogación del cesionario en su lugar.

(60) Vid. FORNER DELYAGUA, *La cesión del contrato. Construcción de la figura y ley aplicable*, cit., pág. 41 y sigs. En este sentido, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI aboga por la consideración de la cesión de contrato como un efecto (vid., *Curso de Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General de la obligación*, Madrid, 2000, pág. 124).

primeros motivos del recurso de casación formulados al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por el primero de ellos, alega como infringidos una serie de artículos del Código Civil y de la Ley Hipotecaria para mantener que los demandados habían asumido las deudas en virtud de lo dispuesto en las escrituras de compraventa de las viviendas, contratos celebrados entre ellos y la entidad no demandada y con base en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en el que no fueron parte. *Es la figura de la asunción de deuda, que es la sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria; no es la cesión del contrato, sino que por expromisión o delegación, el nuevo deudor debe cumplir, como tal, la obligación, sin que pueda discutir la existencia de aquella deuda que se ha generado y nacido ya a la vida jurídica.* En el presente caso, tal como declara acreditado la sentencia de instancia, consta la entrega del capital del préstamo en su integridad, de LA CAIXA a la entidad constructora MIC, S. A. No es admisible la alegación que insistentemente hace en este recurso la parte demandante (que no hizo en la demanda) de que, al estar inscrito el préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad, puede exigir a la entidad prestamista responsabilidad por un presunto incumplimiento de contrato, siendo así, primero, que el contrato de préstamo se había ya cumplido y, segundo, que no aparece incumplimiento de contrato por parte del prestamista en una cuestión de disponibilidad de una parte de la cantidad prestada, por la entidad prestataria, no demandada».

c) *Referencia a la sistematización de la cesión de contrato en el nuevo Código Civil italiano*

Por último y teniendo en cuenta la feliz solución que aportó el nuevo Código Civil italiano en materia de procedimientos autónomos para sustituir al deudor, se apuntará la regulación específica sobre la cesión de contrato. La doctrina, antes de su tipificación, se había ocupado largamente de la materia desde la perspectiva empírica de la venta de la íntegra posición contractual y compartía la atomización o descomposición de los actos abogada también por la literatura jurídica española (61).

---

(61) Vid. FONTANA, «Cessione di contratto», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1934, I, pág. 173 y sigs.; PULEO, *La cessione del contratto*, Milano, 1939; FERRARA (hijo), «Per una disciplina legislativa della cessione del contratto», en *Rivista di Diritto Privato*, 1941, pág. 109 y sigs.; CLARIZIA, *La cessione del contratto*, Napoli, 1946; GIOVENE, «Della cessione del contratto», en *Commentario al Codice Civile diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Obbligazioni, I*, Firenze, 1948, pág. 587 y sigs.; CARRESI, *La cessione del contratto*, Varese, 1950; ANDREOLI, *La cesión del contrato*. Traducida por OSSET, Madrid, 1956; CARRESI, «Cessione del contratto», en *Novissimo Digesto Italiano, III*, Torino, 1957, págs. 147 a 152; CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962; INSANA, *La*

A partir de la aprobación del nuevo Código italiano en 1942 (62), se observa un importante giro de los tratadistas, ya que se recoge expresamente en el artículo 1.406 este supuesto (63). Al estar también prevista la asunción de deuda (64), el legislador ha determinado las diferencias entre ambas, ya que en la asunción de deuda la liberación del deudor depende del acreedor, frente a la cesión de contrato que lleva implícita la necesaria liberación del antiguo contratante cedente además de la corresponsabilidad que ha de presidir el contrato que se ceda (65).

#### IV. CONCLUSIONES

Distintos del convenio expromisorio, el Código contempla fenómenos de naturaleza extintiva —como el pago del tercero— y otros modificativos, al

*cessione del contratto*, Cittadella, 1957; CARNELUTTI, «Recensione a Cicala, *Negoziio di cessione del contratto*», en *Riv. Dir. Proc.*, 1960, pág. 87 y sigs.; RESCIGNO, «Cessione del contratto», en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffré, Milano, 1960; ALTERINI-REPETTI, *La cessione del contratto*, Buenos Aires, 1962; SANTINI, «Cessione di contratto unilaterale o bilaterale eseguito *ex uno latere*», en *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, IV, Milano, 1969; BRUSCUGLIA, «Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva», en *Foro italiano*, I, 1972, pág. 1362 y sigs.; ZACCARIA, «Cessione del contratto e garanzia della sua validità», en *Rivista di Diritto Civile*, I, 1985, pág. 244 y sigs.; CLARIZIA, «La cessione del contratto: arts. 1.406-1.410», en *Il Codice Civile: commentario diretto da Piero Schlesinger*, Milano, 1991; ANELLI, «Cessione del contratto», en *Rivista di Diritto Civile*, 2, 1996, págs. 261 a 299.

(62) Vid. STOLFI, *Il Nuovo Codice Civile Commentato, Libro IV, Delle obbligazioni, Tomo I*, Napoli, 1949; GIOVENE, «Della cessione del contratto», en *Commentario al Codice Civile diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Obbligazioni, I*, Firenze, 1948, pág. 587 y sigs.; PERLINGIERI, *Commentario del Codice Civile, IV*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1975; MACCARONE, «Libro 4: Delle obbligazioni: Inadempimento. Modi di estinzione delle obbligazioni. Cessione dei crediti. Delegazione. Espromissione. Accollo: Arts. 1.218 a 1.276», en *Commentario teorico-pratico al Codice Civile diretto da Vittorio de Martino*, Roma, 1978; CLARIZIA, «La cessione del contratto: arts. 1.406-1410», en *Il Codice Civile: commentario diretto da Schlesinger*, Milano, 1991; CIAN y TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 1992, 2.<sup>a</sup> ed.; *Commentario del Codice Civile* SCIALOJA-BRANCA. A cura di Francesco Galgano. *Libro quarto. Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1992.

(63) Previsto en el Capítulo VIII, la cesión del contrato se recoge en los artículos 1.406 a 1.410; en particular, por lo que a su noción se refiere, el primero de ellos dice: «ciascuna parte può sostituire a sè un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purchè l'altra parte vi consenta».

(64) Téngase presente el sistema italiano, según se desarrolla en el punto sobre «La configuración autónoma de la *espromissione* como pacto típico para la sustitución o la acumulación de deudores: el Código Civil italiano de 1942 y los tres procesos autónomos de modificación pasiva, delegazione, espromissione y accollo» (MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, cit., págs. 228 y sigs.).

(65) Vid. MESSINEO, *Doctrina general del contrato, II*, Buenos Aires, 1986, págs. 246 y sigs., y BETTI, *Teoría general de las obligaciones, II*, Madrid, 1970, pág. 229 y sigs.

tiempo que autoriza otros atípicos y no impide que, mediante ciertos mecanismos indirectos, se alcance idéntico resultado. Asunción espontánea y pago del tercero son supuestos distintos, ya que quien cumple en el acuerdo expromisorio lo hará como deudor —el *solvens* coincide con la identidad del sujeto pasivo— frente a lo previsto por el artículo 1.158, donde quien interviene es un tercero ajeno y no ligado por la relación en que se ha inmiscuido. De modo que se trata de un *solvens* no deudor. Empero, expromisión y pago del tercero, mantienen un sustrato común referido a la justificación técnica de la intervención del tercero como vía preferencial para el cumplimiento de la prestación.

A esta cuestión se añade la falta de simetría entre el efecto liberatorio y extintivo frente al satisfactivo, ausente en el pago del tercero y que se reproduce en la *expromissio*. Es decir, esta vía de sustitución pasiva está desprovista, en términos generales, de la nota liberatoria del pago y de la función extintiva, toda vez que ni el deudor primitivo ha cumplido, ni por su sustitución se ve exonerado del pago posterior. De hecho, las acciones que ostenta el nuevo sujeto pasivo, una vez que haya cumplido la prestación son, por analogía, las que corresponden al tercero que paga por otro.

Por su parte, en el fenómeno atípico de la cesión de contrato se produce la transmisión sin sustitución del negocio —que pervive incólume salvo lo referido al elemento personal— y es requisito determinante el consentimiento de todas las partes interesadas. Es decir, habrá de prestar su anuencia tanto el que la pretende, sea el contratante cedente o el cesionario, como el contratante cedido. Por tanto, para que se produzca su liberación de aquellas obligaciones aún pendientes ha de concurrir preceptivamente su consentimiento, no tanto por razón del débito, sino por los derechos de los que es titular.

En la expromisión no es necesario, ni siquiera, que el deudor que se ve reemplazado, relevado o incluso acumulado a uno nuevo, tenga conocimiento de este extremo frente, como se dice, a la cesión, donde resulta preceptivo el concurso de este consentimiento en virtud de la recta aplicación del artículo 1.205 del Código Civil que exige la anuencia del titular del derecho de crédito.

Si seguimos con los puntos divergentes, hemos dicho que la expromisión es un pacto típico trabado entre el sujeto activo de un derecho de crédito y un tercero, frente a la cesión del contrato que se trata de un acuerdo de naturaleza atípica que, basada en la autonomía de la voluntad privada, presenta un acusado carácter trilateral y exige el consentimiento de las partes implicadas para que se desplieguen rectamente todos los efectos a que está dirigido.

En definitiva, en la cesión de contrato se transmite el conjunto activo —cesión de crédito— y además se produce una asunción de deuda. Se cede íntegra la posición activa y pasiva de cada una de las partes. En este caso, se trata de la cesión de una obligación sinalagmática, por lo que no es eficaz recurrir a la escisión del contrato bilateral en dos direcciones, activa y pasiva.

De modo que, salvo singulares normas que matizan el consentimiento del acreedor, lo cierto es que el artículo 1.205 del Código Civil deviene en requisito ineludible para la eficacia y oponibilidad de cualquier sucesión singular pasiva donde no se haya ejecutado la prestación adeudada.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA: «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *RDP*, LXI, enero de 1977, págs. 3 a 13, y *Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones* (puesta al día con la colaboración de REGLERO), Barcelona, 2002.
- ALBIEZ DOHRMANN: «El pago por tercero», en *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996, págs. 13 a 92.
- ALTERINI-REPETTI: *La cesión del contrato*, Buenos Aires, 1962.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Curso de Derecho de Obligaciones. Vol. I. Teoría General de la obligación*, Madrid, 2000.
- ANDREOLI: *La cesión del contrato*. Traducida por OSSET, Madrid, 1956.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: *Promesa unilateral y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho español*, Barcelona, 1998.
- ARNAU RAVENTÓS: «Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil», en *Libro homenaje a Jesús López Medel, I*, Madrid, 1999, págs. 689 a 732, y *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil*, Barcelona, 2000.
- AZURZA: «Notas sobre novación», en *RDP*, XXXIV, 1950, págs. 400-401.
- BAYO RECUERO: *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, 2000.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO: «Comentario a los artículos 1.156 a 1.159», en *Comentario del Código Civil, II*, Madrid, 1993, 2.ª ed., págs. 162 a 175.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO y VALLADARES RASCÓN: «Comentario a los artículos 1.156 a 1.159 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1991, 2.ª ed., págs. 1 a 58.
- BETTI: *Teoría general de las obligaciones, II*, Madrid, 1970.
- BOBBIO: «La teoría pura del derecho», en *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, 1980.
- BONILLA Y SAN MARTÍN: «Sobre los efectos de la voluntad unilateral (propia o ajena) en materia de obligaciones mercantiles», en *RGLJ*, 98, 1901, págs. 233 a 269 y 509 a 537.
- BRUSCUGLIA: «Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva», en *Foro italiano*, I, 1972, pág. 1362 y sigs.
- CAMPUZANO TOMÉ: «La intervención del tercero en una deuda ajena», en *AC*, 45, 1989, págs. 3501 a 3523.
- CAÑIZARES LASO: *El pago con subrogación*, Madrid, 1996.

- CARRESI: «Cessione del contratto», en *Novissimo Digesto Italiano III*, Torino, 1957, págs. 147 a 152.
- CARNELUTTI: «Recensione a Cicala, Negozio di cessione del contratto», en *Riv. Dir. Proc.*, 1960, pág. 87 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral, I, Parte General*, Madrid, 1943, 6.<sup>a</sup> ed., págs. 66.
- CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España, Parte General, I, preliminar*, Valladolid, 1943, págs. 361 a 367, y «Declaración unilateral de voluntad (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 1975)», en *ADC*, XXX, I, 1977, págs. 194 a 207.
- CICALA: *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962.
- CLARIZIA: «La cessione del contratto: arts. 1.406-1.410», en *Il Codice Civile: commentario diretto da Piero Schlesinger*, Milano, 1991.
- CRESPO MORA: «Reflexiones en torno a la cesión de contrato. Comentario a la STS de 27 de noviembre de 1998», en *RdP*, 3, 1999, pág. 210.
- CRISTÓBAL MONTES: «La cesión del contrato», en *ADC*, XXI, IV, 1968, págs. 851 a 890 (publicado también en *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Zaragoza, 1985, págs. 136 a 175), y *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986.
- DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho Civil*, México, 1998.
- DE DIEGO Y GUTIÉRREZ: *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera (La transmisibilidad de las obligaciones)*, Madrid, 1912.
- DELBRÜCK: *Die übernahme fremder schulden nach gemeinem una preussischem recht*, Berlín, 1853, págs. 22 a 27.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 1973)», en *ADC*, XXVII, II, 1974, págs. 456 a 465, y *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*, Madrid, 1996, 5.<sup>a</sup> ed.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil, I*, Madrid, 2004, 11.<sup>a</sup> ed.
- DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.
- ESPÍN CÁNOVAS: «Sobre el pago con subrogación», en *RDP*, XXVI, 303, 1942, págs. 300 a 327.
- FERNÁNDEZ VILLA: *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil español*, Granada, 1999.
- FERRARA (hijo): «Per una disciplina legislativa della cessione del contratto», en *Rivista di Diritto Privato*, 1941, pág. 109 y sigs.
- FIGUEROA YÁÑEZ: *La asunción de deudas y la cesión de contrato*, Santiago de Chile, 1984.
- FONTANA: «Cessione di contratto», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1934, I, pág. 173 y sigs.
- FORNER DELAYGUA: *La cesión del contrato. Construcción de la figura y ley aplicable*, Barcelona, 1989.
- GARCÍA AMIGO: *La cesión de contratos en el Derecho español*. Prólogo de J. BELTRÁN DE HEREDIA, Madrid, 1964.

- GETE-ALONSO: «El reconocimiento de deuda (aproximación a su configuración negocial)», Madrid, 1989, y «La modificación de la relación obligatoria», en *Manual de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría general del contrato*, PUIG I FERRIOL y otros, Madrid, 1996.
- GIOVENE: «Della cessione del contratto», en *Commentario al Codice Civile diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Obbligazioni, I*, Firenze, 1948, pág. 587 y sigs.
- HERNÁNDEZ GIL: «La solidaridad en las obligaciones», en *RDP*, XXX, 351, 1946.
- HERNÁNDEZ MORENO: *El pago del tercero*, Barcelona, 1983.
- JORDANO BAREA: «Recensión a Carresi, Cessione del contrato», en *ADC*, IV, III, 1951, págs. 1110 a 1113.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil, II, I* (edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ), Madrid, 2003.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ: «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *RDP*, LIX, 1975, págs. 800 a 827.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil, 2, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2008, 12.<sup>a</sup> ed., y *Principios de Derecho Civil, 3, Derecho de Contratos*, Madrid, 2007, 10.<sup>a</sup> ed.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «La cesión de contrato en el Fuero Nuevo», en *RJN*, 15, 1993, págs. 169 a 181.
- MESSINEO: *Doctrina general del contrato, II*, Buenos Aires, 1986, pág. 246 y sigs.
- MORETÓN SANZ: «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código Civil español (La vicenda modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)», en *ADC*, LXI, 2008, págs. 619 a 719; *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008, y «Obligaciones novables: examen de la *expromissio* y las relaciones contractuales, lesale y extra-contractuales», en *Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, vol. I, Madrid, 2008, págs. 947 a 967.
- MOSSET ITURRASPE: *La cesión del contrato*, Santa Fe, 1960.
- NAVARRO PÉREZ: *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*, Granada, 1988, 2.<sup>a</sup> ed., Córdoba, 1998.
- NÚÑEZ LAGOS: «Cesión de contratos», en *RDN*, IV, 12, 1956, págs. 7 a 33.
- OLMO GARCÍA: *Pago del tercero y subrogación*, Madrid, 1997, «Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor», en *RCDI*, LXXIV, 647, 1998, págs. 1245 a 1269, y «Los límites al pago del tercero y la legitimación para consignar», en *ADC*, LII, I, 1999, págs. 145 a 207.
- PACCHIONI: *Manual de Derecho Romano, II*, Valladolid, 1942.
- PULEO: *La cessione del contratto*, Milano, 1939.
- RESCIGNO: «Cessione del contratto», en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffré, Milano, 1960.
- RODRÍGUEZ TAPIA: Voz «Expromisión», en *Enciclopedia Jurídica Básica, III*, Madrid, 1995.
- RUÍZ-RICO RUÍZ MORÓN: «Las causas de extinción del artículo 1.156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa», en *RDP*, LXXII, págs. 114 a 139.

- SABATER BAYLE: «Comentarios a las Leyes 511 a 514», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, RUBIO TORRANO (Dir.), Pamplona, 2002.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil. IV. Derechos de Obligaciones. Derecho de la Contratación*, Madrid, 1899, 2.<sup>a</sup> ed.
- SANTINI: «Cessione di contratto unilaterale o bilaterale eseguito *ex uno latere*», en *Studi in memoria di Tullio Ascarelli, IV*, Milano, 1969.
- SERRA CALLEJO: «Consideraciones sobre los efectos del pago del tercero», en *La Ley*, 236, 1991, págs. 1082 a 1107.
- ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *Estudios de Derecho Privado. I. Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1948, págs. 199 a 210.
- SALVADOR CODERCH: «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa», en *RDP*, LXII, 1978, págs. 661 a 697.
- VALLS TABERNER: *La cesión de contratos en el Derecho español*, Barcelona, 1955.
- VATTIER FUENZALIDA: «Notas sobre la subrogación personal», en *RDP*, 1985, págs. 491 a 514.
- VICENT LÓPEZ: «Cesión de contrato: Su aceptación por contratante cedido», en *RGD*, LV, 661-662, 1999, págs. 12517 a 12527.
- WINDSCHEID: «Die singularsuccession in Obligationem», en *Kritische uberschau*, I, 1853, págs. 32 y 45.
- YSÀS SOLANES: «La modificación unilateral de las obligaciones», en *Centenario del Código Civil (1889-1998)*, Madrid, 1990, tomo II, págs. 2087 a 2108.
- ZACCARIA: «Cessione del contratto e garanzia della sua validità», en *Rivista di Diritto Civile*, I, 1985, pág. 244 y sigs.

## VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS

1. 22 de abril de 1864
2. 10 de marzo de 1903
3. 1 de junio de 1904
4. 9 de marzo de 1908
5. 4 de enero de 1916
6. 11 de abril de 1944
7. 23 de junio de 1969
8. 22 de enero de 1980
9. 26 de noviembre de 1982
10. 29 de mayo de 1984
11. 20 de marzo de 1985
12. 7 de noviembre de 1986
13. 21 de octubre de 1991
14. 18 de marzo de 1992

15. 19 de septiembre de 1998
16. 9 de diciembre de 1999
17. 21 de diciembre de 2000
18. 21 de marzo de 2002
19. 25 de febrero de 2003
20. 31 de marzo de 2003
21. 9 de julio de 2003
22. 23 de octubre de 2003
23. 30 de abril de 2004
24. 4 de noviembre de 2004
25. 16 de febrero de 2005

## RESUMEN

### CESIÓN DE CONTRATO

*En este trabajo se defiende la naturaleza de la expromisión como contrato o convenio contractual por el que un tercero asume, espontáneamente y como propia, la deuda ajena mediando el consentimiento del titular del derecho de crédito. Las partes determinarán las consecuencias que a ellos convengan sobre la acumulación pasiva o a la liberación del deudor primitivo, respetando, en todo caso, las previsiones del artículo 1.207 del Código Civil por lo que a los terceros afecta. A la vista de este concepto, estas líneas tendrán por objeto unas reflexiones en torno a las diferencias y similitudes que, en su estructura o en sus efectos, presenta dicha institución con el pago efectuado por un tercero ajeno a la relación crediticia, así como con la figura atípica de la cesión de contrato. En este sentido, el Código contempla fenómenos de naturaleza extintiva —como el pago del tercero— y otros modificativos, al tiempo que autoriza otros atípicos y no impide que, mediante ciertos mecanismos indirectos, se alcance idéntico resultado. Asunción espontánea y pago del tercero son supuestos distintos, ya que quien cumple en el acuerdo expromi-*

## ABSTRACT

### CONTRACT ASSIGNMENT

*This work studied the expromissio like contract or contractual agreement for which a third assume, spontaneously and as own, the other people's debt mediating the consent of the creditor. The parts will determine the consequences that suit about the passive accumulation to them or to the primitive debtor's liberation, respecting the article 1.207 of the Spanish Civil Code. In view of this concept, these lines will have for object some reflections around the differences and similarities that, in their structure or in their effects, it presents this institution with the payment made by a third, as well as with the atypical figure of the cesion of contract. The Code contemplates phenomena of extinctive nature —as the payment of the third— and other modificativos, at the time that authorizes other atypical ones and it doesn't impede that, by means of certain indirect mechanisms, identical result is reached. Expromissio and I pay of the third they are supposed different, since who completes in the agreement of the expromission will make it as debtor —the solvens coincides with the passive fellow's identity— in front of that foreseen by the article 1.158 where*

sorio lo hará como deudor —el solvens coincide con la identidad del sujeto pasivo— frente a lo previsto por el artículo 1.158, donde quien interviene es un tercero ajeno. Por su parte, la cesión de contrato supone la transmisión íntegra de la posición activa y pasiva de cada una de las partes. El examen y revisión de dichas figuras ratifica el valor y contenido del artículo 1.205 del Código Civil para la eficacia y oponibilidad de cualquier sucesión singular pasiva donde no se haya ejecutado la prestación adeudada.

who intervenes it is a third. The cession of contract supposes the complete transmission of the active and passive position of each one of the parts. The exam and revision of this figures ratifies the value and content of the article 1.205 of the civil Code for the effectiveness and oponibility of any passive singular succession.

*(Trabajo recibido el 07-03-08 y aceptado  
para su publicación el 20-03-09)*

# El testador anciano y los problemas de la testamentifacción activa

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

*Abogada*

*Doctora en Derecho*

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN AL TEMA.

CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR.

LAS PERSONAS ANCIANAS: REFERENCIA A LA CAPACIDAD DE TESTAR.

REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

## INTRODUCCIÓN AL TEMA

La problemática que plantea la capacidad de testar es, quizá, uno de los temas más interesantes y polémicos que, en la actualidad, merced a los nuevos avances de la Ciencia Psiquiátrica, ofrece el Derecho de Sucesiones.

El Título III de nuestro Código Civil, y, en concreto, el Capítulo Primero, Sección Primera, de dicho Título («Modos de adquirir la propiedad»), lleva por rúbrica «De la capacidad para disponer por testamento». El artículo 662, que abre esta Sección, establece que «pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». Este precepto que, lógicamente, ha de ser analizado en profundidad, va a servir de base para el estudio y análisis de la problemática que presenta el testador anciano, su capacidad tanto desde el punto de vista estrictamente civil, cuanto desde el marco de la Ciencia Médica y, más concretamente, Psiquiátrica, tema que paso a analizar a continuación.

## CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR

Nuestro Código Civil no define el concepto de capacidad. Quizá, la razón estriba en que un *corpus* legal no tiene por qué hacer definiciones que, más tarde, han de ser elaboradas y reelaboradas por la doctrina y por la Jurisprudencia.

Sin embargo, el Código Civil emplea, con frecuencia, los conceptos de «capaz», «incapaz», «capacidad» e «incapacidad». Es curioso comprobar cómo utiliza estos conceptos, pero no lo hace siempre con el mismo significado.

Lo primero que hay que diferenciar, en un primer avance, es el concepto de «capacidad jurídica», del de «capacidad de obrar».

La capacidad jurídica supone la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Cualquier persona, por el hecho de serlo, posee capacidad jurídica, en tanto que posibilidad, abstracta, de ser titular de derechos y obligaciones, tal como pusieron de relieve los prestigiosos juristas Luis Díez-Picazo y Antonio GULLÓN (1).

José M. LETE DEL RÍO afirmaba que la capacidad jurídica no es una concesión caprichosa de la Ley a una persona determinada y que, arbitrariamente, pueda negar a otra u otras, sino que es un derecho que corresponde y se le reconoce a toda persona desde su nacimiento. De ahí que el artículo 29 del Código Civil diga que «el nacimiento determina la personalidad». En consecuencia, es una igual posibilidad general de ser titular de relaciones jurídicas (2). Este último jurista se refiere, también, a una titularidad actual, o potencial, de relaciones jurídicas. Es decir; la persona física, desde el momento mismo de su nacimiento, adquiere derechos y puede encontrarse sujeto a deberes. Observa, sin embargo, agudamente, que la titularidad de un derecho lleva ineludiblemente aparejada la aptitud para tenerlo, pero, en cambio, la aptitud no supone tenencia efectiva de derechos patrimoniales, sino tan sólo posibilidad, porque una persona tiene siempre los derechos inherentes a su condición de tal, pero puede carecer de bienes y ello no obsta a su condición de persona, ni tampoco a su capacidad jurídica.

En consecuencia, la capacidad jurídica es una y la misma para todas y cada una de las personas, porque la capacidad jurídica no implica ninguna actividad o comportamiento y, por ello, no requiere en la persona ninguna otra cualidad, idea a la que, efectivamente, responde el artículo 14 de nuestra Constitución, al establecer que: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

---

(1) Díez-PICAZO, Luis, y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1992.

(2) LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la persona*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

Sin embargo, ya LACRUZ BERDEJO matizaba diciendo que la homogeneidad del concepto de capacidad jurídica no significa que todas las personas tengan *in actu*, y en cada momento, las mismas oportunidades y posibilidades en el campo del Derecho y sí, en cambio, que a cada persona se le brinda, en el momento de nacer, un elenco exactamente igual de posibilidades abstractas de actuar, cuyo ejercicio será accesible a todas, siempre que se cumplan unas mismas condiciones (3).

La doctrina ha distinguido claramente entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capacidad jurídica es la posibilidad abstracta de ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de obrar es la capacidad ya en concreto y referida a una determinada actuación o actividad. Puede ser plena, total, o encontrarse limitada, restringida, si la persona no puede realizar por sí misma, con plena eficacia, actos jurídicos, o alguno o algunos de ellos.

Para GORDILLO CAÑAS (4), la capacidad de obrar es contingente, porque se puede tener o carecer de ella. La expresión «carecer de ella» es bastante radical y, quizá, no da idea de lo que, en realidad, se quiere decir. Pensemos que, al fin y al cabo, toda persona, aún la incapacitada, goza de una esfera de actuación en la que, en principio, va a tener la posibilidad de actuar por sí misma. Así, en sede de derechos de la personalidad, derechos fundamentales como el honor, la intimidad, la imagen, la voz, etc.

La expresión correcta, a mi juicio, es afirmar que una persona ha visto, en mayor o menor grado, restringida su capacidad.

La capacidad de obrar se presume plena, de acuerdo con el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, ex artículo 10 de la Carta Magna. Por tanto, las limitaciones deben ser expresamente establecidas y su interpretación, en casos dudosos, ha de ser restrictiva.

En consecuencia, regla general es la capacidad de obrar, y la incapacidad es la excepción, como acertadamente ha expresado GARCÍA RIPOLL (5). La capacidad de las personas se va siempre a presumir mientras no sea destruida por una prueba concluyente en contrario y a través de los medios procesales legalmente establecidos y con respeto escrupuloso de las garantías constitucionales, tal como declararon las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1986 y 28 de junio de 1990.

Para el ejercicio de los derechos, se estima necesario que la persona tenga inteligencia y voluntad —aspectos intelectual y volitivo—, siendo precisa una voluntad plenamente desarrollada y consciente. Ello es así, porque, al igual que el presupuesto de hecho de la capacidad jurídica es la existencia de la

---

(3) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Barcelona, 1983.

(4) GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986.

(5) GARCÍA RIPOLL, *La incapacitación y figuras afines*, Madrid, 1992.

persona, el requisito de la capacidad de obrar, o de ejercicio, es la inteligencia y la voluntad, o sea, la capacidad natural de entender y querer.

Lógicamente, como sabemos, el presupuesto de hecho —inteligencia y voluntad— no existe ni se da por igual en todas las personas, ni tampoco con la misma intensidad, por lo que surge la distinción entre personas capaces e incapaces, según la aptitud, o la falta, o ausencia, de ella, para actuar eficazmente en el orden del Derecho.

La validez de los actos de una persona —de cara al Ordenamiento Jurídico— debe depender de la particular constatación de su capacidad natural para poder realizarlos. Pero, lógicamente, sería imposible determinar, caso por caso, la capacidad natural, o grado de madurez, de cada persona, influyendo en el desarrollo de la personalidad muchos factores, por lo que es práctica común en los Ordenamientos Jurídicos conectar el reconocimiento de la capacidad de obrar a ciertos hechos o datos objetivos, uniformes y generales para todas las personas, como lo son el haber alcanzado determinada edad, no padecer determinadas enfermedades físicas o psíquicas, o defectos u otras causas que la propia Ley se encarga de delimitar. Razones de seguridad y certeza obligan al legislador a determinar esos datos objetivos y formales, a los efectos de establecer la presunción de capacidad de obrar de la persona.

Nuestro Código Civil ha establecido la mayoría de edad en los dieciocho años. Es esta edad la que hay que alcanzar para que la Ley estime que se goza de capacidad natural, que habilita a la persona para regirse y para administrar y disponer de su patrimonio, ex artículos 315 y 322 del citado *corpus* legal. Se hace coincidir la capacidad natural con la capacidad de obrar.

La capacidad de obrar limitada puede poseerse antes de alcanzar la mayoría de edad mencionada, estableciéndose, a estos efectos, la institución de la emancipación o anticipación de la mayoría de edad. Por su parte, las restricciones de la capacidad de obrar son las que dan lugar al sometimiento a patria potestad, tutela o curatela.

Para llevar a cabo válidamente un acto, la persona necesita de capacidad de obrar, o aptitud conferida por el Ordenamiento Jurídico para realizarlo. Pero necesita, asimismo, capacidad natural. Ya ALBALADEJO, con agudeza (6), afirmaba que una cosa es la verdadera capacidad de obrar, y otra, distinta, las condiciones psíquicas adecuadas, es decir, la denominada capacidad natural para obrar válidamente, lo cual me lleva, a continuación, a tratar el tema objeto de mi estudio: ¿tienen capacidad de obrar los ancianos y, en concreto, la poseen para hacer testamento? Ésta es la cuestión que abordo seguidamente.

---

(6) ALBALADEJO, Manuel, «Comentario a los artículos 662 a 666 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirección de ALBALADEJO), Tomo IX, vol. 1.º, Madrid, 1993.

## LAS PERSONAS ANCIANAS: REFERENCIA A LA CAPACIDAD DE TESTAR

Todos sabemos que hay determinados actos, en el marco del Derecho, que son esencialmente personalísimos y que, además, revisten una singular trascendencia. Estoy refiriéndome, en concreto, al testamento, acto por el cual la persona dispone de sus bienes para después de su fallecimiento. Acto que, sin duda, no admite representación, que ha de ser otorgado por el testador en la plenitud de sus facultades mentales.

El problema se presenta, con frecuencia, cuando se duda de la capacidad del testador, porque éste, aun sin estar incapacitado judicialmente, al ser anciano, no se sabe si se encuentra en esa plenitud de facultades intelectivas y volitivas precisas y establecidas por el Código Civil para realizar, con eficacia jurídica, un testamento.

El artículo 200 del Código Civil establece que son causas de incapacitación: «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Como vemos, la Reforma del Código Civil efectuada en el año 1983 optó por no tipificar las causas, adoptando un criterio de gran amplitud frente al derogado artículo 32, que enumeraba, como tales, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil. Esta enumeración implicaba un *numerus clausus* y dejaba fuera, en consecuencia, enfermedades o deficiencias poco frecuentes o desconocidas en esa época, así como las que fueran apareciendo en la evolución de la Medicina Psiquiátrica. Esto, naturalmente, no era de recibo, y se vio la necesidad, inaplazable, de modificar el precepto.

El vigente artículo 200 del Código Civil exige únicamente la existencia de enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, requiriéndose, necesariamente, que las mismas sean persistentes e impidan a la persona gobernarse por sí misma. Por lo tanto, hay que deducir de este precepto civil que la enfermedad —o deficiencia, en su caso— debe producir la anulación de la capacidad de entender y querer de la persona que la padece.

Como ha expresado ROCA GUILLAMÓN (7), el autogobierno supone una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en el ámbito patrimonial. El procedimiento de incapacitación va a girar en torno a la valoración judicial de las repercusiones de la enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión. Como puntos fundamentales a determinar por el Juez en estos procesos tenemos los siguientes: la incidencia efectiva de la enfermedad o deficiencia en la conducta y que esa incidencia sea de tal entidad que impida a la persona afectada tener un com-

---

(7) ROCA GUILLAMÓN, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1993.

portamiento normal en relación con su persona, con sus bienes, o con ambas cosas.

La norma del artículo 200 del Código Civil vigente evita algunos problemas, como, por ejemplo, la dificultad de encajar en los estrechos límites de los términos «locura» o «demencia» determinadas deficiencias o patologías psíquicas.

Con la fórmula actual, hay posibilidad de graduación por el órgano judicial de la incapacidad —este dato es muy importante para el tema que voy a analizar—. Sin embargo, tiene algunos inconvenientes, como lo es la inseguridad jurídica que conlleva una norma tan abierta, pues no se enumera enfermedad o deficiencia alguna, tal como ha puesto de relieve Díez-Picazo (8).

El requisito de la persistencia de la enfermedad, o deficiencia, no implica que ésta sea irreversible, sino que, razonablemente, con los medios y conocimientos actuales, cabe prever que no mejore, al menos a medio plazo, con lo que la exigencia legal, a juicio de Rivero Hernández (9), parece relativizarse.

El requisito de la persistencia hace referencia, en realidad, a que la enfermedad, o deficiencia, debe entenderse referida al tiempo en que la misma se viene sufriendo, pero no sólo a ello, sino a la previsible persistencia de cara al futuro. Tengamos en cuenta que una esquizofrenia, por ejemplo, suele abarcar fases cíclicas, con estados de mejoría y retroceso o empeoramiento de la enfermedad. Es evidente que la esquizofrenia cumple con todos los requisitos para ser considerada como enfermedad persistente.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1986, determinó que «la incapacidad no deriva de una consideración estrictamente médico-psiquiátrica, sino de los requisitos exigidos en el artículo 200 del Código Civil, sin que, para la apreciación de la causa de incapacitación, sea obstáculo el que, desde el momento de su dicho carácter crónico y el no constar precisión de cuándo la afectada por la referida enfermedad entra en las referidas fases cíclicas o críticas, evidentemente significa, a efectos jurídicos, persistencia».

Llegados a este punto, parece ya oportuno aludir al tema objeto de estudio en este trabajo de investigación y que no es otro que la capacidad de testar de la persona anciana. Si ésta no está incapacitada judicialmente, hay que plantear si, efectivamente, goza de capacidad para hacer testamento, un acto jurídico tan importante.

Hay que tener en cuenta que, así como el menor de edad, por muy maduro que sea psicológicamente, no tiene plena capacidad de obrar por la Ley, y precisa del consentimiento de sus progenitores o tutores, para la adopción de

---

(8) Díez-Picazo y Gullón, *ob. cit.* en nota 1.

(9) Rivero Hernández, *La capacidad de obrar y la incapacitación judicial*, Centro de Estudios Judiciales Psiquiátrico-Forenses, Madrid, 1994.

decisiones de gran envergadura sobre su propio patrimonio, cuando una persona —en el sentido absolutamente opuesto— llega a la mayoría de edad, tiene plena capacidad mientras no se establezca lo contrario en un proceso judicial de incapacitación. El concepto de «incapacitado», por tanto, cobra una especial relevancia a efectos jurídicos y se ha ampliado, además, en los últimos años, hasta que se ha llegado a la redacción actual del artículo 200 de nuestro Código Civil: pueden ser incapacitadas aquellas personas que sufran enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que la impidan gobernarse por sí misma, tanto de cara al futuro como en el presente.

Eduardo CORRAL GARCÍA afirmaba que del término «locura» —trasnochado, como ya ha quedado anteriormente expresado, y obsoleto incluso de cara a la Ciencia Médica Psiquiátrica— se ha evolucionado al concepto de «enfermedad mental», que también acoge, por supuesto, a las personas alcoholizadas y drogodependientes, en cuanto que éstas, inevitablemente, van a ver alteradas sus capacidades cognoscitiva y volitiva (10).

El último escalón de esta evolución legislativa viene dado, a mi juicio, por el término «demencia senil». Fue la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 1998, la primera resolución judicial que estableció que una demencia senil era causa de incapacitación, en este sentido: «el Médico Forense informa que padece una enfermedad de carácter psíquico que le impide gobernarse por sí misma: en concreto, es una demencia incluida en la F00 10, y que ese trastorno mental es persistente y debido al mismo se halla impedida para regir su persona y administrar sus bienes, en cuanto que provoca un deterioro cognoscitivo del 40 por 100, afectación prevalente del hemisferio izquierdo y patrón hemodinámica de insuficiencia cerebrovascular crónico, lo que la incapacita de forma permanente para el normal ejercicio de sus responsabilidades cotidianas y legales (...), ésta padece la enfermedad de Alzheimer de carecer evolutivo y progresivo, que se encuentra en fase avanzada...».

Al encontrarse la enfermedad en fase ya avanzada, se estableció que la medida de protección adecuada era la institución de la tutela. Sabemos que otros fallos judiciales declaran la incapacidad parcial, lo cual, en ocasiones, puede conllevar problemas en la práctica.

El artículo 663.2 de nuestro Código Civil señala que está incapacitado para testar «el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

El precepto deja la puerta abierta a una serie de interrogantes, especialmente si atendemos a la capacidad de testar del testador anciano, extremo este que va a ser analizado en profundidad. ¿Se presume la capacidad de la persona anciana para testar o, al contrario, hay que demostrar que esa persona

---

(10) CORRAL GARCÍA, Eduardo, «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho Civil», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46, Madrid, 2003.

mayor, que ha hecho testamento, se encontraba, en ese momento tan trascendental en su existencia, en su cabal juicio, es decir, con sus facultades mentales en perfecto estado, de modo que pudiera, desde el punto de vista jurídico, llevar a cabo ese acto, trascendental y personalísimo, con plena eficacia jurídica?

Como ha puesto de relieve Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN (11), el precepto citado no especifica qué enfermedades, o circunstancias concretas, son las que incapacitan para testar por falta de cabal juicio. No se aclara, efectivamente, al ser una fórmula abierta, si la ancianidad es un supuesto de incapacidad para testar. Se trata, en definitiva, de una fórmula vaga y poco técnica. Pero, a mi juicio, al legislador no le era factible hacer una fórmula más concreta, debido, sobre todo, a la ingente cantidad de supuestos que, en la práctica forense, pueden darse y que no facilita la determinación ni el establecimiento de una línea divisoria más o menos concreta.

Según MANRESA (12), las Leyes de las Partidas, que estaban vigentes cuando se promulgó el Código Civil, en razón a su espíritu casuístico, utilizaron diversas denominaciones para referirse a los diversos grados de locura e imbecilidad que incapacitaban para testar. Y, con el fin de evitar las dudas que suponía la comprensión de todos estos conceptos —como «salido de memoria», «fuera de sexo», «desmemoriado», «furioso» y otras muchas expresiones análogas—, se prefirió el empleo de una fórmula sintética, breve y sencilla, que, desde luego, va mucho más allá del estado de locura y permite, en cambio, abarcar todo género de perturbaciones cerebrales que menoscaban la inteligencia.

Nuestro Tribunal Supremo se ha decantado en una posición rotunda: la ancianidad no puede estimarse como causa de incapacidad para testar. Así lo declaró la antigua sentencia de 25 de octubre de 1928, manifestando que no cabe anular un testamento por el estado senil del que lo otorga, ya que «ni el derecho ni la medicina consienten en que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a senectud o ancianidad, se haya de considerar demente al individuo», y que «en el número dos del artículo 663 del Código Civil sólo están comprendidos los padecimientos que afectan al estado mental con eficacia bastante para constituir entes privados de razón».

A raíz de esta sentencia, sin duda paradigmática y que cobra toda su vigencia a pesar del tiempo transcurrido, voy a detenerme en algunas sentencias que son especialmente significativas en relación con el tema que estoy analizando. La Jurisprudencia menor se revela, aquí, como en otras ocasiones, como fuente necesaria de estudio e investigación.

---

(11) RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, *La capacidad de testar. Especial referencia al testador anciano*, Cuadernos Civitas, Aranzadi, Navarra, 2006.

(12) MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentario a los artículos 662 y 663 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo V, Editorial Reus, Madrid, 1951.

En este sentido, voy a citar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, de 19 de enero de 2001, que entró a resolver una demanda de nulidad de testamento planteada por el hermano del testador, beneficiado por un testamento anterior, alegando que el testador estaba aquejado de demencia senil, la cual, efectivamente, había sido diagnosticada nueve meses antes de la fecha del otorgamiento del testamento citado.

La Sala rechazó la petición de nulidad, al no resultar suficientemente probado que el testador no se hallara en su cabal juicio —sano juicio—, de acuerdo con la prueba testifical y con un informe del médico que le trató con más asiduidad hasta su fallecimiento y, según el cual, había mantenido hasta el final de su vida una actividad física y mental aceptable.

Tanto el Notario autorizante del testamento, como el otro fedatario que autorizó una compraventa efectuada por el testador algo más de un año después, juzgaron suficiente la capacidad del mismo. La sentencia declaró que había que tener en cuenta los siguientes extremos: el testador había concertado un contrato de arrendamiento de una vivienda de su propiedad; había acudido a contratar los servicios de un Letrado y a los Tribunales de Justicia para cuestiones referidas al citado contrato de arrendamiento; había comparecido, asimismo, como denunciado en un juicio de faltas, siendo condenado y sin que, en ningún momento, se planteara el problema relativo a sus facultades mentales, que, en otro caso, habría sido advertido de oficio; recibió un legado de su abuela, en atención a los cuidados y la asistencia que le había prestado en vida a la misma. El propio contenido del testamento era absolutamente lógico y comprensible. Hay que resaltar que nombró heredero a la persona con la que había convivido durante diez años, en relación sentimental asimilable a la propia del matrimonio, en lugar de a su hermano, o de dejar operar la sucesión abintestato.

Es importante, y oportuno, hacer alusión ahora a la expresión empleada por el legislador en el artículo 663.2 del Código Civil: «cabal juicio». ¿Qué quiere decir esta expresión?

Lo primero que hay que aclarar es que la expresión «cabal juicio» no equivale —tal como la Jurisprudencia lo ha interpretado— a integridad absoluta de las facultades mentales, porque, de ser así, habría un porcentaje muy elevado de personas ancianas que no tendrían capacidad de testar. Como ha afirmado BORDA (13), es muy complicado llegar a ciertas edades sin que las facultades mentales se encuentren algo alteradas o deterioradas. El caso de las pérdidas de memoria es harto frecuente. En otros Ordenamientos, como el argentino, por ejemplo, tal como ha citado BORDA, ocurre lo opuesto, porque los artículos 3.615 y 3.616 del Código Civil de Argentina exigen que el

---

(13) BORDA, G., *Manual de Sucesiones*, Editorial Perot, Buenos Aires (10.<sup>a</sup> ed.), 1988.

otorgante del testamento se encuentre en su «perfecta y completa razón». De ahí que la doctrina argentina ha señalado que tal expresión permite al Juez moverse dentro de límites más amplios para poder anular actos otorgados por personas que, sin estar alienadas, se encuentran en una zona fronteriza, sea por su debilidad de espíritu, o por hallarse privados de su plena lucidez en razón, por ejemplo, de su vejez.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, a tenor del artículo 663.2 del Código Civil, la persona —sea o no anciana— que no se halla en su cabal juicio, no podrá emitir una declaración de voluntad plenamente consciente.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA resaltaban que, para testar, es preciso que el juicio de quien ordena su sucesión sea cabal, es decir, que quien dispone de su patrimonio ha de tener no sólo capacidad, sino, además, capacidad suficiente, bastante, de entender y de querer precisamente sus disposiciones, y de apreciar los motivos para hacerlas, sin que baste hallarse en un umbral de conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permite asentir y firmar, o, simplemente, con una capacidad mental tan disminuida que las manías y las obsesiones eliminen la claridad de juicio y la libertad de decisión (14).

Cabría preguntarse cuáles son los factores que hay que tener en cuenta para estimar que una persona se halla en su cabal juicio o no se halla. En principio, a un testador anciano se le considera capaz, en virtud de la presunción citada anteriormente. ¿Qué factores pueden destruir esa presunción por lo que respecta a la ancianidad? Veamos algunas sentencias dictadas en nuestro país a este respecto.

El Tribunal Supremo dictó una sentencia el 27 de noviembre de 1995, referida a este interesante y polémico tema. El supuesto se recondujo a lo siguiente: una anciana otorgó testamento notarial abierto el 16 de septiembre de 1982, por el que, de forma tácita, revocaba otro testamento notarial abierto realizado el 19 de mayo de 1959, nombrando en el último, como único heredero, a su hermano D. D. y, por consiguiente, desheredando, de forma tácita, a sus otros hermanos y sobrinos. Estos últimos solicitaron la nulidad del último testamento por incapacidad de la testadora. Tanto los Tribunales de Instancia como el Tribunal Supremo apreciaron la nulidad. Pero hay que fijarse en un matiz importante: el Supremo no consideró incapaz a la testadora por el mero hecho de ser anciana, ya que repite la idea mantenida desde tiempo atrás, de que la senilidad es algo diverso a la demencia senil, fundamentando esta idea en que la expresión «cabal juicio» no debe interpretarse en el sentido de absoluta integridad, sino más bien en el sentido de que concurran en una persona las circunstancias y condiciones que, por lo general, se estiman como expresivas

---

(14) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Ediciones Dykinson, Madrid, 2004.

de la aptitud mental. Curiosamente, el Supremo consideró que la anciana no era capaz de testar en el momento del otorgamiento del último testamento, porque la parte demandante presentó pruebas que el Tribunal estimó que destruían la presunción *iuris tantum* de capacidad de testar. Estas pruebas fueron las siguientes: de un lado, los certificados médicos presentados por dos doctores que la trataron durante la época anterior y coetánea al otorgamiento del testamento. Y, de otro lado, la conducta, incongruente, de la anciana a la hora de testar frente a su comportamiento habitual, durante toda su vida, con los parientes y hermanos a los que no beneficia en el testamento hecho al final de su existencia.

A la vista de esta sentencia del Tribunal Supremo, parece que la Jurisprudencia española se decantó por estimar que la mudanza de la voluntad anterior mantenida por el testador —hecha realidad en testamentos notariales— es susceptible de destruir la presunción de capacidad de aquél, presunción *iuris tantum*.

En cualquier caso, es bastante peligroso y arriesgado mantener esta pauta siempre y en todos los supuestos. Si pensamos en la regulación que nuestro Código Civil hace del testamento, veremos que, precisamente, el poder cambiar las disposiciones del mismo es una característica fundamental que nuestro legislador ha incorporado. El testamento es, efectivamente, un negocio jurídico esencialmente revocable, ex artículo 737 del Código Civil. ¿Por qué estimar que una modificación, sustancial, de la voluntad testamentaria va a ser un indicio de la incapacidad del testador, cuando ese cambio, por ejemplo, tenga una razón lógica, un sentido, unas causas justificables? Pensemos en el supuesto de una persona anciana, sin hijos, que tiene varios sobrinos, y sólo uno de éstos se ocupa de atenderla, de visitarla y de proporcionarle ciertos cuidados. Con anterioridad, esa persona había hecho testamento dejando sus bienes, a partes iguales, a todos sus sobrinos. Posteriormente, vista la actitud de éstos, decide, por propia voluntad, que sólo herede su patrimonio el sobrino que ha cuidado de ella hasta el final de sus días. ¿Es éste, racionalmente, un motivo bastante, suficiente, como para estimar que esa persona anciana no gozaba de capacidad testamentaria? Desde mi punto de vista, no lo es, aunque el Tribunal Supremo, en sus resoluciones, haya estimado otra cosa. En cualquier caso, habría que estudiar, analizar a fondo el por qué una persona anciana muda su voluntad y, desde luego, esto no es siempre posible.

La Jurisprudencia menor, que he tenido ocasión de consultar, no comparte siempre el criterio sostenido por el Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, una sentencia, muy interesante, dictada por la Audiencia Provincial de Orense, el 13 de julio de 2001, entró a resolver el supuesto siguiente: la nuera de una señora pidió la nulidad del testamento otorgado en 1996, que revocaba uno anterior en el que se nombraba heredero al hijo de la anciana y sustituta

vulgar a su nuera, mientras que, en el segundo testamento, nombraba sucesores a sus dos sobrinos.

Se alegó la existencia de demencia senil, que provocaba un deterioro cognitivo en la anciana, que, de hecho, ingresó en un asilo de manera totalmente voluntaria. Pero su deterioro fue aumentando progresivamente, hasta que, al fin, fue declarada incapacitada en el año 2000. No obstante, ante la falta de pruebas concluyentes, ya que el informe médico favorable a la incapacidad para testar fue realizado por un profesional que no acreditó conocimientos psiquiátricos y, además, no se aportaron pruebas tales como la Tomografía Axial Computerizada (TAC), ni exploración neuropsicológica alguna, la Audiencia Provincial de Orense concluyó en que no podía destruirse la presunción de capacidad (de testar).

A mi juicio, esta sentencia pone de manifiesto que la existencia de una demencia senil no es, por sí sola, suficiente para destruir la presunción de capacidad para testar de la persona afectada por dicha patología. Y no lo es por la sencilla razón de que no se probó, fehacientemente, la incapacidad de dicha persona anciana. La mudanza en la voluntad testamentaria no es, desde mi punto de vista, causa bastante como para declarar la nulidad de un testamento en función de la incapacidad de la persona que lo ha hecho.

En la doctrina española, Eduardo CORRAL GARCÍA ha citado, asimismo, el supuesto de la revocación de un testamento anterior, hecho que dio lugar al pleito que enfrentó a los sobrinos de una persona con su mujer por la adquisición de su herencia. Los sobrinos eran los herederos, según un testamento anterior, otorgado en 1982. En el testamento posteriormente realizado, ya en 1991, la heredera era la mujer, no dejando nada a los sobrinos, los cuales demandaron la nulidad de este segundo testamento en cuanto que la alegación se fundaba en que su tío sufría una hemiplejía de afasia motora. Sin embargo, el informe médico afirmó que el testador había demostrado siempre una conciencia perfecta, entendiendo las preguntas sobre los tratamientos y la evolución de su proceso, siendo el diagnóstico confirmado, de afasia motora, enfermedad que no impide, desde luego, conservar la capacidad de comprensión y elaboración del lenguaje, si bien provoca la pérdida de la facultad oral de expresión de forma adecuada. En este supuesto, el testamento era muy sencillo, instituyendo heredera universal a la esposa, y el Notario y los testigos afirmaron que pudo el testador llegar a expresar algunas palabras de asentimiento a lo que se redactó, y que, claramente, constituyó su última voluntad.

En consecuencia, la sentencia de la Audiencia Provincial, de 21 de noviembre de 2001, estimó que no había lugar a la nulidad solicitada.

Para sintetizar la problemática que plantea, efectivamente, el tema del testamento del testador anciano, me parece oportuno detenerme en las tres patologías que, con más frecuencia, se dan en la senectud:

- a) la demencia senil;
- b) la enfermedad de Parkinson, y
- c) el Alzheimer.

Hay que preguntarse si estas tres patologías, tan frecuentes en la persona anciana, incapacitan para hacer testamento.

Veamos, por separado, estas enfermedades: en primer lugar, la demencia senil.

**DEMENCIA SENIL:** El término «demencia senil» ha sido empleado hasta hace relativamente pocos años para referirse a lo que, en la actualidad, se consideran distintos tipos de demencias causadas por trastornos neurodegenerativos.

Por enfermedad neurodegenerativa hay que entender aquella patología que provoca la muerte de células del sistema nervioso central, las denominadas neuronas o células grises. Las células que se pierden, probablemente, se pierden para siempre, a diferencia de las diferentes estructuras de nervios que sí poseen esa capacidad de regeneración.

Cuando se habla de «demencia», hay que tener presente la existencia de dos tipos principales de esta patología: de un lado, aquellas demencias consideradas neurodegenerativas, que producen la destrucción de las neuronas. Un ejemplo de esta clase sería la demencia tipo Alzheimer.

Otro grupo de demencias viene constituido por aquellas patologías neurodegenerativas en las que no se produce esa degeneración progresiva, aunque la pérdida de neuronas sea más o menos grave. Es el caso de la demencia tóxica.

En la actualidad, y siguiendo los parámetros de la Organización Mundial de la Salud, se identifican los siguientes tipos de demencia:

- demencia tipo Alzheimer;
- demencia con cuerpos de Lewy;
- demencia vascular;
- demencia debida a traumatismo craneal;
- demencia debida a la enfermedad de Parkinson;
- demencia debida a la enfermedad de Huntington;
- demencia debida a la enfermedad de Pick;
- demencia debida al síndrome de Inmunodeficiencia Adquirido;
- demencia debida a la enfermedad de Creutzfeld-Jacob; y
- demencias tóxicas.

Voy a detenerme ahora en la demencia debida a la enfermedad de Alzheimer, por ser una patología frecuente en personas ancianas.

**ENFERMEDAD DE ALZHEIMER:** Se trata de una enfermedad neurodegenerativa que se manifiesta con deterioro cognitivo y trastornos conductuales. En su forma típica se caracteriza por una pérdida progresiva de la memoria y de otras capacidades mentales, a medida que las células nerviosas (neuronas) mueren y diferentes zonas del cerebro se atrofian. La enfermedad suele tener una duración media aproximada de 10-12 años, aunque esto puede variar mucho en función de uno u otro paciente.

El Alzheimer tiene varias fases:

- Fase inicial: presenta una sintomatología ligera o leve, en la que el enfermo mantiene su autonomía y sólo necesita supervisión cuando va a emprender tareas complejas.  
Estos síntomas van desde una insignificante, pero, a veces, recurrente, pérdida de memoria, como las dificultades de orientarse en lugares como calles al estar conduciendo un automóvil, hasta una constante y más persuasiva pérdida de la memoria conocida como memoria a corto plazo, presentando dificultades al interactuar en áreas de índole familiar, como el vecindario donde la persona habita.
- Fase media: los pacientes pueden realizar tareas con cierta independencia, pero requerirán asistencia en tareas más complejas.  
Poco a poco, la persona va perdiendo aptitudes, como el reconocimiento de objetos y personas. Otros cambios de conducta también pueden manifestarse, como arranques de violencia, aunque nunca hayan tenido antecedentes de ser o comportarse de esta manera.
- Fase avanzada o terminal de la enfermedad: el deterioro de la musculatura se presenta, y, con ello, la pérdida de la movilidad, lo que lleva al enfermo a un estado de postración, inhabilidad de autoalimentarse, junto a la incontinencia. En esta fase, los pacientes están expuestos a ataques de miocardio y neumonía, entre otros trastornos.  
El lenguaje, en esta fase, se torna severamente desorganizado. Los pacientes no pueden realizar las tareas más sencillas por sí mismos y requieren constantes cuidados y supervisión, quedando completamente dependientes.

La expectativa promedio de vida de los pacientes con la enfermedad de Alzheimer es, aproximadamente, de siete a diez años, aunque hay casos en los que se llega a la etapa terminal entre cuatro y cinco años, y existe otro extremo, los que sobreviven hasta veintiún años.

Lógicamente, en las fases ya avanzadas, la persona no es capaz de hacer testamento, y, en caso de testar, no se va a considerar válido a efectos jurídicos. Sin embargo, en la fase inicial de la enfermedad, la persona suele mantener las capacidades intelectual y volitiva relativamente intactas.

**ENFERMEDAD DE PARKINSON:** Es una enfermedad neurológica que se asocia a rigidez muscular, dificultades para andar, temblor y alteraciones en la coordinación de movimientos.

Se trata de una enfermedad muy frecuente, que se desarrolla a partir de los cincuenta años de edad, de igual forma a hombres y mujeres.

El tratamiento médico de esta enfermedad se realiza para controlar los síntomas, supliendo la alteración de los transmisores.

Si no se trata, el Parkinson lleva a una muerte prematura. El problema del tratamiento, sin embargo, es que causa pérdida de funciones mentales y alucinaciones, entre otros efectos secundarios llamativos que pueden citarse.

¿Puede un anciano con enfermedad de Parkinson hacer testamento válido?

La respuesta ha de venir dada en función del grado en el que se encuentre la enfermedad —al igual que en la enfermedad de Alzheimer— y también teniendo en cuenta los efectos secundarios a los que he hecho referencia, pues, cuando la pérdida de funciones mentales es grave y las alucinaciones son persistentes, la persona no podrá, lógicamente, hacer testamento válido.

## REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

El estudio de la doctrina jurisprudencial es fundamental para completar el análisis del tema que ha sido objeto de investigación.

Voy a comenzar por algunas sentencias del Tribunal Supremo, siguiendo, después, por las dictadas por las Audiencias Provinciales, que revisten también un gran interés.

\* SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 31 DE MARZO DE 2004: Entró a resolver un supuesto en el que se debatía la capacidad de la testadora para llevar a cabo su disposición de última voluntad.

La testadora había nacido en 1907 y, a partir del año 1977, comenzó a padecer trastornos afectivos, negativismo y agitaciones, lo que motivó su ingreso en la Clínica San Rafael, estando ingresada desde el último día del mes de diciembre de 1977 al 18 de enero de 1978, siendo diagnosticada de síndrome depresivo angustioso involutivo y, a su vez, también había permanecido ingresada en el Hospital Psiquiátrico Regional, estando afectada de síntomas de demencia senil. Hasta la fecha en que redactó su testamento, se produjo un vacío de información clínica, no habiendo sido cubierto este vacío con las pruebas periciales médicas obrantes en autos.

El Tribunal de Instancia tuvo en cuenta y analizó la prueba suministrada por el perito judicial doctor C., que, en principio, y sustancialmente, mostró su acuerdo con las del doctor I. —prueba preconstituida, aportada con la demanda—, señalando que la patología básica de la testadora era demencia de

tipo Alzheimer vascular o mixta, y sus síntomas son principalmente intelectuales: amnesia, ataxia y apraxia. Pero no podía aportar certeza de su estado en la época en la que testó y los síntomas de la enfermedad, de continuar el proceso que venía padeciendo, deberían de haberlos apreciado el fedatario autorizante del testamento, por lo que no podía establecer la posibilidad de que estuviera muy mal, sin aportar conclusiones definitivas, y sólo conjeturas e hipótesis, por lo que se trata de un informe dubitativo, al sentar solamente suposiciones y no hechos concluyentes respecto a que la testadora estuviera efectivamente demenciada.

Era carga probatoria de los recurrentes, tal como declaró el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia, demostrar que, al tiempo de testar o, al menos, en períodos inmediatos, se había producido una agravación de la enfermedad, que evidenciaría su incapacidad en el preciso momento de hacer la declaración testamentaria. De ahí que la sentencia, literalmente, establezca lo siguiente: «...juega a su favor —a favor de la declaración testamentaria— la presunción de capacidad establecida en el artículo 662, presunción calificada con el rango de fuerte presunción en la sentencia de 22 de junio de 1992, no obstante admite que pueda destruirse mediante pruebas cumplidas y convincentes demostrativas de que en el acto de la disposición testamentaria la testadora no se hallaba en su cabal juicio, lo que aquí no ha ocurrido, pues, continúa declarando la sentencia referida, que resulta erróneo el intento de la parte recurrente de transmutar la prueba pericial en prueba de presunciones para acomodar la impugnación a las pautas jurisprudenciales elaboradas respecto al artículo 666 y concordantes, ya que la prueba pericial ha de ser apreciada con arreglo a la sana crítica, conforme al artículo procesal 632...».

La sentencia objeto de estudio puso de relieve que, cuando se está ante un diagnóstico psiquiátrico retrospectivo, no es suficiente para acreditar la incapacidad de la testadora de referencia. Cita, asimismo, algunas sentencias que abordan este mismo tema en apoyo de su tesis, precisando que, cuando los Juzgadores de Instancia aprecian que la prueba pericial no contaba con la fuerza inequívoca que exige la Jurisprudencia, vinieron a actuar dentro de los límites de sus facultades y se atemperaron a las verdaderas exégesis que, sobre la presunción general de capacidad, tiene establecida la doctrina legal, por lo que, tratándose de diagnóstico psiquiátrico retrospectivo, no es suficiente para acreditar la incapacidad de la testadora de referencia.

Las sentencias que he podido consultar sobre este tema se mantienen en esta misma línea doctrinal, insistiendo en que la prueba de incapacidad mental del testador es de cargo del que promueve la nulidad del testamento.

En el caso de autos, se trataba de un testamento notarial abierto, revistiendo la aseveración notarial de capacidad del testador una especial relevancia, ya que impone al fedatario otorgante la observancia de una extremada atención, consecuente al contacto directo y personal con el otorgante. La constatación de

capacidad conforma presunción *iuris tantum*, susceptible de ser destruida mediante prueba en contrario, prueba que, en todo caso, ha de suministrar la parte que interese la nulidad del testamento y que, en el caso de autos, no se aportó, atendiendo al *factum* que el Tribunal de Apelación estableció como probado y conforme a la doctrina reiterada mantenida por la Jurisprudencia.

\* SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1998: Entra a resolver esta sentencia el tema de la capacidad de testar de D. S. P. P., en cuanto que la prueba pericial médica permitió alcanzar, junto a otras pruebas, la conclusión de que, en el momento de otorgar testamento, no reunía las condiciones psicológicas y mentales que la capacidad de testar exige, al estar afectada de constatada enfermedad de demencia arterioesclerótica consecutiva, de evolución crónica irreversible e incapacitante, prácticamente incurable.

La sentencia declara que «el artículo 663 del Código Civil emplea la expresión cabal juicio, y el 664 la explica al referirse a la enajenación mental, y si bien aquélla no puede resultar técnicamente muy afortunada, sí resulta lo suficiente expresiva en cuanto autoriza una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas», con cita del artículo 200 de nuestro Código Civil.

El Tribunal Supremo establece que este precepto se ha de aplicar no sólo a quien, por resolución judicial, ha sido declarado incapaz, tal como declaró la sentencia de 22 de junio de 1992, sino también a aquellas personas afectadas de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada, que es el caso de autos, ya que D. S. P. P. fue declarada incapaz por medio de Auto de 9 de julio de 1981 —fecha posterior a la del otorgamiento de su última voluntad—, pero la proximidad temporal también es significativa, en cuanto que la anomalía mental ya existía y, cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se partió de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que, durante el iter del proceso, tenga que manifestarse necesariamente.

Establece esta sentencia, asimismo, que la decisión judicial que declara y confirma la situación de incapacidad juega a efectos de la ineficacia de la presunción de capacidad para testar del artículo 662 del Código Civil, es decir, en contra del denominado *favor testamenti*, que cabe ser destruido mediante prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario, prueba que es de cargo, en cuanto excepción, de la parte que sostiene la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento de su última voluntad.

Hay que tener en cuenta que el ataque a la valoración de la prueba pericial por los órganos judiciales sólo procede, conforme reiterada doctrina del Tribunal Supremo —sentencias, entre otras, de 10 de marzo de 1994 y 17 de mayo de 1995— si resulta que las conclusiones obtenidas lo han sido al

margen de la prueba practicada, o bien que se presenten ilógicas, dotadas de incoherencia entre sí, absurdas, desrazonables o disparatadas, por lo que su censura casacional debe ser combatida, si se dan dichos supuestos, expresivos de un fallo deductivo que, intensa y notoriamente, atenta a las reglas de la sana crítica. En el supuesto de autos no ocurrió esto, por lo que el motivo fue desestimado.

La sentencia estableció claramente que la exigencia del artículo 666 del Código Civil, a efectos de apreciar la incapacidad de la testadora, imponía atender a su estado en el momento mismo de redactarse el testamento, lo que conforma cuestión de hecho que incumbe a la Sala sentenciadora, que, en este supuesto, no lo apreció, al concurrir prueba bastante para mantener, con seguridad suficiente, que la causante no recuperó la capacidad necesaria para otorgar el testamento de referencia, que, en cierto modo, se presentaría como súbita, y hasta sorprendente e inesperada, al estar afectada de una grave enfermedad degenerativa y progresiva, con casi nulas posibilidades de recuperación.

Insiste la sentencia que la capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural, que, según reiterada Jurisprudencia, se presume que asiste a todo testador. Cuando es requerida la presencia del Notario para otorgar testamento, éste se va a encontrar, en un primer momento —art. 685 del Código Civil— en el que se le exige una extremada atención, consecuente al contacto directo y personal con el otorgante, porque tiene que dictaminar su capacidad de obrar en relación al acto jurídico que pretende llevar a cabo y ha de hacer una calificación, que suele ser inmediata, respecto a su idoneidad para poder testar.

Antes de la Reforma del año 1991, Ley 30, de 20 de diciembre, el Código Civil empleaba la dicción o expresión «procurar», en relación con el juicio del Notario sobre la capacidad del testador. Procurar equivale a intentar o hacer esfuerzo de atención y diligencia, sin que se exigiera una aseveración de capacidad con absoluta certeza, ni intervención facultativa, tal como pusieron de manifiesto las sentencias de 25 de marzo de 1940 y 21 de junio de 1986.

Pero la Reforma operada por la citada Ley de 1991 llevó a cabo un cambio semántico que, sin duda, puede considerarse importante, estableciendo que el fedatario «deberá» asegurarse de la capacidad del testador. Esta expresión, «deberá», ya le obliga, de algún modo, y le compromete en cierta medida, pues resulta más imperativo, y ha de emitir un juicio y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador y que, necesariamente, ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer. De esta forma, el acto jurídico queda asistido de la legalidad correspondiente, instaurándolo como plenamente eficaz y válido.

El juicio del Notario es personal, al no apoyarse en la colaboración de especialistas —médicos, psiquiatras o psicólogos—. Pero hay que tener en

cuenta que el fedatario no es especialista en la mente humana y en sus patologías. Por lo tanto, ese juicio, propio y personal, no tiene una base médica en la que sustentarse y no tiene por qué ser el fiel reflejo del estado mental del testador, ya que ese estado mental solamente un médico especialista podrá dictaminar en qué situación se encuentra.

El Notario, no obstante, tal como el Código Civil prevé, hace una constatación —que será, siempre y en todo caso, incompleta y que, incluso, puede llegar a ser inexacta, debido a la ausencia de conocimientos médicos y psiquiátricos—.

La sentencia declara que «transcurrido este primer momento, que puede revestir impresión personal y actúa a modo prologal y, decidida la redacción del documento testamentario, es cuando el fedatario hace constatación de la capacidad del testador en dicha escritura, como actuación profesional exclusiva, que no supone que dé fe de un acto que concluye, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar, lo que refiere para los testamentos el artículo 695 del Código Civil, al disponer que hará siempre constar el Notario que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria, en la que va implícita la capacidad natural y de esta manera la actuación notarial reviste plenitud en el enjuiciamiento de la capacidad del testador, pues el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido».

Algunas sentencias admiten que la prueba pericial, en determinadas ocasiones, destruye la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador, ya que, por medio de esta prueba, se constata que el testador, cuando otorgó testamento, estaba incapacitado para hacerlo, al padecer una demencia senil provocada por trastornos mentales, orgánicos, tales como arterioesclerosis, hidrocefalia, Alzheimer, etc., en fase terminal, lo que le causaba un deterioro irreversible de la capacidad de juicio, estando privado de razón y capacidad de entender, querer y obrar.

Parece oportuno plantearse, ahora, si la demencia senil permite, efectivamente, momentos de lucidez, intervalos lúcidos, en los que la persona pueda válidamente otorgar testamento.

De la respuesta que se dé a esta interrogante dependerá que se admita, o no, el testamento de una persona anciana y que padezca una enfermedad senil, como la demencia o la arterioesclerosis. Será, en definitiva, la Psiquiatría la Ciencia que diga la última palabra en este tema, sin duda complejo y delicado.

Para el Tribunal Supremo, la ancianidad no puede estimarse, al menos como regla general, como causa que incapacite para hacer testamento válido, tal como lo declaró una sentencia, ya muy antigua, de 25 de octubre de 1928, al manifestar que no cabe anular un testamento por el estado senil del que lo otorga, ya que «ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho

de llegar a la senilidad, equivalente a senectud o ancianidad, se haya de considerar demente al individuo».

Esta misma sentencia matizó en el sentido de establecer que en el número 2 del artículo 663 del Código Civil sólo están comprendidos los padecimientos que afectan al estado mental con eficacia bastante para constituir entes privados de razón.

\* SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2003: Entra a considerar esta sentencia la interpretación del artículo 663.2 de nuestro Código Civil, afirmando lo siguiente:

- a) la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de los propios actos, tal como estableció la sentencia —antigua— de 25 de octubre de 1928;
- b) ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar, siempre que el enfermo mantenga o recobre la integridad de sus facultades intelectuales, o el demente tenga un momento de lucidez;
- c) la incapacidad para otorgar testamento no basta apoyarla en simples o meras presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la Jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos, anteriores o posteriores, al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del ser humano es mudable hasta su muerte.

La sentencia citada afirma algo muy importante para el tema que está siendo objeto de estudio: no es circunstancia suficiente para establecer la incapacidad del testador su edad senil, su edad avanzada, no estimando la nulidad incluso cuando se trata de un decrepito y achacoso otorgante, porque ni el Derecho ni la Medicina consienten en que, por el solo hecho de llegar a la senilidad, se le haya de considerar demente, porque la inherencia a la persona de un estado de demencia requiere una especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho.

Tampoco es causa incapacitante para otorgar testamento que la persona padezca graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan ni alteran su estado mental con eficacia bastante para considerarle un ente privado de razón.

Por fin, cabe resaltar que, aunque el otorgante sea una persona de edad muy avanzada, se le va a presumir en su cabal juicio, mientras, por una prueba acreditada y fehaciente, no se demuestre que se encontrara privado de

razón y de voluntad —elementos intelectual y volitivo—, pues a toda persona se le reputa, en principio, en su cabal juicio, como atributo normal de su ser. Y ello rige en igual sentido para las personas ancianas.

A la vista de los razonamientos y planteamientos analizados, cabe concluir en que el mero hecho de ser anciano, de llegar a la senectud o edad senil, no constituye fundamento para la nulidad del testamento otorgado en esas condiciones de edad avanzada. Pero, lógicamente, sí hay que añadir a esta afirmación un matiz: cuando la senectud va unida a la demencia arterioesclerótica, o a la enfermedad de Alzheimer, o a una demencia vascular grave, sí que incapacitan estas enfermedades para otorgar testamento. En consecuencia, no basta con la senilidad para incapacitar el otorgamiento de testamento válido, sino que ha de ir unida o ligada a otros trastornos o patologías invalidantes, como las demencias y otras alteraciones de carácter grave que afecten a la capacidad intelectual y volitiva.

Tengamos en cuenta que prácticamente todas las personas mayores presentan síntomas propios de la senectud. Es lo que, en términos más o menos vulgares, se denomina como «achagues». Naturalmente, hay «achagues» físicos, como la lentitud en los movimientos, en los reflejos, las dificultades para andar, la artrosis y otros muchos. Éstos no incapacitan para testar.

Cabe plantearse qué sucede con los «achagues» mentales. ¿Son relevantes a la hora de hacer testamento? Mientras estos «achagues» no afecten a la integridad de juicio, no veo motivo para ser considerados causa incapacitante de testamentifacción activa. Esto como regla general. Por supuesto, es importantísimo que cada caso sea analizado con el debido detenimiento.

#### RESUMEN

##### TESTAMENTO

*La edad avanzada plantea, no cabe duda, hoy en día, una extensa problemática por lo que respecta a la capacidad de testamentifacción activa de las personas que han llegado a la edad de la senectud. En este trabajo se plantean, efectivamente, algunos de los problemas y cuestiones más interesantes en orden a determinar si una persona, en esa edad, está, o no, capacitada para hacer testamento, para disponer de sus bienes para después de su fallecimiento.*

*Aunque hay que analizar detenidamente caso por caso, ya que estamos ante*

#### ABSTRACT

##### WILL

*Nowadays old age certainly poses a wide range of problems with regard to the testamentary capacity of the elderly. This paper addresses some of the more interesting problems and questions in determining whether a person of advanced years does or does not have the capacity to make his or her own will, for the disposal of his or her property after death.*

*Although careful case-by-case analysis has got to be conducted, since this is a problem closely related with medicine in general and psychiatry in particular,*

*una problemática muy relacionada con la Medicina y, en concreto, con la Psiquiatría, en principio hay que partir de la idea de que toda persona, aunque su edad sea avanzada —o muy avanzada— está capacitada para hacer testamento válido.*

*A partir de esta afirmación, que debe constituir el norte que nos ha de guiar a los profesionales del Derecho cuando tratamos estas cuestiones, caben muchos matices y, por supuesto, excepciones, a este elemental principio jurídico.*

*the initial idea ought to be that every person, even if of advanced or very advanced years, has the capacity to make a valid will.*

*This assertion is the pole star that must guide legal professionals when we deal with such questions. Even so there are many nuances and of course exceptions to this elementary legal principle.*

*(Trabajo recibido el 28-03-08 y aceptado para su publicación el 20-03-09)*

# DICTÁMENES Y NOTAS



# Nuevas perspectivas en la liquidación de daños a consumidores y usuarios en el procedimiento administrativo de consumo (1)

por

JAVIER AVILÉS GARCÍA  
*Profesor Titular de Derecho Civil*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN.
- II. ANTECEDENTES: SUCESIVAS NOVEDADES LEGISLATIVAS Y PROBLEMAS DE COORDINACIÓN SIN RESOLVER.
- III. REFLEJOS DEL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO DE ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.
- IV. ¿SUPONE REALMENTE EL ARTÍCULO 48 TRLGDCU UNA NOVEDAD LEGISLATIVA CON INCIDENCIA EN LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE CONSUMO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS?
- V. LOS PRECEDENTES DEL ARTÍCULO 48 TRLGDCU: EL SIEMPRE CONTROVERTIDO ARTÍCULO 130.2 LRJ-PAC:
  1. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERPRIVADOS POR LA ADMINISTRACIÓN Y EVENTUALES PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD.

---

(1) *Nota preliminar:* Este estudio forma parte de otro más amplio financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia dentro del Plan Nacional de Investigación bajo el título «Tendencias de armonización del derecho de los contratos», cuyo investigador principal es el autor del mismo (Referencia Proyecto SEJ 2005-08482/JUR). Asimismo, este trabajo ha sido elegido como primer premio dentro de la convocatoria de 2008 de los «XIII Premios de Investigación en Consumo de la Comunidad de Madrid» (BOCM, núm. 94, 21 de abril).

2. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE CONSUMO.
3. EL CONTENIDO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE REPOSICIÓN E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS AL CONSUMIDOR.
- VI. LA CUESTIÓN DENTRO DEL REGLAMENTO GENERAL DEL PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA.
- VII. LA EFICACIA DE LA DETERMINACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONSUMO.
- VIII. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE CONSUMO.
- IX. LESIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO Y DEL INTERÉS PRIVADO: EL CONSUMIDOR COMO «PARTE INTERESADA» EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONSUMO.
- X. LAS DUDAS Y VAIVENES EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE INDEMNIZAR DAÑOS Y PERJUICIOS A CONSUMIDORES Y USUARIOS DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONSUMO.
- XI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

Es práctica recurrente dentro de la legislación sectorial (tanto en materias ajenas al Derecho de Consumo como en aquellas otras incluidas en él) la creciente tipificación de nuevas infracciones administrativas, cuya característica singular es contemplar la posibilidad de una reparación y resarcimiento de daños contractuales y extracontractuales causados a los particulares (venta de un producto defectuoso; mala o defectuosa prestación de un servicio contratado; fraudes en bienes o servicios; incumplimiento de las garantías legales o comerciales sobre productos; cobro de sobreprecios; introducción de cláusulas abusivas en el contrato, etc.). Esta reparación aparece reiteradamente incorporada dentro de la potestad de autotutela o autoejecución de los actos y resoluciones de la Administración Pública, potestad que se nos muestra como algo practicable *genéricamente* por ésta con arreglo al artículo 103 CE, que indica que debe actuar y guiarse por el *principio de eficacia* con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Tal recurso viene a ser como un complemento inherente a la propia potestad sancionadora de las Administraciones Públicas (2). Asimismo, es fácil atestiguar la cada vez más numerosa legis-

---

(2) Cfr. STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 4.º (Ponente: L. Díez-Picazo), donde se constata que si bien «es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al mo-

lación sectorial que viene regulando desde hace bastantes años la extensión de esas potestades administrativas en este sentido, repitiéndose casi miméticamente las fórmulas y expresiones utilizadas.

Por otra parte, podemos observar cómo desde el punto de vista sociológico, en muchas ocasiones, la misma reparación indemnizatoria al ciudadano perjudicado en una relación de consumo viene a ser de mucha mayor relevancia *social* que la propia sanción administrativa que va inherente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una determinada obligación tipificada como infracción administrativa (3). Con todo esto, resulta sobradamente justificada la búsqueda de mecanismos legales y prácticos que doten de mayor eficacia la aplicación de todo ese tipo de normas sectoriales, lo cual, como veremos, parece ir indefectiblemente unido a una mejor dotación económica y personal de la Administración. Pero, al mismo tiempo, también se debe mejorar en la ejecución más eficiente de los distintos sistemas procedimentales actualmente existentes en España, y que van desde el propio arbitraje de consumo, pasando por la legitimación colectiva o el asociacionismo de consumidores, hasta el refuerzo del propio sistema administrativo sancionador de consumo, que es al que dedicaremos este trabajo (4). Es precisamente en este punto donde nos proponemos hacer unas reflexiones y propuestas de cambio al respecto.

Históricamente, como apuntábamos, desde el comienzo de la promulgación de la legislación sobre viviendas de protección oficial (materias de sobreprecios y vicios constructivos sustantivamente), pasando por la legislación medioambiental en sentido lato (bienes demaniales o del medio natural), así como la legislación de aguas, costas o montes, hasta la misma legislación de caza, podemos ver todo un variopinto muestrario de normas en las que, de

---

nopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse, el de *eficacia* “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Significa esto una *remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia*. Entre ellas, no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o autoejecución practicable *genéricamente* por cualquier Administración Pública con arreglo al artículo 103 de la Constitución (...).

(3) En este sentido, por ejemplo, se piensa que es preciso «superar la idea de *perjuicio individual* sobre un consumidor por una infracción de consumo hasta alcanzar la convicción de que tras ella se dañan los *intereses generales*, cuya tutela está atribuida a los poderes públicos», principio este que se presenta como uno de «los eslabones necesarios para asentar en el ámbito administrativo consumerista la ansiada liquidación de daños en el marco del procedimiento administrativo» español [cfr. por todos, RIBÓN SEISDEDOS, E., «La liquidación de daños entre particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador de consumo», en *Estudios sobre Consumo* (EC), núm. 81, 2007, pág. 32].

(4) Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, 2003, INC, págs. 405 y 406, quien, efectivamente, inscribe todas estas reformas en la misma línea marcada en estos últimos años por la propia Comisión Europea.

una manera más o menos prolija y clara, se viene facultando a la Administración para proceder a la liquidación de los daños y perjuicios causados tanto a la propia Administración como a los particulares. Una de las peculiaridades es que, en algunas ocasiones, tales normativas permiten la posibilidad de proceder al cobro de las indemnizaciones por vía de apremio (particularmente en la legislación de aguas, costas, montes y caza, entre otras), supuestos todos ellos en los que conviene advertir, *a priori*, la concurrencia y superposición de intereses públicos y privados (5).

Existe un nutrido y diferenciado grupo de normas que conceden cada vez más amplias potestades a la Administración en la solución de las controversias surgidas en los contratos celebrados con consumidores y usuarios. Hasta el momento puede afirmarse que tales normas no permiten expresamente, en el procedimiento administrativo, que pueda exigirse una restitución interprivados obligatoria para el infractor. Desde la legislación estatal (art. 3 del RD 1945/1993 y art. 49.1 TRLGDCU), que tipifica netamente como infracciones administrativas simples contravenciones de intereses particulares de consumidores y usuarios (6), pasando por aquellas normas autonómicas que conceden a la Administración la potestad de evaluar los daños y perjuicios causados por las infracciones de consumo, o cuya reparación efectiva por el infractor se considera circunstancia atenuante a la hora de graduar la infracción cometida, son muestras bien diáfanas de lo que existe. Ahora se trata de aquilatar lo que el artículo 48 TRLGDCU puede venir a cambiar.

Por su parte, en lo que concierne al ámbito específico del Derecho de consumo estatal, no se ha contemplado explícitamente esa posibilidad de restitución efectiva y obligatoria interprivados en el seno del procedimiento hasta fecha bien reciente, concretamente en el ámbito de la prestación del servicio de telecomunicaciones. En esta línea, de manera significativa debe mencionarse el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que aprobó el *Reglamento sobre*

---

(5) A este respecto, por ceñirnos al ámbito de las leyes generales más importantes, puede comprobarse lo que afirmamos, por ejemplo, en el Decreto 2114/1968, de 24 de julio, Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (arts. 153 a 155) o el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre (art. 57); Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Aguas (art. 118); Ley 22/1988, de 18 de julio, de Costas (arts. 36, 95 y 100), y Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, del Reglamento de la Ley de Costas (art. 78); Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (art. 77) y Decreto 484/1962, de 22 de febrero, que se mantiene condicionado en lo que no se oponga a la Ley (arts. 459-463); Ley 227/1973, de 21 de julio, de Minas (art. 81); Decreto 506/1971, del Reglamento de la Ley de Caza (arts. 47 y 49); o recientemente la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (art. 5).

(6) Fundamentalmente se trata de infracciones por alteración, adulteración o fraude en bienes o servicios; en materia de transacciones comerciales, condiciones de venta (como la que afecta a las garantías legales o comerciales de los productos), o en materia de precios (cobro de sobrepuestos). La más evidente es la que tipifica la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de consumo [art. 49.1.i) TRLGDCU].

condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en sus artículos 105.2.d) (derecho a exigir una *indemnización* por no alcanzar los niveles individuales de calidad del servicio comprometido por el operador en el contrato), 105.2.g) (indicación en el contrato de los *mecanismos de indemnización* de compensaciones y reembolsos y método de determinación de su importe), y 115 del Real Decreto 424/2005 (derecho a *indemnización* por interrupción temporal del servicio prestado), pudiéndose comprobar cómo este último trae causa del importante e innovador artículo 38 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre (LGT en adelante) (7).

En efecto, puede comprobarse cómo este Real Decreto 424/2005 determina con precisión cómo el contenido de los contratos de los operadores con consumidores, para la conexión o acceso a la red de telefonía pública, *precisarán*, entre otros aspectos, los supuestos de incumplimientos de niveles individuales de calidad del servicio que fueren comprometidos por el operador y que den derecho a «exigir una *indemnización*, así como su método de cálculo» [art. 105.2.d) del RD 424/2005] (8). De la misma manera, en tales contratos de consumo, se exige, asimismo, dejar constancia de la «política de *compensaciones y reembolsos*, con indicación de los *mecanismos de indemnización o reembolso* ofrecidos, así como el *método de determinación* de su importe», lo cual, aun siendo un mandato legal bien preciso, puede parecer un *desiderátum* casi inalcanzable [art. 105.2.g) del RD 424/2005].

También se hace extensivo este derecho indemnizatorio del consumidor y usuario para aquellos supuestos en que acontezca una interrupción temporal del servicio telefónico contratado, llegándose incluso a determinar legalmente unos topes mínimos al respecto, siendo igualmente obligatorio que tales contratos en cuestión recojan los términos y condiciones en que debe cumplirse

---

(7) El importante artículo 38 LGT estableció en el año 2003, en efecto, la creación de un *procedimiento específico* conforme al cual los usuarios finales pudieran someter sus controversias y reclamaciones. Se establece aquí tanto la gratuidad y rapidez de éste así como la facultad de impugnarse expresamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que significa un paso muy importante en la eventual línea abierta ahora con el artículo 48 TRLGDCU. De igual modo se previó en la LGT la regulación, entre otros extremos, de materias capitales tales como «la responsabilidad por los *daños* que se les produzcan» a los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales, así como «el derecho a obtener una *compensación* por la interrupción del servicio» [art. 38.2.a) y e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones].

(8) Estos niveles de calidad deberán ser fácilmente localizables e individualizables, pues la propia norma establece que «a tales efectos, los operadores deberán utilizar parámetros y métodos de medida que, en su caso, determine el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio» [art. 105.2.d) *in fine* del RD 424/2005, de 15 de abril]. Así se establece, por ejemplo, el derecho individual a la petición indemnizatoria por parte del consumidor, con alusión expresa a *mecanismos de indemnización o reembolso*, hasta con expresión directa del *método de determinación de su importe*, pero queda en el aire el procedimiento de ejecución de tales reclamaciones que, por naturaleza, serán inherentes, en muchas ocasiones, al propio procedimiento administrativo sancionador.

esta obligación indemnizatoria con el titular consumidor (art. 115 del RD 424/2005). Pues bien, todas estas obligaciones reseñadas no son, como sospechábamos, más que una consecuencia de lo previsto explícitamente en el artículo 38 de la Ley 32/2003, cuando se previó que un Real Decreto regularía, entre otros extremos, «la responsabilidad por los *daños* que se les produzcan» a los consumidores que sean personas físicas u otros usuarios finales, así como «el derecho a obtener una *compensación* por interrupción del servicio» [art. 38.2, apartados *a*) y *d*) de la Ley 32/2003]. Véase que se está hablando claramente, sin ambages, de derechos interprivados de carácter indemnizatorio, exigibles en el ámbito de relaciones contractuales estrictamente privadas entre un operador y un consumidor. Tales pretensiones son recurribles en vía contenciosa. Siendo esto relativamente excepcional al circunscribirse a la prestación del servicio de telecomunicaciones, sin embargo en el ámbito legislativo autonómico, puede comprobarse también cómo no han dejado de proliferar sucesivamente normas en este sentido, particularmente a partir del año 1996 con la publicación de la Ley 4/1996, de 14 de junio, que aprobó el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (art. 40), aun cuando aquí no se afirma nunca la posibilidad de recurrir a la vía contencioso-administrativa (9).

Con todo, el problema crucial en esta materia viene ahora planteado por la aplicación del actual artículo 48 TRLGDCU, introducido por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios. En cualquier caso, las dudas y dificultades, como fácilmente puede comprobarse, han ido apareciendo progresivamente en el desarrollo de las distintas legislaciones sectoriales de consumo. El punto de partida del trabajo es que el artículo 48 TRLGDCU parece abrir realmente la posibilidad de llevar a término la reposición de la situación alterada por una infracción de consumo y, en su caso, la eventual reparación de daños y perjuicios al consumidor dentro del procedimiento sancionador de consumo de cada Comunidad Autónoma, si bien la ambigüedad y la ambivalente interpretación que comporta el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, que invoca el propio artículo 48 TRLGDCU, complica bastante la solución de este problema dentro del procedimiento sancionador.

No cabe duda de que el órgano instructor administrativo *a priori* tiene facultades para determinar dentro de cada procedimiento sancionador la indemnización correspondiente al consumidor lesionado. Con este resultado,

---

(9) Con respecto a aquellas *cantidades que hubieren sido percibidas indebidamente*, se estableció como novedad en este Estatuto de los Consumidores, *por ejemplo*, que «independientemente de las sanciones a que se refiere la presente Ley, el órgano sancionador impondrá al infractor *la obligación de restituir inmediatamente tal cantidad percibida indebidamente*, en los casos de aplicación de precios superiores a los autorizados, a los comunicados, a los presupuestados o a los anunciados al público» (art. 40 de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia).

la misma resolución administrativa se deberá notificar al infractor, tal como establece el mismo artículo 48 TRLGDCU, «para que en el plazo de un mes proceda a su *satisfacción*, quedando, de no hacerse así, *expedita la vía judicial*» (art. 48 TRLGDCU, *in fine*). Aun cuando se ha enjuiciado de manera un tanto pesimista, tal vez con fundamento en la vaguedad del precepto, que el Texto Refundido de 2007 se ha quedado en este punto «en una vía muerta que carece de propósito» (10), sin embargo podemos afirmar que ahora estamos en mejores condiciones para tratar de avanzar en una línea interpretativa que permita extraer algún rédito en la aplicación de este novedoso artículo.

En efecto, conviene reflexionar sobre aspectos que ahora aparecen más explícitamente planteados que antes, tales como: ¿cuál será la vía judicial que queda expedita al consumidor tras el procedimiento sancionador: civil, contencioso-administrativa, ambas?; ¿el reconocimiento de la vía judicial desactiva la ejecutividad del acto administrativo en materia de resarcimiento interprivados?; ¿se podrá solicitar en esta materia la vía de apremio de la resolución administrativa por parte del consumidor?; ¿en caso de admitirse el recurso al consumidor por la vía civil, quedará el juez, de alguna manera, vinculado por la resolución administrativa que hubiere recaído previamente? En fin, todos estos y otros son elementos que deben analizarse, los cuales pueden condicionar indudablemente las decisiones que puedan tomarse en cada una de las distintas Comunidades Autónomas con respecto a la operatividad del régimen sancionador administrativo, y ello en razón de que tal precepto, como decimos, posibilita, tal vez sin pretenderlo, la búsqueda de soluciones diferenciadas dentro de cada legislación autonómica de consumo.

## II. ANTECEDENTES: SUCESIVAS NOVEDADES LEGISLATIVAS Y PROBLEMAS DE COORDINACIÓN SIN RESOLVER

En estos últimos años ha supuesto cierta novedad dentro del ámbito legislativo autonómico de consumo, cuando menos aparente, la posibilidad recono-

---

(10) Cfr. CARRASCO PERERA, Á., «Texto Refundido de la LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», en *Ar.C.*, junio de 2008, pág. 21. A nuestro juicio, más que carecer de un propósito, lo que parece existir es una ambigüedad calculada por parte del legislador, a fin de que sin comprometerse a nada cada Comunidad Autónoma determine o ensaye el procedimiento que estime más adecuado para la solución de este tipo de situaciones conflictuales con consumidores y usuarios. Nos parece que el problema de fondo, de manera más o menos deliberada, tal vez con dejación de funciones del mismo legislador, todo esto se convierta al cabo de los años en comprobar la viabilidad o no de mantener dentro del Estado todo un conjunto de procedimientos administrativos en materia de consumo, los cuales pueden chocar o diferenciarse entre sí en esta cuestión de enorme trascendencia práctica en el ámbito empresarial, lo cual afectaría netamente al principio de unidad de mercado.

cida de que «el particular afectado en sus derechos por la conducta constitutiva de infracción administrativa *podrá* pedir igualmente en el procedimiento sancionador *la determinación de los daños sufridos*», aun cuando tal novedad deja de serlo, al menos en parte, cuando vemos a continuación que «la Administración se *inhibirá* cuando conste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para la defensa de sus derechos» (art. 44.2 de la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha).

De la misma manera parece existir cierta novedad al respecto cuando se afirma por alguna legislación autonómica de consumo que «*independientemente de las sanciones a que se refiere esta Ley*, el órgano sancionador *impondrá* a la persona o entidad infractora *la obligación de restituir inmediatamente al consumidor* la cantidad percibida indebidamente en los supuestos de aplicación de precios superiores a los autorizados, comunicados, presupuestados o anunciados al público», al igual que hacía en su día el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Murcia de 1996, si bien se añade ahora con mayor claridad que «el acuerdo anterior será *ejecutivo* desde el momento en que el *acto administrativo* que imponga tal obligación de restitución haya puesto fin a la vía administrativa» (art. 88 de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón). Aquí aparece ciertamente una novedad, por cuanto se menciona expresamente la existencia de un *acto administrativo* como legitimador de la ejecutividad de ciertas resoluciones que afectan a particulares. Con todo conviene recordar que este precepto, aplicable ahora a supuestos bien distintos al de la vivienda, es similar al que ha venido afectando desde hace muchos años a los *supuestos de sobreprecios sobre viviendas de VPO*, el cual viene recogido tanto en la legislación estatal (arts. 153 a 155 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, y art. 57 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre), como en la legislación autonómica (11).

Parece claro que el punto de partida en todos estos supuestos mencionados es que la fijación de un sobreprecio sobre las viviendas de protección oficial forma *parte constitutiva* de la tipificación de la infracción administrativa, por cuanto que las Administraciones Públicas han venido asumiendo un particular *control de mercado* sobre esta materia, supuestamente en razón del carácter social de las transacciones que respaldan la obtención o disfrute de viviendas de protección oficial. Pero ya puede afirmarse sin exageración alguna que, de

---

(11) Sería el caso, entre otros muchos, por ejemplo, de la Comunidad de Madrid, plasmado en su artículo 11.1.c) en conexión con el artículo 8.a) y b) de la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del Régimen sancionador en materia de viviendas protegidas, referida al reintegro a adjudicatarios, adquirentes o arrendatarios de «cantidades indebidamente percibidas»; o del Principado de Asturias, por ejemplo, en el artículo 8 de la Ley 3/1995, de 15 de marzo, reguladora de sanciones en materia de vivienda, cuando se refiere a los supuestos de «reintegro de cantidades» a los compradores o arrendatarios de viviendas.

un control sobre relaciones específicas atinentes a la vivienda de protección oficial, hemos pasado actualmente al control, más o menos encubierto, de un sinnúmero de relaciones en las que median cualesquiera productos y servicios con consumidores, y en los que por una u otra razón el legislador —cada vez más— presume *un control de mercado* por parte de los poderes públicos, lo que vendría a justificar, en ocasiones, la consecuente intervención administrativa a todos los efectos, incluida la correspondiente tasación de daños y perjuicios causados a particulares dentro de las relaciones con consumidores y usuarios. Un ejemplo bien claro de esto es la creciente tipificación legal como infracción administrativa de ciertas conductas que pudiera parecer, a simple vista, que debieran circunscribirse al ámbito estrictamente interprivado, como podría ser, por ejemplo, la utilización de cláusulas abusivas en los contratos, o el incumplimiento de las garantías legales sobre productos de consumo o que induzcan a engaño o confusión sobre la naturaleza del bien o servicio, o la mera existencia de limitaciones, obstáculos o trabas de cualquier tipo que impidan voluntariamente dar por terminado un contrato de tracto sucesivo o darse de baja en un servicio (art. 49 TRLGDCU).

Un problema añadido en toda esta cuestión es el que viene de la mano de la inflación de Derecho Administrativo sancionador, a juicio de algunos a caballo entre el inmovilismo y el fraccionamiento del ordenamiento sancionador por parte de Comunidades Autónomas y Entes locales, lo que puede hacer pensar en la existencia de tantos derechos sancionadores como sectores ordinamentales con características individualizadas existen (12). En efecto, tanto la legislación sectorial estatal como autonómica hacen uso de su competencia sobre Derecho Público de consumo para tipificar como infracciones administrativas *puras* —cada vez más—, situaciones de incumplimiento contractual interprivado sin que exista tras ese ilícito ni tan siquiera una aparente afectación a los intereses públicos (13). Ejemplos bien elocuentes son los

---

(12) Cfr. NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4.<sup>a</sup> ed., 2005, págs. 20 y 564, quien echando de menos en España una *Ley General de Infracciones y Sanciones Administrativas* al estilo de las existentes en Alemania o Francia, critica al legislador interno, del que dice no estar a la altura de las circunstancias en esta materia, ya que persiste anclado en «el inmovilismo del Título IX de la Ley 30/1992» frente a otros ámbitos (penal, fiscal, laboral,...). Por su parte, el fraccionamiento galopante, por el que tienden a separarse las normas tanto en lo estrictamente normativo como en la ejecución, le hace preguntarse hasta qué punto puede hablarse en España de un solo *Derecho administrativo sancionador* y no de tantos derechos como sectores ordinamentales con características individualizadas existen, como es el caso del creciente Derecho de Consumo.

(13) Dentro de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de consumo, puede afirmarse que el Derecho Público corresponde en exclusiva a las CCAA, sin más límites que los que puedan extraerse del principio de proporcionalidad, de la competencia estatal sobre las bases del régimen administrativo común y de la competencia. Además debe tenerse en cuenta el prolijo entrecruzamiento competencial de las CCAA con las competencias del Estado, al menos en todas aquellas materias o sectores

supuestos de inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de consumo [art. 49.1.i) TRLGDCU] o la que afecta al incumplimiento de la garantía que recae sobre productos de naturaleza duradera [art. 49.1.d) TRLGDCU], incluyéndose ambas dentro de la clasificación de infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios. A nuestro juicio, estas situaciones puede decirse que vienen a ser contraproducentes *a priori*, en tanto no se justifique la inversión de recursos públicos en la satisfacción de intereses difícilmente encuadrables como de naturaleza pública. Pero, sobre todo, porque puede quedar en entredicho la misma credibilidad social de la Administración, pues resulta que podría ponerse en funcionamiento la maquinaria del Derecho sancionador de consumo sin que se pudiera liquidar y resolver en el propio procedimiento las compensaciones e indemnizaciones que el interés particular del consumidor hubiere reclamado en supuestos concretos (14). Pues bien, estando así las cosas, nos parece muy conveniente que ahora, con el artículo 48 TRLGDCU en la mano, se permita mitigar en buena medida una de las más «nefastas carencias» de nuestro sistema administrativo sancionador de consumo, al haberse previsto en éste, si bien de manera ambigua e imperfecta, el mecanismo para que dentro del mismo se puedan determinar y liquidar las compensaciones y responsabilidades civiles a que tienen derecho los consumidores afectados por los daños ocasionados por cualquier infracción de consumo.

---

normativos en los que éste ejerce una competencia exclusiva (telecomunicaciones, energía, derecho de la competencia, etc.). Parece claro que las CCAA tienen vedado el acceso al Derecho privado de consumo, pero vemos que su regulación jurídico-pública tiene en muchos casos consecuencias meramente privadas. Uno de estos efectos, el que aquí más nos interesa, es precisamente la consideración que nos merece la solución de infracciones administrativas en las que aparecen incursos intereses privados, y que estimamos que deben solucionarse dentro del mismo procedimiento sancionador, aunque sólo fuera por razones de economía procesal y de confianza del consumidor medio en la eficiencia de las Administraciones Públicas en materia de consumo.

(14) Cfr. CARRASCO PERERA, Á., *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, INC, 2002, págs. 409-411. Trato de poner de relieve algo que subrepticamente los poderes públicos parece que pretenden cambiar o, cuando menos, enfocar de otra manera. Me refiero a la situación de *frustración* de muchos consumidores que denuncian en vía administrativa la comisión de una infracción de consumo, sin que su *interés particular* (reposición, indemnización de daños y perjuicios) sea efectivamente restablecido por la resolución administrativa sancionadora. De esta manera, el consumidor se ve abocado, en la mayoría de las ocasiones, a acudir a un proceso civil, dándose la paradoja que la norma tipifica como infracción administrativa la lesión de un interés privado. A mayor abundamiento, conviene apuntar que la opinión pública es cada vez más permeable a justificar la inversión de recursos públicos, aun cuando el procedimiento administrativo venga incorporando la sanción de conductas que lesionan bienes interprivados, y esto acontece de manera casi instintiva cuando se trata de conductas reiteradas y ordinarias del tráfico jurídico *en masa* (compraventas de consumo; servicios de telecomunicaciones, etc.). Reglar la solución de los conflictos a la vía judicial civil, máxime si se trata de indemnizaciones de escasa cuantía, es desalentador en la mayoría de las situaciones.

Con todo, otro problema estrechamente ligado al anterior y que afecta al régimen administrativo sancionador, es el solapamiento de determinadas conductas que vienen tipificadas al mismo tiempo como infracciones de consumo y como infracciones de un régimen administrativo sectorial (comercio interior, industria, turismo, etc.). Al no existir criterios claros que solucionen el concurso de normas de esta naturaleza, ni traza alguna acerca de la prioridad o preferencia que deba existir entre los distintos regímenes y autoridades competentes, tendremos que resolver conforme a los criterios generales que cada Comunidad Autónoma haya establecido *ad casum*. De esta manera, entendemos que si ocurriera que los sectores implicados, por ejemplo, corresponden en diversa medida al Estado y a las Comunidades Autónomas, la solución se podría encauzar con los instrumentos de armonización y colisión que establecen los artículos 149 y 150 CE, salvo que se obtenga un consenso de otra forma (15).

### III. REFLEJOS DEL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO DE ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Es fácil comprobar el reflejo de lo expuesto en la legislación autónoma de consumo. De esta manera si nos fijamos, por ejemplo, en la Ley 11/1998, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid [art. 3.f)] vemos que se refleja algo de lo que decimos cuando incluye como «derecho básico» del consumidor y usuario aquél que posibilite genéricamente «la reparación e indemnización de los daños y perjuicios sufridos», en plena conformidad con el artículo 8.c) TRLGDCU, donde se recoge también esta facultad dentro de los denominados «derechos básicos de los consumidores y usuarios». En segundo lugar, esta misma Ley 11/1998, en su artículo 29 deja aún más claro el problema al reconocer, de manera expresa y global, que «los consumidores, en el marco de la legislación estatal, tienen *derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios* demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irrogan, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deban responder civilmente». Y, finalmente, en su artículo 54.2.b)

---

(15) En el ámbito competencial local en materia de consumo, corresponde a las CCAA delimitar claramente cuáles sean éstas, especialmente las competencias sancionadoras. Sin embargo, esta regla apenas existe hoy en las CCAA, actuándose en la mayoría de las ocasiones con criterios intuitivos o de buena relación institucional. Pues bien, en aras de la seguridad jurídica y de la responsabilidad institucional, la legislación estatal de régimen local debería reconocer formalmente la potestad sancionadora de los entes locales cuando se trate, por ejemplo, de infracciones de consumo sancionadas por sus Ordenanzas reguladoras, siendo deseable que se señalase, asimismo, cuál es el límite material de tales Ordenanzas en el sector de consumo.

de la Ley 11/2002, en sede de graduación de sanciones en el procedimiento sancionador de consumo de la Comunidad de Madrid, se contempla como circunstancia atenuante a tener en cuenta el hecho de haberse realizado «la reparación efectiva del daño causado», de manera similar a lo que han recogido posteriormente otras leyes autonómicas de consumo, como es el caso de la Ley 11/2002, de los Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias, en la que para el supuesto en que la «infracción en materia de consumo *haya causado algún tipo de daño o perjuicio*» (sin especificar si el daño es causado a la Administración o a terceros), se entiende igualmente que la satisfacción o reparación de éste «será una *circunstancia atenuante* en orden a la graduación de la sanción impuesta, pudiendo imponerse ésta en su grado mínimo» (art. 42.2 de la Ley 11/2002 del Principado de Asturias), por lo que puede deducirse el nexo directo que se establece entre la *determinación de los daños y perjuicios causados* y la *sanción administrativa* propiamente dicha, a los únicos y exclusivos efectos de la graduación de la infracción de consumo (muy grave, grave, leve).

A efectos comparativos con el actual artículo 48 TRLGDCU, que de manera expresa y con carácter general establece que dentro del procedimiento sancionador de consumo «*podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor*», conforme a lo previsto en el artículo 130.2 LRJ-PAC, hay que sostener la neta diferencia existente entre lo ahora regulado y la consideración de la *reparación efectiva* como mera *circunstancia atenuante* dentro del procedimiento administrativo sancionador. En efecto, puede observarse que no se corresponde el artículo 54.2.b) de la Ley 11/1998 de la Comunidad de Madrid (o el concordante art. 42.2 de la Ley 11/2002 del Principado de Asturias mentado en sede parlamentaria a propósito de la aprobación del ahora art. 48 TRLGDCU), con la argumentación expuesta en su día dentro de la enmienda 16 al texto de la Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, cuando se sostuvo tajantemente, de manera un tanto imprecisa y exagerada, que, con el artículo 42.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios 11/2002, ya se había «incorporado a la legislación de consumo del Principado de Asturias» la «posibilidad» real de que una sanción administrativa por infracción llevase «*aparejado el resarcimiento al consumidor del daño sufrido*» (16). Este aserto que aparece en la motivación de la enmienda parlamentaria número 16 a la Ley 44/2006, y que no se corresponde exactamente con la realidad, está recogido dentro de una de las tres enmiendas discutidas en el curso de

---

(16) Cfr. BOCG, Serie A, núm. 83-8, 1 de junio de 2006, pág. 29, donde se manifiesta también que resulta claramente desalentador para el consumidor observar, en efecto, que pese a recaer una sanción administrativa no se resuelve «en el mismo procedimiento su resarcimiento».

la aprobación del actual artículo 48 TRLGDCU (anterior art. 36.4 LGDCU 1984 tras la aprobación de la Ley 44/2006). Sin embargo, puede comprobarse que en el texto del artículo 42.2 de la Ley Autonómica 11/2002, en abierta contradicción con la afirmación realizada en sede parlamentaria, no se dice nada respecto a la pretensión en vía administrativa del consumidor que hubiere sufrido un daño o perjuicio, sino más bien algo similar a lo que establece el artículo 54.2.b) de la Ley 11/1998, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, esto es, la constatación de que la *reparación efectiva del daño* al consumidor podrá considerarse por la Administración como circunstancia atenuante a la hora de sancionar una infracción de consumo (17). El razonamiento está claramente forzado y fuera de contexto. Otras leyes autonómicas han venido también, posteriormente, a atenuar o mitigar el rigor de la sanción administrativa impuesta a los consumidores y usuarios (18).

Buena parte del debate jurídico que aquí se plantea estriba en desentrañar el carácter facultativo o no con que la Administración puede abordar esta facultad de intervención sobre los intereses interprivados de los consumidores («en el procedimiento sancionador *podrá* exigirse al infractor», afirma el actual art. 48 TRLGDCU), al igual que explicitar la interdependencia de esta facultad administrativa con aquella otra facultad que asiste a todo consumidor de acudir libremente a la vía civil (arbitral o judicial) para solventar una reclamación por daños y perjuicios causados. Del todo a la nada existe un amplio abanico de posibilidades y de circunstancias que quedan ahora abiertas con la aplicación del artículo 48 TRLGDCU, el cual requiere de una interpretación tanto por parte de los tribunales como, tal y como sería deseable, del mismo legislador estatal o, si acaso, autonómico. De esta manera, aun cuando puede afirmarse que la atenuación del rigor de la sanción que se recoge en algunos textos normativos, nada tiene que ver con la posibilidad de facultar a la Administración para que determine la indemnización que deba satisfacerse

---

(17) El artículo 42.2 de la Ley Autonómica 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias, determinaba que «en el supuesto de que una infracción en materia de consumo haya causado algún tipo de daños o perjuicios, la satisfacción o reparación de los mismos *será* una *circunstancia atenuante* en orden a la graduación de la sanción impuesta, pudiendo imponerse ésta en su grado mínimo». Actualmente, merced a la nueva redacción dada a este artículo 42 por la Ley del Principado 11/2006, de 27 de diciembre (BOPA, 30 de diciembre de 2006), se habla igualmente y en el mismo sentido de tal circunstancia atenuante, si bien se califica más atinadamente como «la *reparación efectiva* de los daños y perjuicios causados» [art. 42.1.b), párrafo 2.º de la Ley 11/2002, modificado por Ley 11/2006].

(18) Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores de Andalucía [art. 93.1.a)]; o la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias del País Vasco (art. 54.2), o, más recientemente, la Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cantabria (art. 54).

por el responsable al consumidor perjudicado civilmente por una infracción de consumo (19), debe añadirse a continuación, al menos así lo entendemos nosotros, que las virtualidades del mencionado artículo 48 TRLGDCU permiten albergar una interpretación que incluya alguna variable al respecto.

Pues bien, las posibilidades de interpretación que se abren merced a la ambigüedad del artículo 48 TRLGDCU en sede de consumo son diversas. Vamos a tratar de explicar y justificar hasta dónde puede extenderse esta peculiar intervención administrativa en la esfera interprivada, pero, al mismo tiempo, el objetivo será subsanar la consabida frustración del consumidor cuando después de observar la intervención de la Administración en asuntos que le conciernen comprueba que, a la postre, no le arreglan su problema particular frente al sujeto infractor o causante del daño, viéndose entonces obligado a emprender otras vías distintas al objeto de poder resarcirse de sus justas pretensiones, con la carga de haber perdido un tiempo imprescindible. ¿Deben ser las respectivas Comunidades Autónomas con competencias en la materia las que deben determinar en sus respectivos procedimientos sancionadores de consumo las reglas pertinentes al respecto, o, más bien, deberá ser el legislador estatal quien dicte una serie de reglas, con carácter general, por tratarse de una cuestión medular y esencial del propio procedimiento administrativo cuya competencia es estatal y que afecta sustantivamente a la economía de mercado? Las Comunidades Autónomas sólo pueden dictar normas de procedimiento en materias de su competencia, como ocurre con consumo y comercio, si bien deberán respetar siempre las normas sobre procedimiento administrativo común (20). Bajo esta pauta vamos a desarrollar los siguientes apartados.

---

(19) Cfr., en este sentido, ESPINA FERNÁNDEZ, S., *La determinación en vía administrativa de indemnizaciones a los afectados por infracciones en materia de consumo (sobre la inaplicabilidad del art. 36.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, <www.elderecho.com>, Sección Actualidad, 10 de septiembre de 2007, pág. 6, por cuanto que entiende que la Administración no ejerce funciones materialmente jurisdiccionales en las que se determinan imperativamente obligaciones de pago entre particulares. Aquí la Administración, con la atenuación de la infracción, a su juicio sólo aplica una circunstancia objetiva y cualificada que es tenida en consideración por la ley para moderar el mero ejercicio de la potestad sancionadora.

(20) Cfr. SSTC 227/1988, de 29 de noviembre; 17/1990, de 7 de febrero; 23/1993, de 21 de enero y 98/2001, de 5 de abril. El Derecho de consumo, siendo una materia de contenido multidisciplinar, constituye una competencia definida tan sólo en función del fin de protección de los consumidores, si bien esta competencia cede ante otros títulos que el TC considere más específicos (SSTC 264/1993, de 22 de julio; 283/1993, de 27 de septiembre).

#### IV. ¿SUPONE REALMENTE EL ARTÍCULO 48 TRLGDCU UNA NOVEDAD LEGISLATIVA CON INCIDENCIA EN LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE CONSUMO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS?

Con el nuevo artículo 48 TRLGDCU, introducido por la Ley 44/2006, parece haberse trasladado al ámbito específico de la normativa de consumo el principio básico de la potestad sancionadora de la Administración Pública, según el cual *«podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción»*. Este texto, que casi es una mera transcripción literal del artículo 130.2 LRJ-PAC, no parece suponer, en principio, un cambio determinante de la actividad sancionadora habitual de las Administraciones Públicas en materia de consumo, pues se trata, en efecto, de la reiteración en el ámbito del consumo del artículo 130.2 de la Ley 30/1992, ámbito en donde conviene recordar que, lógicamente, pretenden hacerse prevalecer los *intereses particulares* de los consumidores y usuarios.

En cualquier caso, otra consideración más innovadora merecerá esta norma creada por Ley 44/2006, al vislumbrar un particular interés del legislador estatal, si relacionamos este precepto con la expresa intención por *«incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficits de protección»*, que es lo que se afirma con carácter genérico, pero atinado, en la propia Exposición de Motivos de la Ley 44/2006 (21). Lo que ocurre es que aunque sea de esa forma tan vaga, la expresión de ese buen deseo del legislador de forma tan omnicomprendensiva dentro de una reforma que era bastante ambiciosa, puede no haber encajado debidamente con los fundamentos legales de cualquier procedimiento administrativo sancionador, lo cual nos obliga a examinar el momento en que nos encontramos, sin descartar la necesidad de reformas legales complementarias que permitan hacer viable y útil la aplicación de este artículo 48 TRLGDCU.

Por lo común, el desconocimiento bastante extendido de esta materia, la mera reticencia de ciertos sectores a las soluciones arbitrales, o bien la escasa cuantía de los daños causados en relación con el incierto resultado en el ejercicio de una acción civil, parece desincentivar a los ciudadanos para su ejercicio. Como contrapartida, en cambio, es fácil comprobar cómo la tendencia a reclamar ante las Administraciones Públicas parece funcionar como un mecanismo reflejo por el que a los poderes públicos, al margen de la búsqueda de los intereses generales, también se les abre naturalmente la posibilidad de

---

(21) Apartado VI, párrafo 1.º de la Exposición de Motivos de la Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (LMPC).

intervenir de alguna manera en la solución de los daños causados entre particulares. Parte de culpa de esto radica en que las reclamaciones trasladadas por las organizaciones de consumidores a los medios de comunicación tienen como destinatarias, en buena medida, a las propias autoridades de consumo que deben velar y supervisar por la aplicación de las normas, y que son quienes siempre están más capacitadas para poner algún remedio rápido y eficiente para evitar un daño tal vez irreparable. No en vano, además, la propia publicidad de muchas normas de consumo aparecen rubricadas por las distintas Administraciones competentes en la materia, que, a la vez de informar de sus derechos al consumidor, se presentan también como garantes de tales derechos en muchas ocasiones (22). Tal vez sea ésta, hoy en día, una de las manifestaciones más claras de la *administrativización* del Derecho Privado en materia de consumo, con los problemas anejos que ello comporta.

En efecto, a fin de cuentas vemos que lo que tratamos de examinar y evaluar es la posibilidad de aprovechar las vías legales ya conocidas para responder a las crecientes expectativas de los consumidores y usuarios en la tutela *real y efectiva* de sus intereses por parte de las Administraciones Públicas. Evidentemente si al consumidor se le satisface de manera rápida y efectiva aprovechando la solicitada y, en muchos casos necesaria, intervención administrativa de las Administraciones Públicas se *matarán dos pájaros de un tiro*.

No cabe duda de que de la interpretación que hagamos del artículo 130.2 de la Ley 30/1992 dependerá, en buena medida, la operatividad del artículo 48 TRLGDCU, la aplicación más o menos extensa de las potestades administrativas, singularmente en lo tocante a las relaciones de consumo interprivados. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha refrendado esta extensión de la potestad de autotutela fundándola en algunos casos en el principio de eficacia (23). Por eso habrá que examinar si es posible justificar con la legislación vigente, la actuación de la Administración en la resolución de conflictos entre particulares, singularmente a propósito de la indemnización de daños probados al consumidor dentro del procedimiento administrativo sancionador. La referencia expresa al artículo 51.1 CE cuando sostiene que «*los poderes públicos*

---

(22) Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», en *Ar.C.*, núm. 17, 2008, pág. 3, para quien la posibilidad de realizar las propias denuncias de consumo mediante las *Hojas de Reclamaciones* que deben existir en los establecimientos abiertos al público (formularios que han sido elaborados y redactados por las propias Administraciones de consumo), contribuye a consolidar este estado de cosas.

(23) Cfr. STC 22/1984, de 17 de febrero, donde se dispone que «el artículo 103 CE reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de *eficacia*, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que puede encontrar la *potestad de autotutela o autoejecución* practicable genéricamente por cualquier Administración Pública».

garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios (...) mediante *procedimientos eficaces* (...)» puede servir de fundamento de la línea de reforma apuntada, aunque justo es reconocer su enorme ambivalencia (24), la cual se reitera, por ejemplo, en el actual artículo 8.f) TRLGDCU. Por eso vemos que es justo y conveniente invocar, paralelamente al principio de eficiencia, la idea o noción de seguridad jurídica (que también aparece en el propio art. 51.1 o en el art. 9.3 CE), la cual va unida indefectiblemente a la idea de igualdad ante la ley de los ciudadanos, lo que nos lleva de la mano al principio de unidad de mercado (25). Finalmente, según los resultados obtenidos, habrá que justificar si es necesario y viable introducir a nivel autonómico alguna modificación legislativa que permita solventar con la mayor rapidez y seguridad jurídica todo este tipo de conflictos en los que aparece la responsabilidad civil por daños causados.

## V. LOS PRECEDENTES DEL ARTÍCULO 48 TRLGDCU: EL SIEMPRE CONTROVERTIDO ARTÍCULO 130.2 LRJ-PAC

Está claro que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no dejó zanjada la discusión, antes al contrario la dejó abierta, si bien tanto la doctrina científica

---

(24) Cfr. RIBÓN SEISDEDOS, E., «La liquidación de daños entre particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador de consumo», en *Estudios sobre Consumo* (EC), núm. 81, 2007, pág. 36. Por otra parte, afirmar que este artículo 51 CE, como sostiene PEÑA, es el «punto de partida» del tránsito dado por el legislador en la evolución legislativa hacia «un protagonismo creciente a la intervención de la Administración Pública en la aplicación del Derecho de consumo», nos parece una afirmación bastante coherente, pues se parte de que son las Administraciones Públicas las que deben habilitar los medios técnicos y materiales necesarios que permitan al consumidor alcanzar la protección perseguida por la aún dispersa legislación existente (cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», en *Ar.C.*, núm. 17, 2008, pág. 2).

(25) Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, L., «Las sanciones administrativas en la Ley General para la defensa de los consumidores», en *Estudios sobre Consumo* (EC), número extraordinario, noviembre de 1987, págs. 95 y 108, quien apela en esta materia al peso otorgado al «valor seguridad» como amplio conjunto de garantías del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, sostiene tajantemente que «aunque las Comunidades Autónomas asuman competencias sancionadoras (...), el procedimiento sancionador es materia de regulación estatal al objeto de salvaguardar los debidos criterios de garantía de manera uniforme en todo el territorio nacional». Esta cuestión incide también en el problema del reparto de títulos competenciales en materia de consumo en general, y, en este caso, particularmente en lo que afecta al principio de unidad de mercado que nos interesa. Pues bien, la jurisprudencia constitucional ha venido procediendo aquí con base en criterios intuitivos *ad hoc*, sustentándose en ponderaciones de lo que en cada caso parecía ser el interés preponderante de la materia en cuestión, criterios ciertamente relativistas, de manera que la doctrina más solvente piensa que «es imposible establecer al respecto una regla clara de utilidad general y futura» (cfr. CARRASCO PERERA, A. (coord.), *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, INC, 2002, págs. 74-79 y 94).

como la jurisprudencia han tenido tiempo suficiente para pronunciarse al respecto. Parece claro que el artículo 130.2 LRJ-PAC admite abiertamente la *compatibilidad* de las responsabilidades administrativas del infractor sustanciadas en el procedimiento sancionador (*sanción*) con «la reposición de la situación alterada a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente» (*reparación*). Pero al dejarse en este punto expresamente *expedita la vía judicial correspondiente* se duda de cuál sea la naturaleza jurídica de esa declaración administrativa, que puede ser diferente según los supuestos de que se trate. Así, por ejemplo, será posible que en ciertos supuestos esa declaración administrativa sobre una obligación indemnizatoria tenga la naturaleza de un *acto administrativo*, que será vinculante y recurrible en vía contencioso-administrativa, mientras que en otros casos, al corresponder el conocimiento del asunto a la jurisdicción civil (al reconocerse ésta como *la vía judicial correspondiente*), la declaración administrativa carecerá, en la práctica, de efectividad. En esta misma línea de ambigüedad debe considerarse que se mueve ahora el actual artículo 48 del reciente TRLGDCU, que es trasunto del artículo 130.2 LRJ-PAC. Pero veamos los puntos más sobresalientes de las dudas planteadas, tratando de ofrecer soluciones.

#### 1. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INTERPRIVADOS POR LA ADMINISTRACIÓN Y EVENTUALES PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD

La cuestión de constitucionalidad puede plantearse cuando, una vez reconocido que la Administración Pública debe velar con objetividad por la consecución de los *intereses generales* (art. 103.1 CE), se constata la dificultad de cohonestar esta pretensión con la determinación de indemnizaciones a favor de particulares perjudicados por infracciones administrativas de consumo. Además somos conscientes de que al poder judicial le corresponde la exclusividad del ejercicio jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), siendo así que lo que aquí se trata de solventar son cuestiones e intereses interprivados, lo que parece ajeno en principio al propio órgano administrativo que realiza tal enjuiciamiento (26). En todo caso, si bien cabe la posibilidad de que algún sector opte por invocarla, debe partirse de la dificultad innata para argumentar la inconstitucionalidad de este tipo de previsiones legales, en las

---

(26) Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador*, vol. I, Valencia, 2001, 4.<sup>a</sup> ed., pág. 139. ESPINA FERNÁNDEZ, S., *La determinación en vía administrativa de indemnizaciones a los afectados por infracciones en materia de consumo (sobre la inaplicabilidad del art. 36.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, <www.elderecho.com>, Sección Actualidad, 10 de septiembre de 2007, pág. 4.

que debe regularse la determinación y liquidación de daños entre particulares por parte de las Administraciones Públicas (27).

Pues bien, reconociendo la elogiabile innovación que supuso en su día la Ley 30/1992 al restablecer el principio de unidad jurisdiccional para conocer las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, un sector de la doctrina administrativista ha venido considerando censurable la línea legislativa que se ha venido a «generalizar» con la aprobación del artículo 130.2 LRJ-PAC (28). Es decir, una primera aproximación al modular artículo 130.2 LRJ-PAC no parece ofrecer dudas en cuanto a los efectos creados: se ha convertido en regla general algo que antes parecía afectar tan sólo a determinadas normas sectoriales. En consecuencia, con esta *generalización legal* parece quedar en entredicho, cuando menos, aquella interpretación restrictiva de lo que el Tribunal Supremo había caracterizado hace muchos años como mera facultad «excepcional y privilegiada de la Administración» (29).

---

(27) Cfr. REBOLLO PUIG, M., *Comentarios a la ley General para la defensa de los consumidores y usuarios* (coord.: R. BERCOVITZ-J. SALAS), 1992, pág. 1000, quien se apoya para esta afirmación en la doctrina administrativista de los profesores J. R. PARADA VÁZQUEZ (*Derecho Administrativo, I, Parte General*, 1989, págs. 396-397) y E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, 1989, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 181-182).

(28) Cfr., por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas dos años después», en *RAP*, núm. 136, 1995, pág. 42, quien, reconociendo las circunstancias por las que algunas leyes permiten determinar mediante un acto administrativo la responsabilidad patrimonial del administrado (art. 110 de la Ley de Aguas, de 2 de agosto de 1985, y arts. 100.1 y 107.1 de la Ley de Costas, de 28 de julio de 1988), no comparte la conveniencia de haber introducido en su día el artículo 130.2 LRJ-PAC, pues considera siempre más adecuada la idea de «acudir a un proceso civil para que, con todas las garantías, se determine la responsabilidad y su alcance», justificando asimismo que se limite, en la medida de lo posible, la aplicación de esa norma. En este mismo sentido, GARCÍA TORRES, J., *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, tomo II, 1993, págs. 415-417, quien entiende que el artículo 130.2 LRJ-PAC debe adecuarse a una «enérgica reducción de su esfera de aplicación, dejando fuera de ella aquellas hipótesis en que una ley haya previsto que los daños enlazados con una infracción administrativa se fijen y apremien en vía administrativa», por lo que deberá siempre verse «limitada su aplicación a aquellos casos en que falte una previsión específica de que los daños se fijen y exijan en vía administrativa»; en última instancia el artículo 130.2 LRJ-PAC, entiende GARCÍA TORRES, se aplicará a aquellos supuestos residuales en que «la Administración que sanciona sea acreedora de la indemnización por daños originados en la conducta sancionadora y siempre que aquella indemnización se rija por el Derecho privado». En el mismo sentido, PEMÁN GAVÍN, J., «La regulación de la potestad sancionadora de la Administración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: notas sobre su tramitación parlamentaria», en *RAP*, núm. 12, 1993, pág. 404.

(29) Cfr. STS de 7 diciembre de 1977 (RA, núm. 4883), referente a la determinación de los daños y perjuicios ocasionados a la riqueza piscícola por causa de la incorporación a las aguas o a sus álveos de sustancias perjudiciales para la fauna acuática (art. 16 del Reglamento de Pesca Fluvial), y que el Tribunal Supremo entendía como una «manifestación del privilegio de autotutela sobre el dominio público», el cual siempre «debe ser utilizado con toda medida y ponderación».

Cuando se trata de la responsabilidad derivada de daños causados a bienes de titularidad de las Administraciones Públicas (*bienes de titularidad jurídico-pública*), conviene tener en cuenta toda una serie de sectores y actividades en los que aquéllas no detentan titularidades concretas, pero sin embargo se comprueba fácilmente cómo se ha venido acentuando cada vez más su intervención en la solución de otros conflictos (*bienes de titularidad social*). Dentro de este tipo de bienes cabe destacar aquí los relacionados con las relaciones de consumo y comercio, en los que tal intervención de la Administración no deriva de una titularidad pública pertenencial de los bienes e intereses dañados, sino que tiene como fundamento último la *defensa legal de bienes e intereses jurídicos de diversa naturaleza*, como son la protección de la salud y seguridad, los legítimos intereses económicos y sociales, la salvaguarda del medio ambiente, la indemnización y reparación de daños causados por las actividades de caza y pesca, etc. Siendo esto técnicamente criticable en términos generales (ya sea por cuanto que las relaciones *inter privados* pertenecen al Derecho privado, ya sea porque la Administración puede estar usurpando funciones judiciales que no le corresponden), sí se puede comprobar que tal solución, al menos tal y como están ahora las cosas, en la práctica representa una vía apta y favorable para los particulares ante la inexistencia de una opción mejor para el rápido y efectivo restablecimiento o rescaramiento de sus derechos (30).

Con independencia de la traslación al mismo artículo 48 TRLGDCU, puede verse que buena parte del problema interpretativo es que si bien la Ley 30/1992, a diferencia de lo que hizo más tarde el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprobó el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RPS en adelante), en ningún momento limita su aplicación a los daños o perjuicios causados a *la Administración Pública* (art. 22.1 RPS). En consecuencia, puede interpretarse que ésta dispone, *prima facie*, de una habilitación general que no aparece constreñida por

---

(30) Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La reparación de los daños causados a la Administración*, 1998, pág. 334 y sigs., quien entiende aplicable esto a la legislación sobre vivienda y urbanismo, dominio público hidráulico, sanidad animal, derechos de caza y pesca, medio ambiente, sanidad, industria, etc., pero sustantivamente nos interesa fijarnos aquí en el Derecho de Consumo, legislación a la que este autor hace una especial alusión. No obstante, estos «nuevos aires para el régimen administrativo de reparación de daños» se deben entender, a su juicio, de manera «excepcional», esto es, siempre que estemos en presencia de elementos que lo justifiquen, como puede ser el supuesto de la STS de 7 de junio de 1989 (RA, núm. 4621), que se refería a la legislación defraudada de VPO, y donde se justificaba la intervención administrativa en una relación *inter privados* tanto por la «naturaleza ejemplificadora» que tiene como en la necesidad de «reaccionar enérgicamente contra el hecho defraudatorio de los particulares que burlen todo el sistema legislativo». Cierta cautela se desprende, si bien referido al dominio público hidráulico, en «Autotutela y control judicial: ¿una sentencia innovadora en cuanto a las sanciones y la reparación de daños?», en *REDA*, 1998, núm. 99, pág. 411.

razones de titularidad. De este modo, podrá afirmarse que bastaría la existencia de una infracción de consumo para que la Administración extienda sus potestades más allá de lo que habría sido su campo tradicional de actuación en las cuestiones de consumo. Y esto tendría lugar con carácter general, es decir, sin subordinarse a sectores en los que se deba reconocer directa y legalmente tal intervención. No habría ningún inconveniente en afirmar, en suma, que el ejercicio de la potestad sancionadora vendría acompañado de un formidable privilegio (31). Téngase en cuenta que no se trata del ejercicio de la autotutela como medio de eludir los procedimientos más complejos de la tutela judicial, que debe seguir siendo la regla de la vida civil (32).

Ya en los años noventa tenemos algún sector administrativista que no se mostró tan crítico con la interpretación generalista y extensiva del artículo 130.2 LRJ-PAC. Así, por ejemplo, se recurrió al argumento de la eficiencia y de la supuesta irracionalidad que existiría al tratar de manera diferenciada, según afecte a los intereses públicos o interprivados, el desempeño de las potestades administrativas en el ámbito medioambiental. Es decir, se entiende que una situación de daño público ambiental entre los mismos actores y con idéntico objeto no puede ser tratada de forma distinta conforme a derecho (presencia o ausencia de capacidad de determinación en vía ejecutiva por la Administración), o que sea enjuiciada ante jurisdicciones diferentes con resultados superpuestos o contradictorios (civil o contencioso-administrativa) (33). Como podemos comprobar la cuestión se centra, una y otra vez, en determinar la viabilidad de la asunción por parte de la Administración de atribuciones que son consideradas *tradicionalmente* judiciales. Ya hemos reseñado que numerosas leyes estatales y autonómicas vienen extendiendo los ya amplios dominios de las potestades administrativas. Parece, en suma, que el particular afectado por una decisión administrativa que incluya la determinación de responsabilidad civil podrá acudir, en última instancia, a la jurisdicción contenciosa. Pero,

---

(31) Cfr. CALVO DEL POZO, J., «Potestad sancionadora e indemnización de daños y perjuicios de dominio público», en *RAAP*, 2000, núm. 40, pág. 312.

(32) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 13.<sup>a</sup> ed., 2006, págs. 518 y 526, quienes hablan de *los abusos de autotutela* que definen como «privilegios odiosos», siempre que se hagan con esa finalidad de eludir «los procedimientos más complejos de la tutela judicial», que no es el caso que aquí planteamos. Aquí tan sólo debe hablarse de la autotutela declarativa que goza de una presunción de legalidad que no se destruirá sino por sentencia posterior, lo que permite, en efecto, sostener que el acto administrativo es, sin duda, el «*más formidable privilegio posicional de la Administración en sus relaciones con los administrados*».

(33) Cfr. JORDANO FRAGA, J., *La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*, 1995, pág. 528. También se debería prescindir, según este autor, del previo reproche punitivo; no será precisa la imposición de una sanción o, más en general, la tramitación de un expediente sancionador, para que la propia Administración se encuentre habilitada para fijar y reclamar el importe de los daños y perjuicios causados tanto a la Administración como a los particulares.

entre tanto, la Administración habrá podido unir a la denominada autotutela *declarativa*, la llamada autotutela *ejecutiva*. Se ha sostenido, y compartimos este juicio, que la Administración se encuentra legitimada para actuar, con eficacia inmediata, en campos *tradicionalmente* reservados a la competencia de los tribunales ordinarios, y, además, podemos añadir a continuación, que si hay voluntad de hacerlo el artículo 48 TRLGDCU puede venir a justificar y explicitar mejor tal actuación, al menos en el ámbito de las relaciones con consumidores y usuarios (34).

## 2. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE CONSUMO

Ya hemos reseñado cómo determinadas legislaciones de consumo han modificado recientemente sus normas de consumo, permitiendo que las Administraciones Públicas, a través de actos administrativos dotados de ejecutividad, se involucren en la toma de decisiones en conflictos interprivados nacidos de las relaciones de consumo. Los supuestos más recientes los tenemos en la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha, y la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Consumo de Aragón. Una interpretación restrictiva del artículo 130.2 de la Ley 30/1992, en estrecha conexión con el artículo 48 TRLGDCU, nos podría llevar, al menos hipotéticamente, a la declaración de una eventual inconstitucionalidad de este artículo 48 TRLGDCU. Pero tal y como hemos argumentado más arriba, existe un amplio margen de interpretación para entender que las potestades que pueden asumir las Comunidades Autónomas, en orden a la composición de intereses privados nacidos de las relaciones de consumo, no quiebra la doctrina ni el estado de cosas que ahora conocemos. Tan sólo será muy conveniente justificar debidamente, mediante una ley, cuáles son aquellas circunstancias y cuáles son los supuestos en que tales potestades administrativas pueden plasmarse en materia de consumo sin que con ello se fueren los principios básicos que las sustentan.

A la hora de plasmar lo antedicho, el primer requisito es que la conducta infractora del consumidor haya transgredido al mismo tiempo un interés público y un interés privado, de modo que esta doble faceta forme parte del mismo supuesto de hecho tipificado por la infracción administrativa. Y el segundo requisito, indefectiblemente unido al anterior, es que la *tutela del interés privado* por parte de la Administración *afecte* o quede vinculado a la satisfacción del interés general objetivo al que debe plegarse siempre toda

---

(34) Cfr. CALVO DEL POZO, J., «Potestad sancionadora e indemnización de daños y perjuicios de dominio público», en RAAP, 2000, núm. 40, pág. 315.

actuación administrativa (35). La idea sustancial, basada sustantivamente en un criterio moderno de eficiencia administrativa, es que hoy más que nunca se hace imprescindible mitigar una de las carencias más llamativas de nuestro sistema administrativo sancionador de consumo, y que no es otro que la necesidad de que dentro de un mismo procedimiento se puedan determinar y liquidar las compensaciones y responsabilidades sobre las que tienen algún derecho los consumidores afectados por cualquier infracción de consumo (36). Tanto la situación de clara frustración de los consumidores, que, muy frecuentemente, denuncian en vía administrativa la comisión de una infracción de consumo, sin que su interés particular (reposición e indemnización de daños y perjuicios) sea efectivamente restablecido dentro del procedimiento, como el presumible despilfarro de recursos públicos, por cuanto que al terminarse éste la mayoría de las veces no han podido resarcirse los intereses de los particulares afectados por la infracción, son razones de peso que todavía deben hacerse valer ante el legislador (37). Abundando en este razonamiento, se puede constatar también cómo la opinión pública es cada vez más permeable a justificar la inversión de recursos públicos en estas soluciones, dándoles preferencia sobre la otra posibilidad de ensayar la lenta vía judicial. Además, la práctica nos enseña que relegar la solución de los conflictos de consumo a la vía judicial civil, máxime si se trata de asuntos de escasa cuantía, es desalentador en la mayoría de las situaciones (38). El

---

(35) Cfr. CORDERO LOBATO, E., *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico-privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 14. En este mismo sentido, también PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», en *Ar.C.*, núm. 17, 2008, pág. 8.

(36) Cfr. CARRASCO PERERA, Á., *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, INC, 2002, págs. 409-411. CORDERO LOBATO, lo trata de explicitar y justificar afirmando que «los costes adicionales en que incurriría la Administración en la liquidación y cobro de los daños sean menores que los costes que generaría remitir las pretensiones interprivadas al procedimiento civil», en *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico-privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, págs. 14-15. En este elenco de costes incluye: el ejercicio del derecho por parte de la víctima en la vía civil; la conveniencia de la realización del Derecho a pesar de la escasa cuantía de los daños causados; la superación de la frustración del consumidor; y la consecución de una inversión eficiente y racional de los recursos públicos.

(37) Cfr. CORDERO LOBATO, E., *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico-privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 14.

(38) Cfr. RIBÓN SEISDEDOS, E., «La liquidación de daños entre particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador de consumo», *Estudios sobre Consumo (EC)*, núm. 81, 2007, pág. 37, quien justifica la extensión al ámbito del consumo de la posibilidad de que la Administración sea capaz de liquidar, en el marco del procedimiento administrativo sancionador, los daños generados a particulares, el hecho de la escasa cuantía que suelen presentar las reclamaciones de consumo, que la hace poco

sistema legal aplicable, en efecto, parece que debiera abrirse más aún a la posibilidad de liquidar las indemnizaciones debidas a particulares dentro del mismo procedimiento administrativo sancionador. De no ser así, la proyección de la protección pública en materia de consumo será cada vez más criticada, al mostrarse incapaz de satisfacer las legítimas exigencias de los particulares y por no saber responder a las expectativas que los consumidores hubieren depositado en las Administraciones Públicas en la tutela efectiva de sus intereses (39).

### 3. EL CONTENIDO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DE REPOSICIÓN E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS AL CONSUMIDOR

Parece claro que el artículo 48 TRLGDCU viene a posibilitar que la Administración Pública competente pueda resolver acerca de la responsabilidad civil aneja a una infracción administrativa de consumo. La relación de consumo al venir supeditada generalmente a una previa relación contractual sobre bienes o servicios, viene a exigir que el contenido de la resolución administrativa deba acomodarse al objeto de tales relaciones negociales interprivadas. Con carácter general, debe haberse probado dentro del procedimiento administrativo abierto que los comportamientos examinados al denunciado forman parte de uno de los supuestos tipificados por el Derecho administrativo sancionador. A continuación deberá diferenciarse, una vez probada la infracción correspondiente, si ésta supone una relación de tracto sucesivo o simplemente se trata de una relación específica de consumo ya consumada, a efectos de la restitución a su *estado original* de la situación alterada por la infracción (art. 48 TRLGDCU). En esta materia deberán aplicarse los criterios de Derecho privado que afectan a cualquier restitución. De la misma manera, de apreciarse la causación de daños y perjuicios al consumidor como consecuencia de una infracción administrativa de consumo (*daños probados*), la estimación y liquidación de los daños irrogados a particulares, aun cuando sea realizada en vía administrativa, deberá guiarse, a nuestro juicio, por los criterios generales del Libro II de «Contratos y garantías» del TRLGDCU, entre los que habrá de tener en cuenta, lógicamente, los artículos 1.101 y siguientes o 1.902 y siguientes del Código Civil, en función de si el ilícito administrativo es contractual o extracontractual, todo ello al amparo del ar-

---

atractiva al usuario (poco rentable podría añadirse también), siendo asimismo conscientes de la usual afectación de un elevado número de consumidores, lo que aconsejaría una respuesta enérgica contra el hecho defraudatorio.

(39) Cfr. CARRASCO PERERA, Á., *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, 2002, INC, pág. 296.

título 59.2 TRLGDCU que remite expresamente a éstos (40). En el caso de que la infracción incluya la causación de daños al consumidor por tratarse de bienes o servicios defectuosos, habrá que tener en cuenta para su estimación las disposiciones del Libro III del TRLGDCU que regula la «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos» en sus artículos 128 a 149 (41).

## VI. LA CUESTIÓN DENTRO DEL REGLAMENTO GENERAL DEL PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA

El RPS aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se inclina por dar distinta eficacia a la declaración administrativa recaída sobre daños y perjuicios en función del supuesto contemplado, y así, su artículo 22.1 reconoce que esa declaración tendrá la eficacia de un acto administrativo cuando «las conductas sancionadas hubieren causado *daños o perjuicios a la Administración Pública*», debiendo quedar determinada su cuantía durante el procedimiento. Por lo que parece, sólo se permite que dentro del procedimiento administrativo sancionador se liquiden los daños y perjuicios *causados a la Administración*; no, en consecuencia, aquellos otros daños causados a los particulares perjudicados por la conducta infractora. De reconocerse que esto debe ser así con base en lo argumentado más arriba, cabrá asimismo incluir dentro de la liquidación de *daños causados a la Administración*, aquellos otros supuestos específicos en los que la liquidación aneja de daños y perjuicios causados a terceros (consumidores) constituya *parte integrante* del supuesto de hecho tipificado como ilícito administrativo, cosa cada vez más frecuente. *Piénsese significativamente, por ejemplo, en todos aquellos supuestos en que el daño causado por el infractor a terceros acontece en el desempeño de funciones que vienen a materializar un interés público, como suele ser la realización de actividades que hayan sido autorizadas por la*

(40) «Los contratos consumidores y usuarios se registrarán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en normas especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles» (art. 59.2 TRLGDCU).

(41) Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», en AC, núm. 17, 2008, págs. 9-10, quien matiza que no estamos ante un mero incumplimiento contractual sino ante la determinación de las consecuencias civiles de una infracción administrativa de consumo. De este modo, por ejemplo, no será posible que la Administración integre un contrato en el que se han incluido cláusulas abusivas [infracción conforme al art. 49.1.f) TRLGDCU], por cuanto que se trata de una medida que va más allá del puro resarcimiento de daños, ni tampoco, por idéntico motivo, tendrá la potestad de condenar a un empresario a seguir prestando un servicio en el marco de una relación contractual que forme parte de la infracción administrativa [como pueda ocurrir, por ejemplo, en los supuestos específicos del art. 49.1.d) o 49.1.j) TRLGDCU].

*Administración mediante concesión administrativa o los supuestos de los llamados servicios regulados* (42). En estos casos el procedimiento administrativo sancionador y la ejecutividad propia de los actos administrativos no están estrictamente al servicio de un interés privado, si acaso al de un interés público gestionado por particulares, sean estas personas físicas o jurídicas. De ahí que pueda sostenerse su inclusión en el procedimiento, máxime cuando en la mayoría de los supuestos la cuantificación de daños y perjuicios debe realizarse para graduar la sanción que deba imponer la Administración (muy grave, grave, leve) y, en bastantes casos, como ya apuntamos, para la propia tipificación de algunas infracciones administrativas que consisten en la mera transgresión de normas de Derecho privado en las que debe tenerse en cuenta la cuantía del beneficio obtenido por el infractor (art. 50.1 TRLGDCU).

En cualquier caso esta previsión del artículo 22.1 RPS en la aplicación del artículo 130.2 de la Ley 30/1992, en la que únicamente se tienen en cuenta las conductas sancionadas que hubieren causado daños y perjuicios *a la Administración*, no es ni mucho menos pacífica. La discusión se traslada al hecho de si la Administración puede o no imponer una reparación de daños y perjuicios a favor de terceros dañados (interprivados), por cuanto que se entiende que las potestades decisorias de la Administración están aquí fuera de lugar. Tales cometidos deberían trasladarse a su ámbito natural que, se dice, es el ámbito civil. Se presume que sin expreso respaldo de una ley, las normas reglamentarias no tienen fuerza para hacer derivar la competencia judicial en una competencia administrativa, y es que, en efecto, el artículo 22 RPS «sólo admite la imposición del deber de reparar los perjuicios cuando éstos se hayan producido *en la Administración*, no en otras personas» (43). Merece subrayarse, pues, el carácter dubitativo de nuestro sistema en esta materia al plantear el alcance de la potestad decisoria-ejecutiva de la Administración en orden a la exigencia de la reposición e indemnización de daños y perjuicios interprivados, pues si la imposición de lo uno y lo otro pudiera hacerse por vía administrativa, a salvo el recurso judicial posterior a la Jurisdicción contencioso-administrativa, sobraría la referencia legal a que en caso

---

(42) Cfr., en este sentido, CORDERO LOBATO, E., *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <[www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf](http://www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf) 2003>, 2003, pág. 9.

(43) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 10.<sup>a</sup> ed., 2006, págs. 203-204, donde se invoca, entre otros argumentos, la STS de 10 de noviembre de 1924 (BOE de 11 de julio de 1925), Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil (728), Sala 1.<sup>a</sup> de lo Civil, donde se afirma, a propósito de una cuestión atinente a la Ley de Minas de 1859, que por cuanto que «afecta exclusivamente al patrimonio privado de los litigantes», no alcanzado el convenio al respecto, «solamente se puede ventilar conforme a las reglas de Derecho Común ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, requerida y expresamente consentida en este caso, en el que no existe duda respecto a la peculiar competencia de su actuación por razón de la materia controvertida (...)».

de incumplimiento queda «expedita la vía judicial correspondiente». Con todo, algún sector administrativista concluye que existe una clara *impotencia administrativa* en aquellos supuestos en los que «el damnificado por el hecho infraccional es *otro particular*, lo que explicaría la remisión a la jurisdicción civil, pues se trataría de evitar la atribución a la Administración con motivo del expediente sancionador de una competencia arbitral o cuasi-judicial civil entre particulares» (44).

Así todo, como eje argumental de nuestro estudio, es preciso retomar y volver a reflexionar sobre la conveniencia de dar entrada a los terceros dañados por infracción administrativa, particularmente en el ámbito específico del Derecho de consumo. Parece incuestionable que el particular dañado, en caso de desacuerdo, podrá acudir a la vía contencioso-administrativa, tratando así de revisar al alza una determinación administrativa sobre la reparación e indemnización recaída. Partimos de que, al margen de los colapsos judiciales que puedan darse por razón de eventuales reclamaciones colectivas de escasa cuantía, la rapidez es siempre un factor indispensable, además de la necesidad de evitar la extendida frustración del consumidor *medio*. A este respecto, mención específica merece la recomendación que ya hizo en su día el propio Consejo de Estado, en la línea de incorporar al texto definitivo del Decreto 1384/1993, la idea de que la fijación de la indemnización de daños y perjuicios alcanzase a terceros, afirmando expresamente que esto debería hacerse «en garantía de los *intereses de los particulares* por la acción u omisión constitutiva de infracción administrativa» (45). Esta recomendación no fue atendida en su día, pero la fuerza de tal posición jurídica sobre la no limitación del resarcimiento a los exclusivos daños causados a la Administración, tal y como recoge ahora el artículo 22.1 RPS, sigue siendo igualmente válida hoy en día, es más, ahora con mayor fundamento que en aquel entonces (46). Téngase en cuenta, además, que el mismo RPS declara la aplicación de su

(44) Cfr., por todos, PARADA, R., *Derecho Administrativo*, Tomo I, 16.ª ed., 2007, págs. 445-446. Con todo, puede observarse que su afirmación la hace en términos un tanto dubitativos, pues afirma que «*parece*, pues, que el órgano competente lo es *para determinar el alcance de lo que debe ser repuesto a su primitivo estado o restituido por vía de indemnización de daños y perjuicios, pero que no puede imponer ni lo uno ni lo otro por vía de ejecución administrativa*». Es decir, parece justificar una determinación de los daños en vía administrativa, pero sin ninguna posibilidad de ejecución al respecto.

(45) Cfr. Dictamen del Consejo de Estado, núm. 660/93, Sección 3.ª, 10 de junio de 1993, sobre el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, Recopilación de Doctrina Legal, 1993, Madrid, 1994, pág. 976 y sigs., donde se afirma que el artículo 22 del Proyecto de RPS, objeto de consulta, «*contenía una regulación que respondía al designio de lo dispuesto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto contenía un principio general, no sin precedentes formulaciones en algunas leyes sectoriales, que nada impone constreñir al resarcimiento a la Administración. Debía, pues, en esta materia, en garantía de los intereses de los particulares por la acción u omisión constitutiva de infracción administrativa, incorporar al texto las reglas 2 y 3 del artículo 22, en su versión anterior*» (pág. 992, Recopilación 1993).

normativa «en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas» (art. 1.1 RPS).

Asimismo la realidad nos muestra que deben tenerse en cuenta necesariamente los diferentes reglamentos de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de las distintas Comunidades Autónomas. Así podemos comprobar, como acontece en la Comunidad de Madrid, el cambio legal operado por Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, que aprobó un nuevo *Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración*, derogando el anterior Decreto 77/1993, de 26 de agosto, con efectos de 14 de diciembre de 2000. Y si bien el anterior Reglamento no distinguía la titularidad de los daños, ahora tan sólo menciona *los daños y perjuicios causados a la Administración* mediante infracción administrativa (art. 15.1 del Decreto 245/2000), de manera idéntica a lo que hace el artículo 130.2 de la Ley 30/1992 al que pretende adaptarse. Sin embargo, y esto es lo importante, puede observarse una clara distorsión legal en la propia legislación de la Comunidad de Madrid cuando vemos, por ejemplo, que dentro de otras regulaciones sectoriales se faculta a los mismos particulares perjudicados reintegrarse ante la Administración de aquellas cantidades indebidamente percibidas por el infractor, tal y como vemos que ocurre, por ejemplo, dentro del régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid, aprobado posteriormente por Ley 9/2003, de 26 de marzo (47). El mismo fenómeno distorsionador se reproduce de manera similar en otras Comunidades Autónomas.

Debe llamarse la atención sobre la disparidad de legislaciones autonómicas que regulan en sus normativas distintos aspectos que afectan al procedimiento sancionador (48), y si bien no hay nada particularmente novedoso que

---

(46) Cfr., en este sentido, por todos, CALVO DEL POZO, J., «Potestad sancionadora e indemnización de daños y perjuicios de dominio público», en *RAAP*, 2000, núm. 40, pág. 321.

(47) Cfr. artículo 11.1.c) de la Ley 9/2003, de 26 de marzo, Régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid, donde se dispone que, además de otras sanciones, cuando proceda se impondrá la obligación de «reintegrar a los adjudicatarios, adquirentes o arrendatario, las cantidades indebidamente percibidas (...)».

(48) En algunos Reglamentos sancionadores, como es el caso de *Asturias* (Decreto 21/1994, de 24 de febrero), *Canarias* (Decreto 164/1994, de 29 de julio), *Cantabria* (Ley 9/2001, de 22 de diciembre; Título II. Medidas administrativas), y *Castilla-León* (Decreto 189/1994, de 25 de agosto), no se contempla referencia alguna a la reposición e indemnización. En *Baleares* (Decreto 14/1994, de 10 de febrero), al igual que *Madrid* (Decreto 245/2000), sólo regula los daños causados a la Administración mediante infracción administrativa, de la misma manera que se hace en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992. Lo mismo ocurre con *Aragón* (Decreto 28/2001, de 30 de enero). Otros Reglamentos, como es el caso de *Cataluña* (Decreto 278/1993, de 3 de noviembre), no distinguen, lo que facilita el argumento a favor de una interpretación amplia. En el caso específico de *Extremadura* (Decreto 9/1994, de 8 de febrero), si bien establece que «el importe de los daños y perjuicios causados a terceros será determinado en la misma resolución (que pone fin al

deba resaltarse en su conjunto, sí merece destacarse la Ley 2/1998, de 20 de febrero, del Parlamento Vasco, sobre potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, que expresamente sostiene que «las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán *compatibles* con la exigencia a los responsables de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción, así como con la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la misma» (art. 12 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero) (49).

No cabe duda de que a través del artículo 130.2 LRJ-PAC se consagra como regla general lo que hasta entonces aparecía disperso en bastantes normativas sectoriales. Ahora, mediante el artículo 48 TRLGDCU, se puede justificar, al menos en el ámbito del procedimiento de consumo, la posibilidad de satisfacer rápida y eficazmente a terceros particulares a quienes afecte la infracción administrativa, siempre y cuando tales daños y perjuicios hayan sido debidamente probados y cuantificados en el procedimiento correspondiente. El *salto jurídico* es importante, pues de la mera justificación de la intervención de la Administración en materias como la vivienda protegida, el medio ambiente o el urbanismo, por ejemplo, se pasa al campo del derecho de consumo, materia interdisciplinar muy afín al Derecho Privado y sobre la que pivotan, cada vez más, muchas políticas sociales, particularmente en lo que afecta a la ordenación del comercio minorista y la empresa (LOCM) y la libre competencia o las prácticas comerciales desleales (Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia —LDC—; Ley 3/1991, de Competencia Desleal —LCD— y Anteproyecto de Ley de agosto de 2008 (50), que proyecta mo-

procedimiento sancionador) conforme a lo establecido en las normas y disposiciones que resulten de aplicación» (art. 16.2), sin embargo a continuación, en el mismo artículo 16, establece que tal indemnización solamente procede en el caso de que los daños y perjuicios *se causen a la Administración* (art. 16.3 del Decreto 9/1994, de 8 de febrero), estimando la observación realizada por el dictamen 1145/93, Sección 3.ª, de 28 de diciembre, al afirmar que el «procedimiento no es obviamente aplicable a los daños y perjuicios causados a terceras personas y entidades, cuya satisfacción deberá producirse en la forma prevista por el artículo 130.2, *in fine* de la LRJ-PAC» (*Recopilación de Doctrina Legal 1993*, Madrid, 1994, pág. 1020 y sigs., punto 15, párrafo 2.º). CALVO ha sostenido, con razón, que es extraña esta solución que deja vacía de contenido la determinación indemnizatoria de la resolución indemnizatoria (cfr. CALVO DEL POZO, J., «Potestad sancionadora e indemnización de daños y perjuicios de dominio público», en *RAAP*, 2000, núm. 40, pág. 322, cita 137). Mención aparte merece la *Ley 2/1998, de 20 de febrero*, del Parlamento Vasco, sobre potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 12).

(49) La doctrina administrativista ha elogiado recientemente esta norma de manera superlativa, desde NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4.ª ed., 2005, pág. 21, hasta GONZÁLEZ PÉREZ, J.-GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 2007, Tomo II, 4.ª ed., pág. 2786.

(50) El informe de Anteproyecto fue aprobado por Consejo de Ministros el día 29 de agosto de 2008, pendiente de dictamen en el Consejo de Estado.

dificar la LCD, TRLGDCU y LOCM para trasponer la Directiva 2005/29 del Parlamento Europeo sobre prácticas comerciales desleales). Además debe tenerse en cuenta que muchas de las infracciones administrativas de consumo (cada vez en mayor grado), exigen de suyo cuantificar el importe de la indemnización según el beneficio que hubiere obtenido el infractor al transgredir la norma de consumo (art. 50.1 TRLGDCU). Y piénsese que éste puede haber obtenido tal beneficio, no sólo a costa de los bienes de dominio público o servicios públicos dañados (de la Administración), sino también, como ocurre frecuentemente en el ámbito del consumo, puede estar relacionado con los mismos daños y perjuicios que hubieren podido sufrir los particulares, lo que comportará la necesaria y justa determinación de los mismos dentro del procedimiento administrativo reglado. En otras muchas ocasiones, también comprobamos cada vez en mayor número, cómo es la propia Administración la que debe fijar el monto total del importe de los daños causados (incluidos los daños causados a particulares), a efectos de determinar y graduar la sanción de consumo tipificada por ley.

Salvando las distancias, el artículo 48 TRLGDCU sirve para diferenciar o separar, como hace, por ejemplo, el artículo 12 de la Ley 2/1998, sancionadora del País Vasco, la sanción propiamente dicha de la reparación e indemnización de daños. Pues bien, aunque el artículo 48 TRLGDCU no diga nada en este punto, puede deducirse claramente que la sanción y la exigencia administrativa de reposición e indemnización son dos requerimientos perfectamente *compatibles*. Con todo, la pregunta que podemos hacernos es si bastará para sostener lo anterior el artículo 130.2 LRJ-PAC o será necesaria una norma sectorial que así lo establezca. Previsiblemente, el legislador ha incluido ese artículo 48 TRLGDCU para solventar los problemas que puedan plantearse al respecto por parte de aquellos que pretendan llevarlo adelante. La manera de hacerlo ha sido bien fácil, pues sin añadir nada nuevo invoca en el ámbito del consumo la aplicación del artículo 130.2 LRJ-PAC. En cualquier caso, la doctrina viene entendiendo mayoritariamente que el artículo 130.2 LRJ-PAC constituye base suficiente para sostener que la Administración puede actuar directamente y exigir por vía administrativa las indemnizaciones que hubieren sido probadas (51).

Es precisamente en esta concurrencia del interés público y el interés privado donde entra en juego el límite marcado por el artículo 48 TRLGDCU, siendo necesario tratar de contribuir a despejar y solventar en la práctica alguno de esos *déficits de protección del consumidor* a los que se refería de manera tan genérica la Ley 44/2006. Dicho en términos más claros, partimos de la idea de que únicamente se podrá evitar *la frustración del consumidor*

---

(51) Cfr. LASAGABASTER HERRARTE, I., *Ley de la potestad sancionadora. Comentario Sistemático*, 2006, pág. 217.

*perjudicado* al no ver satisfecha su pretensión indemnizatoria en vía administrativa, cuando veamos que su conducta sea *tipificada* como *parte integrante de una infracción* concreta, y cuando su importe sea cuantificado y *necesariamente* graduado al objeto de determinar con precisión la sanción correspondiente (leve, grave, muy grave). Pues bien, evitar esa frustración o quiebra (que también entendemos que lo es del conjunto del sistema de protección del interés público por la norma sancionadora), no es más que la justificación de fondo que apareció, en su día, en la enmienda transaccional que dio lugar a la redacción del actual artículo 48 TRLGDCU tal y como está ahora (52), al entenderse, en efecto, que la actual situación de remedios jurídicos «resulta desalentadora para el consumidor que observa como, pese a producirse la sanción administrativa, no se resuelve en el mismo procedimiento el resarcimiento» (53). El desaliento puede existir, en efecto, y se debe tratar de subsanar por los distintos remedios que ahora pasamos a estudiar. Otra cosa es que el procedimiento sancionador administrativo previsto en este momento sea la vía más adecuada con la ley vigente, o no esté a la altura de las circunstancias para evitar tal frustración del consumidor cuando no ve reconocida su pretensión de consumo ante la Administración competente, aun cuando se imponga una sanción ejemplar al infractor.

## VII. LA EFICACIA DE LA DETERMINACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONSUMO

Un primer problema es conocer la virtualidad jurídica de la determinación de *indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor* realizada por el órgano competente en vía administrativa. Como justificamos debidamente, existen poderosas razones de orden práctico que permiten justificar que sería razonable atender a tales liquidaciones en vía administrativa.

---

(52) Fundada en tres enmiendas distintas de los grupos parlamentarios GP Mixto y GP Izquierda Unida-IC.

(53) En esta misma línea, por ejemplo, en el ámbito doctrinal, CARRASCO PERERA, Á., ha destacado como paradójica la circunstancia de que de una norma que *tipifica* como infracción la lesión de un derecho o interés privado no pueda esperarse, en cambio, que los *intereses particulares del consumidor* al amparo de esa norma (reparación, indemnización, sustitución, etc.) sean restablecidos mediante la propia resolución administrativa sancionadora (cfr. *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, INC, 2002, pág. 411). Asimismo, CORDERO LOBATO, E., para quien el daño privado en que se concreta una infracción de consumo supone una *frustración total del interés público* que la norma pretende salvaguardar, así como la inutilidad absoluta de los recursos públicos invertidos en la realización de ese interés (cfr. *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico-privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <[www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf](http://www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf) 2003>, pág. 10).

Pero nos encontramos con que en la redacción de las leyes aplicables en estos momentos (LRJ-PAC y RPS), tal declaración acerca de la estimación de la cuantía de los daños y perjuicios causados a los consumidores, aun formando parte del proceso administrativo sancionador, no tiene claramente configurada la naturaleza jurídica del acto administrativo en sentido estricto que respalda tal decisión, al no despejarse de una vez por todas las dudas, al menos para algún sector doctrinal, sobre el alcance de la potestad administrativa sancionadora a la hora de resolver sobre la responsabilidad civil aneja a una infracción administrativa de consumo: ni la reposición ni la indemnización, sostienen, podrá imponerse por vía de ejecución administrativa (54).

Los términos de la discusión quedan acotados: habrá que precisar cuál es exactamente la eficacia jurídica de la resolución administrativa que determine responsabilidades civiles en materia de consumo o, más exactamente, si ésta es o no plenamente ejecutiva, esto es, si podrá ejecutarse en vía administrativa sin el auxilio de los órganos jurisdiccionales, utilizando la vía de apremio o cualquier medio de ejecución forzosa del artículo 96 de la Ley 30/1992. Parte de las dudas provienen ahora, de nuevo y con más fuerza, con la redacción del propio artículo 48 TRLGDCU, al establecerse que quedará «expedita la vía judicial» una vez dictada la resolución administrativa que hipotéticamente ha podido resolver sobre la reposición e indemnización de daños y perjuicios causados a particulares.

En principio, no hay base jurídica que permita negar de manera concluyente tal ejecutividad de la resolución administrativa en sentido lato (arts. 56, 57 y 94 de la Ley 30/1992) (55), pero, en cambio, la ambigua referencia a la posibilidad de acudir a la «vía judicial» que queda «expedita» (art. 48 TRLGDCU), hace retrotraernos a las mismas dificultades interpretativas que ya se plantearon con el artículo 130.2 de la Ley 30/1992 («vía judicial correspondiente»), que es además al que se refiere literalmente el mismo artículo 48 TRLGDCU: «conforme a lo previsto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...)» (56). No es extraño, pues, que haya un sector de administrativistas que piensen que en estos casos el órgano administrativo competente tan sólo

---

(54) Cfr., por todos, PARADA, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, 1993, pág. 391.

(55) El artículo 48 TRLGDCU, como vimos, no dice explícitamente nada a este respecto, y el artículo 22.2 RPS establece el carácter *inmediatamente ejecutivo* de la resolución dictada en el procedimiento complementario que pueda existir cuando *la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios «no haya quedado determinada durante el procedimiento» principal*.

(56) Esto, por ejemplo, ya hizo dudar a algunos autores, pensando que la solución provendrá del órgano jurisdiccional a quien se confíe la solución del problema. La Ley 30/1992, se sostiene, es neutral al respecto, por lo que del hecho de no expresarse por la norma que se refiere al orden civil podría «concluirse que no estamos ante un acto administrativo» (cfr. RÍO MUÑOZ, F. DEL, «La responsabilidad civil en los procedimientos sancionadores administrativos», en RAAP, 1996, núm. 25, pág. 34).

«lo es para determinar *el alcance* de lo que debe ser repuesto a su primitivo estado o restituido por vía de indemnización de daños y perjuicios, pero que *no puede imponer* ni lo uno ni lo otro *por vía de ejecución administrativa*» (57). De una manera más explícita aún, se ha llegado a decir que tal resolución administrativa dictada al amparo del artículo 130.2 de la Ley 30/1992, «sin que tenga los *efectos propios del acto administrativo*, servirá para *orientar* al perjudicado a la hora de dirigirse a la vía judicial civil por daños y perjuicios, no encontrándose vinculado por la determinación de la cuantía realizada por la Administración» (58). Tal planteamiento, siendo tan contundente y explícito, ha tenido la suerte o la desgracia de haber sido incorporado tal cual en un informe oficial elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo (Instituto Nacional de Consumo), adoptado en su día por la Comisión de Cooperación de Consumo en 2007 (59). Para nosotros es desafortunado, al igual que la indeterminación y ambivalencia en la que viene redactado todo ese informe.

Teniendo en cuenta todos los antecedentes más arriba expuestos, pensamos que explicar la ejecutividad de un acto administrativo, según la naturaleza de los intereses en juego (públicos, privados), si bien tiene un claro fundamento jurídico, no debe obviar la búsqueda de lo que está detrás de la

(57) Cfr., por todos, PARADA, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 1993, pág. 391, quien argumenta de esta manera ya que entiende que si la imposición de lo uno y lo otro pudiera hacerse por vía administrativa, a salvo el recurso judicial posterior a la jurisdicción contencioso-administrativa, sobraría la referencia a que en caso de incumplimiento queda *expedita la vía judicial* correspondiente. Añade que esta solución de *impotencia administrativa* en la ejecución de la responsabilidad civil puede estar justificada en aquellos casos en que el damnificado es otro particular, lo que explicaría entonces la remisión a la jurisdicción civil.

(58) Cfr. PALMA DEL TESO, Á., *Administración Pública y Procedimiento Administrativo* (coord.: TORNOS MÁS, J.), 1994, pág. 483, quien lleva también la interpretación hasta sus últimas consecuencias, aun en el caso de que los daños sean causados a la Administración, pues sostiene que «si ha sido totalmente posible la reposición de la situación alterada a su estado originario no podrá ser exigida, de forma compatible, la indemnización de daños y perjuicios» (pág. 484). Sin embargo, esta tarea orientadora ha sido calificada de «extraña función de mediación y sugerencia de indemnizaciones», que no merecería la pena en cuanto tal por lo costosa que es para el erario público, ni tampoco parece propio que se le encargue a un órgano investido de poder público (PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», en *Ar.C.*, núm. 17, 2008, págs. 16-17), a no ser, a nuestro juicio, que con base en los principios de economía procesal y de eficacia se pretenda ir un paso más allá, dando plena virtualidad jurídica a la resolución sobre responsabilidad civil con fundamento en el artículo 48 TRLGDCU.

(59) Cfr. pág. 26 del *Informe al artículo 1.12 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (LMPC)*, por el que se introduce en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios un nuevo apartado 4 al artículo 36 de dicho texto legal (ahora art. 48 TRLGDCU), adoptado por la Comisión de Cooperación de Consumo el 19 de julio de 2007, opinión reiterada posteriormente en la pág. 5 del *Borrador de Informe complementario al análisis de la Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (LMPC)*.

finalidad sancionadora y ejemplar de la norma infringida, que en el caso del Derecho de consumo aparece cada vez más unida al carácter tuitivo y protector de los poderes públicos sobre los derechos más básicos de los consumidores, entre los que está indiscutiblemente *la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos* [art. 8.c) TRLGDCU], lo cual está en justo correlato a la mención de los «poderes públicos» en el artículo 51.2 CE al afirmarse que a estos compete la protección, *mediante procedimientos eficaces, de la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores*. Además, ocurre que ambos intereses (públicos, privados) están presentes a la vez en muchos supuestos de infracciones de consumo, donde aparecen claramente imbricados entre sí. Todo esto abona la postura en favor de la consecución de la finalidad resarcitoria del procedimiento administrativo de consumo, siendo conveniente que la resolución que pueda dictarse sea ejecutiva en toda su integridad y amplitud. Tan sólo habrá que justificar las situaciones y requisitos en los que a la Administración se le permite intervenir en materias de responsabilidad civil en las que su tutela no es ajena o indiferente. Así todo, la circunstancia de que determinadas Comunidades Autónomas ya dispongan de medidas ejecutivas en sus leyes de consumo, por cuanto cada Comunidad Autónoma tiene atribuidas competencias para hacerlo, crea disfunciones y dudas innecesarias que el Estado debiera coordinar con las distintas Comunidades Autónomas en el marco legal de la Conferencia Sectorial de Consumo (arts. 40 y 41 TRLGDCU). El principio de unidad de mercado debería tratar de respetarse en cualquier caso.

En el plano jurisdiccional, por ejemplo, tampoco vemos que el artículo 48 TRLGDCU venga a suponer, nada menos, que una transformación o retoque de la distribución de funciones y materias entre órganos jurisdiccionales dentro de nuestra LOPJ (art. 9 LOPJ). Existen suficientes razones prácticas y de economía procesal para sostener posturas matizadas en las que se tenga en cuenta, antes que nada, la rápida solución de los conflictos con consumidores con medios adecuados, y, además, la propia LOPJ entiende que «si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional» (la jurisdicción contencioso-administrativa) (art. 9.4, párrafo 2.º LOPJ). Esto nos permite sostener que debe reconocerse también la posibilidad de acudir al orden contencioso-administrativo sobre cualquier extremo sobre el que se hubiere pronunciado una resolución sancionadora en vía administrativa.

También habrá que aducir para salvar la plena constitucionalidad de lo afirmado (60), y, en consecuencia, permitir una correcta aplicación del am-

---

(60) Tenemos en cuenta las críticas realizadas al respecto, que advierten de una eventual inconstitucionalidad del artículo 48 TRLGDCU al subrayar, por ejemplo, que la finalidad del procedimiento sancionador no es la salvaguarda de ningún interés particular sino la de un interés general. En el plano jurisdiccional, por ejemplo, tampoco vemos que

biguo artículo 48 TRLGDCU, que éste deja siempre abierta la posibilidad de liquidación de daños en el procedimiento sancionador (*podrá exigirse al infractor*), pero, al mismo tiempo, en caso de que el infractor sancionado no proceda a la satisfacción del daño en el plazo previsto (un mes), también siempre queda abierta la posibilidad de acudir a la «vía judicial» para que el juez o tribunal, en última instancia, se pronuncie sobre el contenido de la responsabilidad civil derivada de cualquier infracción administrativa de consumo (61). En suma, la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores no es algo que oscurezca, limite o contradiga el derecho a la tutela judicial efectiva del infractor (62).

Respecto al problema de la *jurisdicción competente* para conocer de la eventual impugnación de una resolución administrativa en la que sustancien aspectos que afecten a la responsabilidad civil del consumidor y usuario, ya hemos visto que el legislador menciona escuetamente que debe quedar abierta «la vía judicial» (art. 48 TRLGDCU). La idea de que toda resolución administrativa, por tratarse de un acto administrativo en sentido estricto, debe ser ejecutiva no solo parcialmente sino en toda su integridad, *a fortiori*, nos conduce a reconocer la competencia del órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, que podrá conocer íntegramente, asimismo, del contenido de la resolución administrativa que hubiere sido dictada, incluida la responsabilidad civil que afecte a los particulares implicados (63). Algunos dudan de que la vía judicial contenciosa quede abierta para la Administración, amparándose

---

el artículo 48 TRLGDCU venga a suponer, nada menos, que una transformación o retoque de la distribución de funciones y materias entre órganos jurisdiccionales dentro de nuestra LOPJ (art. 9 LOPJ). Existen razones prácticas y de economía procesal para sostener posturas matizadas en las que se tenga en cuenta, antes que nada, la rápida solución de los conflictos con consumidores con medios adecuados, y, además, es que la propia interpretación extensiva de la LOPJ entiende que «si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional» (jurisdicción contencioso-administrativa) (art. 9.4, párrafo 2.º LOPJ), lo que nos lleva a sostener que debe reconocerse también la posibilidad de acudir al orden contencioso-administrativo sobre cualquier extremo sobre el que se hubiere pronunciado una resolución en vía administrativa.

(61) Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», en *Ar.C.*, núm. 17, 2008, págs. 16 y 17.

(62) Cfr. STC 21/1986, de 14 de febrero, FJ 2.º (Ponente: M. DIEZ DE VELASCO), que ni tan siquiera estima vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en aquellos supuestos en que, antes de acudir a la jurisdicción civil ordinaria, se exija dar por concluida la vía previa administrativa, la cual «se configura como *requisito procesal* para el acceso a la jurisdicción ordinaria».

(63) No olvidemos tampoco que, en todo caso, se trata de una pretensión deducida siempre «en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo», por lo que, congruentemente, nada obsta para que pueda conocer de ella el orden contencioso-administrativo (art. 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

en que el principio de ejecutividad de los actos administrativos, al pensar que «las Administraciones Públicas no resultan *obligadas* a acudir a los Tribunales para ejecutar lo dispuesto en los actos que dicte», pero es que en su contra debe argüirse, en efecto, que el artículo 48 TRLGDCU ni obliga a la Administración a recurrir a los Tribunales ni cuestiona en ningún momento la potestad de la Administración para ejecutar una resolución que determine la indemnización que el infractor deba pagar, sino que meramente *faculta* a las *partes interesadas* a acudir, en última instancia, a la «vía judicial» (64).

Con todo, la denuncia interpuesta por consumidores y usuarios ante la Administración que incoa un procedimiento no tiene el efecto de producir *litispendencia*, ya que esto tan sólo puede ocurrir mediante la interposición judicial de una demanda en sede judicial (art. 410 LEC). De este modo, tal y como están ahora las cosas, no existe ningún problema por el hecho de que una pretensión se incoe por un consumidor en vía administrativa y, después, resulte que éste entable una demanda en vía civil por los mismos hechos dañosos causados. El artículo 48 TRLGDCU viene precisamente a justificar que puedan coincidir el *objeto* del procedimiento sancionador administrativo (en lo referente a la reposición e indemnización de daños interprivados), y la eventual *demanda posterior* (que pueda sustanciarse en vía civil sobre la misma materia de reposición e indemnización de daños y perjuicios). Sin embargo, no siendo posible excepcionar litispendencia por el hecho de que la pretensión esgrimida por el consumidor haya sido planteada en vía administrativa, tal vez fuera conveniente (para evitar incongruencias o discordancias en este solapamiento de las vías civil y administrativa), que las legislaciones de consumo de las distintas Comunidades Autónomas establecieran que la demanda judicial por

---

(64) Cfr., por todos, ESPINA FERNÁNDEZ, S., *La determinación en vía administrativa de indemnizaciones a los afectados por infracciones en materia de consumo (sobre la inaplicabilidad del art. 36.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, <www.elderecho.com>, Sección Actualidad, 10 de septiembre de 2007, págs. 8 y 9. El hecho de que no pueda argumentarse racionalmente que el artículo 48 TRLGDCU (antes art. 36.4 LGDCU 1984), «exija la intervención de los tribunales para que la Administración ejecute la resolución mediante la que se determine la indemnización a pagar por el infractor», entendemos que no impide admitir la posibilidad de recurrir el acto administrativo en vía contenciosa. El problema está en que este autor parte de la idea preconcebida de que *la Administración*, si es la parte demandada en el orden contencioso, se deberá limitar a exponer que «ya cumplió con su obligación de emitir una resolución sobre la indemnización», y si la parte demandada es el *empresario* incumplidor, no entiende que «dos sujetos privados pleiteen como demandantes y demandados» con base en «una resolución administrativa que determina una *obligación de pago entre particulares*» (pág. 10). Como puede observarse, se opta por una separación neta y absoluta de los intereses públicos y privados, presumiendo una interpretación restrictiva sobre el alcance del acto administrativo. Esto es, se sitúa dentro de los que entienden que la determinación del daño interprivados, aunque forme parte del acto administrativo, no tiene los efectos como tal acto administrativo, sirviendo tan solo para *orientar* la pretensión del consumidor perjudicado.

idéntica causa suponga la necesaria inhibición de la Administración, estableciéndose la renuncia *ex lege* automática del interesado a exigir aquellos daños que previamente hubiere solicitado en vía administrativa (consumidor o empresario) (65). A estos efectos, también parece congruente entender que la reclamación administrativa suponga la interrupción en vía civil de la prescripción de una eventual acción indemnizatoria por parte del consumidor (66).

Aquella declaración de indemnización, por la que el sancionado deba abonar los daños y perjuicios causados a otro particular por incurrir en una infracción administrativa de consumo, no tendrá ninguna eficacia civil, esto es, no será vinculante para los Tribunales Civiles, que de existir una demanda ante ellos serán los únicos órganos competentes para pronunciarse definitivamente sobre la cuestión de fondo. Y ello es así porque la norma común aplicable (art. 130.2 LRJ-PAC) y la norma específica (art. 48 TRLGDCU) hablan, respectivamente, de la *vía judicial correspondiente* y de la *vía judicial*, en lugar de remitirse expresamente al contencioso o, simplemente, no decir nada al respecto. Por esta razón, la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento administrativo sancionador de consumo podrá ser recurrida por el infractor en cualquiera de sus extremos, como parte interesada que es, en la vía contencioso-administrativa. Pero también, el consumidor perjudicado con daños o perjuicios o, si acaso, el empresario, en caso de no

(65) Si bien es cierto que el artículo 91.1 LRJ-PAC puede interpretarse como un mecanismo de renuncia en estos supuestos, ya que admite «cualquier medio que permita su constancia», parece más apropiado una referencia explícita de la ley al caso que planteamos. Una muestra de esto, por ejemplo, ya aparece en alguna ley autonómica de consumo, como es en la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha, cuyo artículo 44.2 determina que «el particular afectado en sus derechos por la conducta constitutiva de infracción administrativa podrá pedir igualmente en el procedimiento sancionador la determinación de los daños sufridos. A tales efectos, la Administración se inhibirá cuando conste, antes o durante el procedimiento, que *una de las partes en conflicto* ha interpuesto la correspondiente acción judicial para defensa de sus derechos». También, CORDERO LOBATO, E., *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico-privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <[www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf](http://www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf) 2003>, 2003, págs. 19 y 20. De no hacerse así, LOBATO entiende que deberá darse un mecanismo compensatorio, de manera que si, por ejemplo, el importe estimado de la liquidación de daños realizado en vía civil es superior al reconocido en vía administrativa, el empresario infractor deberá abonar la diferencia existente. A nuestro juicio, es precisamente el legislador quien debería arbitrar mecanismos que eviten estas situaciones que pueden darse, de manera que la ejecución voluntaria o forzosa de una resolución administrativa firme se presente como una especie de ejecución «provisional», mermando la ejecutividad que debe tener todo acto administrativo. Por eso hablamos de la necesidad de una norma de cierre que complete el artículo 48 TRLGDCU, lo que permitiría dotar de la mayor operatividad posible a las resoluciones administrativas que aborden la responsabilidad civil de daños causados interprivados, que es a la postre de lo que se trata.

(66) Cfr. CARRASCO PERERA, Á., «Texto refundido de la LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», en *Ar.C.*, junio de 2008, pág. 21.

ver satisfecha voluntariamente la eventual indemnización señalada en la resolución administrativa notificada al infractor (art. 48 TRLGDCU), podrán acudir a la jurisdicción civil. Y esto con independencia de haberse puesto en marcha el procedimiento administrativo sancionador, ya que el consumidor podrá siempre interponer directamente la reclamación por daños y perjuicios en la vía civil, incluso con antelación a la incoación del propio procedimiento administrativo sancionador.

De manera similar podremos razonar con referencia a la cosa juzgada en ambos órdenes (civil, contencioso-administrativo), por cuanto que cualquier asunto resuelto en vía administrativa no vinculará al juez civil (art. 207.4 LEC), con independencia de que los hechos ahí alegados puedan servir de prueba. Ni ello impedirá tampoco que el consumidor o el empresario puedan entablar una demanda civil ante el juez competente por los mismos hechos que le hubieren causado daños y perjuicios.

Alguna Comunidad Autónoma ha introducido en su legislación de consumo alguna especialidad de alcance limitado, lo cual puede tener como suele ocurrir un efecto mimético, como es la de reconocer expresamente al consumidor como *parte interesada* en el procedimiento sancionador de consumo. En este sentido, por ejemplo, el Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha entiende ahora que «*el particular afectado en sus derechos* por la conducta constitutiva de infracción administrativa *podrá pedir* igualmente en el procedimiento sancionador *la determinación de los daños sufridos*», intentando aclarar a continuación que «la Administración se *inhibirá* cuando conste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para la defensa de sus derechos» (art. 44.2 de la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha). Véase que aquí se está refiriendo la ley a la *determinación de los daños sufridos*.

Pues bien, aunque esta determinación de los daños podría entenderse, según algún sector doctrinal (67), que no tiene los efectos de un acto administrativo en cuanto tal, sirviendo tan sólo para *orientar* la pretensión del perjudicado, nosotros pensamos que ya no puede sustentarse tal posición. Y es que, como venimos sosteniendo el artículo 48 TRLGDCU viene a forzar los planteamientos hasta ahora vigentes, siendo un instrumento ciertamente ambiguo pero útil para avanzar en las nuevas perspectivas dogmáticas y de operatividad y eficacia que se han venido abriendo cada vez más en este ámbito. Partiendo históricamente de diferentes normas estatales que, desde distintos sectores del ordenamiento, preveían una regulación especial del procedimiento administrativo que no estaba contemplada o prevista en la regu-

---

(67) Cfr. PARADA, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 1993, pág. 391; PALMA DEL TESO, Á., *Administración Pública y Procedimiento Administrativo* (coord. TORNOS MÁZ, J.), 1994, pág. 483.

lación general del procedimiento administrativo común, se ha llegado a una situación en la que es factible generalizar tales planteamientos, al menos en el socializado sector de consumo (68).

Si bien se detecta que se ha abierto un *nuevo escenario* en la protección del consumidor, pensamos que los instrumentos legales que clarifiquen y plasmen tal situación son todavía imperfectos e insuficientes. Pero es aún peor reconocer que éstos estén diseminados dentro de cada una de las legislaciones autonómicas de consumo. Tal vez ya no baste con aceptar que se hable de una mera «tendencia expansiva» de la regulación administrativa en la liquidación de daños en sentido amplio (69). Así todo, la estimación particular que entiende que debería formalizarse una previsión legal, estatal o autonómica, que permitiera *con carácter general y homogéneo* que la liquidación del daño entre particulares pudiera ejecutarse tras el procedimiento administrativo, por ejemplo, mediante la vía de apremio, es una cuestión de política legislativa que deberá abordarse y especificarse sin más demora por parte del Estado y las distintas Comunidades Autónomas, tal vez en sede del Consejo Sectorial de Consumo.

## VIII. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE CONSUMO

El legislador estatal no ha previsto, por el momento, ningún cauce procedimental que permita una aplicación más o menos homogénea del artículo 48 TRLGDCU, y parece tener ciertas dudas al respecto (70). Por otra parte, están claras las concordancias de éste con el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, pero, sobre todo, las discordancias con el RPS de 1993 como hemos visto. Así todo, deberán tenerse en cuenta los textos aprobados en las distintas Comunidades Autónomas relativos al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración (71).

---

(68) Cfr. CORDERO LOBATO, E., *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <[www.uclm.es/cescol/investigacion/7.pdf](http://www.uclm.es/cescol/investigacion/7.pdf)> 2003, pág. 18.

(69) Cfr. RIBÓN SEISDEDOS, E., «La liquidación de daños entre particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador de consumo», en *Estudios sobre Consumo* (EC), núm. 81, 2007, pág. 38 y sigs., quien lo afirma, sino que haya que dar más pasos legislativos en la dirección apuntada en este estudio.

(70) Existe un informe que trata de aportar alguna orientación al respecto, me refiero al Informe Jurídico adoptado en el seno de la Comisión de Cooperación de Consumo (INC), de 19 de julio de 2007, complementado por otro informe anejo posterior, que es un extracto del anterior, que es un exponente de lo aquí afirmado.

(71) Por poner un ejemplo baste citar el caso de la Comunidad de Madrid, concretamente el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, vigente desde finales del año 2000.

A este respecto, consideración aparte merece la posibilidad de introducir algún cambio dentro del procedimiento administrativo sancionador de algunas Comunidades Autónomas, al objeto de adecuar el ejercicio de la potestad sancionadora en lo atinente a la determinación de la responsabilidad civil de los consumidores conforme al reciente artículo 48 TRLGDCU. Con carácter general no parece existir obstáculo alguno, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, para que cada Comunidad Autónoma con competencia plena en materia de consumo pueda regular aspectos singulares del procedimiento sancionador, siempre que se respete la normativa sobre el procedimiento administrativo común emanada del Estado. Siendo esto técnicamente viable, existen dos impedimentos generales de diversa índole que deberán abordarse previamente.

El primero es de carácter económico, por cuanto que la posibilidad de resolver en vía administrativa sobre la indemnización de daños causados a los consumidores, incrementaría enormemente los costes públicos de mera gestión, al margen de la eventual determinación que pueda hacerse por ley de la asignación y reparto de ciertos gastos entre las partes intervinientes (informes periciales, etc.). Asimismo, desde el punto de vista estrictamente jurídico, parece claramente desvirtuador del sistema de garantías de lo contencioso-administrativo admitir la solicitud para ejecutar una resolución administrativa que viene, paradójicamente, a determinar la indemnización por daños y perjuicios causados a un particular por parte de un empresario o profesional. Se trata de reflexionar sobre si el principio de igualdad de los ciudadanos en derechos y obligaciones ante la ley y las garantías de un tratamiento unitario por parte de las Administraciones Públicas sobre cuestiones de *interés general* (restitución e indemnización de consumidores y usuarios), deben primar por encima de otras consideraciones pragmatistas en exceso.

Pero también cabe una reflexión general desde el punto de vista de la unidad de mercado, ya que parece claramente perturbador que aquellas Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias plenas en materia de consumo puedan arbitrar, aunque sea dentro de los parámetros del artículo 48 TRLGDCU, procedimientos especiales al respecto. Parece abierta una brecha en el caso de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón, al afirmarse en ella que *«independientemente de las sanciones a que se refiere esta Ley, el órgano sancionador impondrá a la persona o entidad infractora la obligación de restituir inmediatamente al consumidor la cantidad percibida indebidamente en los supuestos de aplicación de precios superiores a los autorizados, comunicados, presupuestados o anunciados al público»*. Esta misma Ley 16/2006 añade que *«el acuerdo anterior será ejecutivo desde el momento en que el acto administrativo que imponga tal obligación de restitución haya puesto fin a la vía administrativa»* (art. 88 de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de

protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón). Particularmente novedosa y positiva es la referencia explícita que se hace a la existencia de un *acto administrativo*, lo que despeja ciertas dudas hasta ahora existentes en orden a la ejecutividad de la sanción administrativa impuesta en toda su integridad, esto es, en lo que pudiera afectar a la restitución del daño y a las eventuales indemnizaciones a particulares dentro del procedimiento administrativo de consumo.

Una primera cuestión específica es la que afecta a la posibilidad de que la propia Administración ejercite de oficio su potestad de declarar la responsabilidad civil derivada de una infracción administrativa en materia de consumo. Con fundamento en el principio de autonomía privada del ordenamiento jurídico privado, que tan sólo permite que sean los particulares quienes demanden la defensa de sus intereses patrimoniales, puede sostenerse que sólo el titular de los derechos privados lesionados por una infracción de consumo podrá solicitar o renunciar a tal declaración en vía administrativa (72). Con todo, nosotros tampoco vemos inconveniente alguno, antes al contrario, con base en el mismo artículo 34 LRJ-PAC, para que terceros ajenos al procedimiento inicial y que puedan resultar afectados por la resolución puedan personarse en el mismo, siempre que la Administración les comunique la existencia del procedimiento abierto y éstos comparezcan en tiempo y forma solicitando la indemnización que les corresponda (73).

---

(72) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 10.ª ed., 2006, pág. 499, quienes sostienen, en efecto, que «hay sectores de actividad que están articulados técnicamente en torno al principio de rogación, de forma que la solicitud del particular es presupuesto necesario de la incoación del procedimiento y su desarrollo posterior», que es lo que ocurre con una reclamación de un consumidor que dé lugar a una incoación de un procedimiento y en el que deban liquidarse los daños que le fueren causados. En efecto, «el otorgamiento de autorizaciones o concesiones y, en general, todo procedimiento tendente al reconocimiento de un derecho o a la constitución de una situación jurídica favorable a un sujeto determinado exige, en principio, la iniciativa de dicho sujeto como *condición necesaria para la válida incoación del procedimiento*, salvo en aquellos casos en que la Administración esté facultada por la Ley para efectuar convocatorias públicas a estos efectos». Hay quien entiende, por el contrario, la posibilidad de liquidar dichos daños de los derechos privados lesionados «también en los casos en que el procedimiento no se haya iniciado por denuncia sino *por la propia iniciativa del órgano actuante*» (cfr. CORDERO LOBATO, E., *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <[www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf](http://www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf) 2003>, 2003, pág. 21). Con todo, debe tenerse en cuenta que «en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquélla» (art. 71.3 LRJ-PAC), cuando resulte, por ejemplo, que los daños tienen mayor entidad que los inicialmente previstos.

(73) Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», en *Ar.C.*, núm. 17, 2008, pág. 11.

Con referencia al momento en el que la Administración debe liquidar o determinar las responsabilidades civiles, la legislación de aquellas Comunidades Autónomas que lo han desarrollado ha optado por seguir estrictamente lo previsto en el artículo 22.2 RPS (74). De esta manera, la resolución que contenga la reposición de la situación alterada por la infracción podrá concurrir con la determinación de las responsabilidades civiles correspondientes a los daños y perjuicios sufridos por el consumidor. En este sentido, la propia Ley 30/1992 habla de *compatibilidad* de responsabilidades (art. 130.2 de la Ley 30/1992), y el artículo 48 TRLGDCU invoca expresamente este artículo 130.2 para expresar que dentro del mismo procedimiento sancionador «podrá exigirse al infractor», tanto la reposición como la indemnización de daños y perjuicios probados. Pero no debe olvidarse que cualquier prohibición o limitación contractual interprivados, que impida o limite esta posibilidad de resarcimiento en vía administrativa, podrá catalogarse como «cláusula abusiva» [art. 82.4.b) TRLGDCU], lo cual puede constituir, además, una infracción administrativa ahora tipificada dentro del artículo 49.1.j) TRLGDCU, por incluir una cláusula abusiva en un contrato. Así todo, es menester que se garantice que los daños o lesiones inferidas al consumidor hayan quedado debidamente acreditados y probados en el procedimiento sancionador.

Salvo que la liquidación de daños y perjuicios sea necesaria para determinar la existencia o graduación de la propia infracción de consumo, lo más razonable y adecuado sería que tales daños y perjuicios se determinasen o liquidasen dentro de ese *procedimiento complementario* al sancionador, tal y como prevé tanto el artículo 22.2 RPS como otros artículos idénticos dentro de las legislaciones autónomas. Al no explicitarse nada más ni en el primero ni en la normativa correspondiente de las distintas Comunidades Autónomas, pensamos que la propuesta más razonable para desarrollar este *procedimiento complementario* sería añadir la circunstancia de que el consumidor, ya sea en el momento de interponer la denuncia o al personarse como reclamante dentro del trámite de formalización del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador (75), pueda solicitar la indemnización de daños y perjuicios que estime conveniente, pero sin *obligarle imperativamente* por ley a aportar entonces al procedimiento la correspondiente cuantificación y liquidación de daños. De *lege ferenda*, será conveniente que ésta sea una obligación mera-

---

(74) En el caso, por ejemplo, de la Comunidad de Madrid, se afirma que «en el caso de que la cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios causados no se hubiese determinado en la resolución, tal determinación se realizará a través de un procedimiento complementario, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa. Este procedimiento será susceptible de terminación convencional, aunque ni ésta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicará el reconocimiento voluntario de su responsabilidad» (art. 15.2 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre).

(75) Cfr. artículo 6 del Decreto 245/2000 de la Comunidad de Madrid.

mente facultativa, ya que exigírsela en ese momento supondría incorporar una carga que es desproporcionada con la naturaleza de la propia reclamación de consumo, ya que sería, siempre o en la mayoría de las situaciones, económicamente gravosa para el consumidor medio. Además, tal exigencia añadiría el riesgo innecesario de que el consumidor no pudiera recuperar sus costes en el futuro, como lo sería, por ejemplo, en los supuestos que no llegue a iniciarse el procedimiento administrativo o que hubiere sobreseimiento.

Lo mismo podrá decirse con referencia al empresario (como parte interesada que también es), en lo atinente a la necesidad de cuantificar su responsabilidad civil, que muy acertadamente, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid, deberá sustanciarse necesariamente dentro del *acuerdo de iniciación* del procedimiento sancionador (76), al haberse eliminado del procedimiento sancionador el pliego de cargos por considerarlo un trámite superfluo en razón del principio de economía procesal, favorable en principio a todo cuando afecta a consumidores y usuarios (77). En consecuencia, de *lege ferenda*, lo más razonable es que al consumidor se le permita proponer en el momento procedimental oportuno (*acuerdo de iniciación* del procedimiento sancionador para el caso de la Comunidad de Madrid), la práctica de la prueba pericial pertinente, al objeto de cuantificar los daños y perjuicios que se le hubieren podido inferir, lo cual deberá notificarse al empresario como parte interesada (78). Una vez abierto el período probatorio, se decidirá sobre la admisión de las pruebas y, en su caso, se procederá a la práctica de aquellas que se consideren necesarias para la resolución del procedimiento administrativo de consumo (79).

Es indubitable que el procedimiento sancionador debe quedar supeditado al *principio básico de contradicción* de las partes, que debe guiarlo en todo caso, por lo que es fácil comprender que el empresario o profesional deba siempre tener la libertad para oponer cualquier excepción al respecto (realización

(76) Cfr. artículo 6 del Decreto 245/2000 de la Comunidad de Madrid.

(77) Conviene advertir y tener muy en cuenta para la Comunidad de Madrid, por cuanto que afecta a la determinación de la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados, que, con independencia de que los interesados en cualquier momento del procedimiento de consumo puedan «aducir alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio» o actuaciones complementarias (arts. 9.2 y 12.2 y 13 del Decreto 245/2000), la redacción de las alegaciones formuladas en el escrito de iniciación del procedimiento deben estar correctamente realizadas, pues tal y como está redactado el Decreto 245/2000, «dicho acuerdo (de iniciación del procedimiento) *podrá ser considerado propuesta de resolución* en el caso de que contenga un *pronunciamiento preciso en todos los elementos que la integran* de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de este Reglamento» (hechos probados y calificación de los hechos, infracción, personas responsables, sanción y medidas provisionales) [art. 6.2.a) del Decreto 245/2000].

(78) Cfr. CORDERO LOBATO, E., *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <[www.uclm.es/cescol/investigacion/7.pdf](http://www.uclm.es/cescol/investigacion/7.pdf)> 2003, pág. 22.

(79) Cfr. artículo 10.1 del Decreto 245/2000 de la Comunidad de Madrid.

del pago parcial o total del importe reclamado por el consumidor; litispendencia en vía civil; cosa juzgada, etc.). Ahora bien, no parece que sea un recurso pertinente trasladar a estos supuestos la posibilidad de que el empresario formule reconvencción frente al consumidor, ya que no parece que exista razón de peso que justifique traer aquí, a modo de compensación en favor del empresario, el conocido mecanismo de tutela privilegiada en interés del consumidor medio (80).

Por otra parte, con referencia a las medidas de carácter provisional que puedan acordarse, tanto en el momento del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador de consumo como en cualquier otro, en defensa de los derechos e intereses interprivados de los consumidores (81), la legislación autonómica debe ser todo lo flexible que pueda para una mejor adaptación y aplicación del artículo 48 TRLGDCU. Así ocurre ya en algunas Comunidades Autónomas, por cuanto que junto a las medidas ya contempladas en el RPS de 1993 (suspensión temporal de actividades, prestación de fianzas), se permite aplicar facultativamente «aquellas otras (medidas) previstas en *normas específicas*», como pueden ser cualesquiera que sirvan a la correcta aplicación del artículo 48 TRLGDCU (art. 2 del Decreto 245/2000 de la Comunidad de Madrid). Pero es que, además, la propia redacción del artículo 7.2 de este Decreto 245/2000 permite adaptarse perfectamente al principio básico de la protección efectiva de los intereses de consumidores y usuarios, pues se recoge que «en cualquier caso (tales medidas provisionales) deberán ser proporcionadas a la finalidad perseguida, sin que la adopción de las mismas pueda *causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o implicar la violación de derechos amparados por las leyes*».

Desde el punto de vista económico, ya apuntamos que uno de los grandes inconvenientes de la resolución en vía administrativa acerca de la indemnización de daños causados a consumidores y usuarios, son los costes que acarrea la práctica de la prueba y, en su caso, de la eventual asistencia jurídica a los litigantes. Parece claro que la posibilidad de que los daños particulares sean resarcidos en vía administrativa sin coste alguno para las partes, ni tan siquiera para el infractor, podría acabar asfixiando económicamente todo el sistema de protección pública de los consumidores (82). De acuerdo con la regulación vigente del procedimiento sancionador en nuestro país no es posible condenar en costas al infractor, ni mucho menos al denunciante,

---

(80) Cfr. CORDERO LOBATO, E., *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <www.uclm.es/cescol/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 23.

(81) Con base en el artículo 136 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

(82) Cfr. CORDERO LOBATO, E., *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <www.uclm.es/cescol/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 23.

sea cual fuere el resultado del procedimiento. Y no resulta descabellado pensar que las peritaciones e informes en estas materias son, en muchas situaciones, de costes muy considerables y elevados. Por ello, cabría plantearse también un cambio perentorio en esta materia.

Nuestra legislación estatal, de manera un tanto escueta y confusa, determina la posibilidad de aplicar el artículo 81.3 de la Ley 30/1992, a los supuestos planteados, por cuanto que se prevé que la propia Administración podrá exigir el anticipo de «gastos que no deba soportar» ella misma, siempre que hubiese sido el propio «interesado» quien hubiere solicitado la realización de aquellas pruebas que estimase pertinentes en el procedimiento. De partida, el problema es que esta norma no soluciona el problema de fondo, ya que sólo se contempla la posibilidad de repercutir la provisión de fondos en el solicitante y no en el eventual «vencido» en el procedimiento. Pero es que, además, si ninguno de los interesados propone prueba alguna, y resulta que ésta es imprescindible para determinar y comprobar los hechos y datos necesarios para dictar la resolución, será la propia Administración quien esté obligada a practicarla de oficio y, en consecuencia, a cubrir tales costes (art. 78.1 de la Ley 30/1992) (83). Tampoco el artículo 81.3 de la Ley 30/1992 regula los costes probatorios que correspondan a la Administración, sino que tan sólo prevé los requisitos necesarios para que la Administración pueda exigir la provisión de fondos para la práctica de pruebas solicitadas por el interesado, suponiendo siempre, *a priori*, que tales gastos no «deben ser» soportados por la Administración. Por ello, estamos de acuerdo en que, salvo la posibilidad de pedir provisión de fondos en supuestos específicos, ni el artículo 81.3 de la Ley 30/1992, ni ninguna otra norma del procedimiento administrativo común vigente establece nada sobre a quién corresponderá el pago de los costes de las pruebas practicadas dentro del procedimiento sancionador (84). Estando así las cosas, en caso de tratar de implementarse el artículo 48 TRLGDCU en este punto, habría que plantearse establecer un procedimiento sancionador de consumo en el que se permitiera imputar al infractor los costes de la prueba practicada de oficio o a instancia de los interesados, claro está, siempre que el procedimiento concluya con una resolución sancionadora.

(83) Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», en *Ar.C.*, núm. 17, 2008, pág. 15.

(84) Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador*, vol. I, Valencia, 1996, pág. 612 y sigs. También, CORDERO LOBATO, E., *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico-privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <[www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf](http://www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf)>, 2003, pág. 23 y sigs., quien, efectivamente, entiende que la correcta interpretación del artículo 81.3 de la Ley 30/1992 pasa porque la Administración no puede exigir provisión de fondos en los supuestos en que se trate de pruebas que tengan por finalidad directa, por ejemplo, la de desvirtuar o contrarrestar los hechos que la propia Administración considere probados, tanto si se realizan de oficio como si son propuestas por el mismo interesado.

La asistencia letrada para las partes no es necesaria en el procedimiento sancionador de consumo, desde el momento en que se entiende que el consumidor adquiere la condición de interesado (art. 85 de la Ley 30/1992). Esta circunstancia permite hablar de procedimiento gratuito, sin necesidad de asistencia de abogado y procurador. Ahora bien, en el caso hipotético de que el interesado confiera su representación legal a un letrado, la ley determina con carácter general que tal circunstancia deberá ser *comunicada* a los demás interesados en el procedimiento para salvaguardar «los principios de contradicción y de igualdad entre los interesados en el procedimiento» (art. 85.3 de la Ley 30/1992). La ausencia de tal comunicación por parte del órgano instructor, en consecuencia, podría dar lugar a la nulidad de la resolución correspondiente (85). Asimismo, en caso de darse la asistencia letrada de las partes (abogado y procurador) dentro del procedimiento administrativo de consumo, tal vez sería razonable introducir una regla parecida a la que existe en el procedimiento civil, esto es, excluir los derechos y honorarios devengados por estos profesionales en la condena en costas, salvo que el Tribunal apreciase mala fe o temeridad en la conducta del condenado en costas o, en su caso, cuando el domicilio de la parte representada y defendida estuviera en lugar distinto a aquel en que se haya tramitado el juicio (art. 32.5 LEC).

Por la particular trascendencia e interés que tiene la consideración del consumidor como *parte interesada* en el procedimiento sancionador, lo pasamos a ver separadamente en el epígrafe siguiente.

## IX. LESIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO Y DEL INTERÉS PRIVADO: EL CONSUMIDOR COMO «PARTE INTERESADA» EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONSUMO

En principio, siguiendo alguna jurisprudencia existente, la condición del consumidor como parte «interesada» en el procedimiento administrativo sancionador (art. 31.1 LRJ-PAC) pudiera quedar en entredicho, por cuanto que el presupuesto básico del procedimiento administrativo sancionador parece sustentado en la *lesión de un interés público*. Lo que parece ventilarse exclusivamente en tal procedimiento sería la responsabilidad del infractor al objeto de la eventual imposición de una sanción administrativa, sin consideración a beneficio o ventaja alguno para el perjudicado por cualquier daño. También, a pesar de lo que a primera vista pudiera parecer, la mera condición de denunciante no parece comportar automáticamente la condición de *interesado* en el procedimiento, ya que al ser pública la acción para denunciar la comi-

---

(85) Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», en *Ar.C.*, núm. 17, 2008, pág. 14.

sión de infracciones (art. 69.1 de la Ley 30/1992; art. 11.1 del RD 1398/1993), para denunciar no hará falta ser interesado. Para que el perjudicado —sea denunciante o no—, adquiera la condición de interesado, la ley señala que deberá ser *titular de derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la resolución que se adopte en el procedimiento* (86). Sin embargo no nos cabe la menor duda de que, ahora más que antes de la aprobación del artículo 48 TRLGDCU, pueden alegarse fundadas razones de política legislativa que hacen muy recomendable la atribución al consumidor perjudicado de la condición de «interesado» dentro del procedimiento administrativo (proposición de prueba; formulación de alegaciones o de ejercicio de las amplias facultades reconocidas en la Ley 30/1992 y RD 1398/1993). La infracción cometida, además de contravenir determinados intereses públicos protegidos, está prejuzgando, con el valor y fuerza que tiene todo acto administrativo, que el infractor ha actuado contrariamente a Derecho, por lo que la lesión o los perjuicios irrogados al consumidor serán siempre *antijurídicos*, lo que bastará para justificar su correspondiente liquidación aunque no sean propia y formalmente el *objeto* del procedimiento sancionador (87).

Para una mayor claridad en la materia sería precisa una reforma legal de la propia LRJ-PAC y del RPS en ese sentido, y, posiblemente también de la LEC en, al menos, dos de los puntos mencionados: primero, en lo concerniente al problema que gravita sobre la *litispendencia* o la eficacia de lo que pueda considerarse «cosa juzgada» en vía administrativa en materia de liquidación de daños y perjuicios a particulares. Y, en segundo término, en lo que supone atajar el problema de la eventual duplicidad indemnizatoria con que podamos encontrarnos en estos conflictos (civil, administrativa), siendo conveniente *de lege ferenda* que se hiciera referencia expresa a la cuestión sobre si a los particulares se les permite solicitar en vía civil aquello que no hubie-

---

(86) Cfr. STS de 29 de mayo de 2001 (RA, núm. 4443), que entiende necesario, a los efectos de la aplicación del artículo 31.1 de la Ley 30/1992, determinar «si la imposición de una sanción puede producir un efecto jurídico positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera».

(87) Cfr. REBOLLO PUIG, M., *Comentarios a la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord.: R. BERCOVITZ-J. SALAS), 1992, pág. 863, quien ya entendió abiertamente que, si bien no basta para ostentar tal condición de interesado la circunstancia de que el consumidor tuviera alguna *conexión con el peligro abstracto ocasionado por la infracción*, bastará en muchos casos que éste *haya sufrido directamente las consecuencias de la conducta típica sancionada* para que sea considerado interesado en el procedimiento sancionador. En este sentido pueden verse las SSTs de 12 febrero de 1992 (RA, núm. 2817), 20 de marzo de 1992 (RA, núm. 3113), 5 de noviembre de 1999 (RA, núm. 627), y 26 de octubre de 2000 (RA, núm. 8582). En esta misma línea puede verse CORDERO LOBATO, E., *Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo*, <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, págs. 12 y 22.

ran obtenido por cualquier causa en vía administrativa. En estos momentos si el infractor sancionado administrativamente no satisface voluntariamente el pago o indemnización estimados dentro del procedimiento, el consumidor no tendrá más remedio que acudir a la vía judicial ordinaria. Debe entenderse, en todo caso, que la reclamación administrativa interpuesta interrumpe la prescripción de la acción civil, sin que pueda hablarse de litispendencia o prejudicialidad entre las vías civil y administrativa (88).

En esta línea podría afirmarse que, después de casi un decenio, se ha encauzado y prosperado aquella recomendación hecha en su día dentro del Informe 1/1999 del Consejo Económico y Social sobre «*Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*», cuando se sugería que «deberían aprovecharse al máximo las posibilidades que brinda la *regulación actual* de la responsabilidad en el procedimiento administrativo, en beneficio de los consumidores, especialmente para las *reclamaciones de pequeña cuantía*» (89), de manera que, como afirmaba el texto de la enmienda transaccional del Congreso de Diputados que precedió a la redacción del actual artículo 48 TRLGDCU, se pueda superar el desaliento habitual del consumidor medio cuando después de «imponerse una sanción administrativa por una infracción cometida (se comprueba que) dicha sanción no lleva aparejado el resarcimiento al consumidor del daño sufrido» (90).

#### X. LAS DUDAS Y VAIVENES EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE INDEMNIZAR DAÑOS Y PERJUICIOS A CONSUMIDORES Y USUARIOS DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONSUMO

En la decisión de política legislativa que pueda tomarse al respecto deberá tenerse en cuenta lo que el legislador ha venido disponiendo en la legislación general del Estado. Así, es conocido que en el ámbito específico del Derecho de Consumo no existe, dentro de la normativa estatal, precepto alguno que permita la liquidación de daños entre particulares en el seno del procedimiento administrativo sancionador de consumo. La excepción parecía abrirse camino dentro del servicio de telecomunicaciones del Real Decreto 424/2005,

---

(88) Cfr. CARRASCO PERERA, Á., «Texto Refundido de la LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», en *Ar.C.*, junio de 2008, pág. 21.

(89) Cfr. págs. 69 a 71 del Informe 1/1999 del Consejo Económico y Social, de 17 de febrero 1999.

(90) Cfr. Enmiendas 16 y 61 de la Ley 44/2006, de Mejora en la Protección de los Consumidores y Usuarios (LMPC), y que dieron lugar a la transaccional definitiva del artículo 36.4 de la misma (cfr. BOCG, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 83-8, 1 de junio de 2006, págs. 29 y 45), hoy artículo 48 TRLGDCU.

de 15 de abril, a propósito del *Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas*, donde se contemplan algunos supuestos de indemnización contractual a favor de los usuarios por incumplimiento deficiente o por interrupción del servicio de telecomunicaciones contratado [arts. 105.2.d) y g) y art. 115 del RD 424/2005]. Tal previsión normativa trae causa del artículo 38 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre, que, a su vez, preveía que ese Real Decreto regulase *la responsabilidad por los daños que se les produzcan* a los usuarios, así como *el derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio* (art. 38.2 LGT) en la vía administrativa. Sin embargo no deja de ser llamativo que el desarrollo de ese Real Decreto 424/2005 por la Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, que regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas (en el ámbito de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones), se haya optado finalmente por excluir de este procedimiento «las controversias que se encuentren reguladas por normativa distinta de la protección específica de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, tales como la procedencia de *indemnización por posibles daños y perjuicios causados por la prestación deficiente del servicio o por su falta de prestación*» [art. 3.2.a) de la Orden ITC/1030/2007], así como «*todas aquellas materias que deban ser conocidas necesariamente por los Juzgados y Tribunales*» [art. 3.2.f) de la Orden ITC/1030/2007]. Parece con ello haberse impuesto un criterio restrictivo, obviando las previsiones iniciales del procedimiento previsto en el artículo 38 LGT de 2003. Se cambia de criterio desdiciéndose abiertamente de la finalidad original contemplada en la propia LGT, por lo que esta reconsideración debería hacer reflexionar a las sobre las causas de fondo que anidan en tal decisión del legislador estatal.

Con carácter marginal también pueden ser motivo de reflexión las complicaciones en la liquidación de los daños medioambientales con reflejo en terceros (tanto en su patrimonio como en la persona) a propósito de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental. En principio, esta ley «no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los *daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental*» (art. 5.1 LRM), es decir, que tales acciones «se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación», lo que genera un nivel de complicación considerable en la liquidación correspondiente. Asimismo, estos particulares que han sido perjudicados por daños que no tienen la consideración de medioambientales, se sostiene que «no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales

que se les hayan irrogado, *en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley*». Así pues, creada la separación entre daños ambientales y no ambientales en razón de la pluralidad de regímenes actualmente existentes, tal y como afirma la exposición de motivos, tenemos a continuación la confusión acerca de su determinación, ya que «en ocasiones, tales daños (no medioambientales) tienen la naturaleza propia de los daños medioambientales, en cuyo caso, su reparación sí puede llevarse a cabo conforme a esta ley» (91). En fin, un galimatías jurídico que complicará la liquidación de daños a terceros con ocasión de la liquidación de los daños causados en el medio ambiente.

## XI. CONCLUSIONES

I. Es muy llamativo que el legislador estatal no haya presentado esta particular reforma de la liquidación de daños entre particulares en el seno del procedimiento administrativo sancionador como una cuestión central dentro de las novedades introducidas por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, sí puede atisbarse un tímido y pálido reflejo dentro de la misma Exposición de Motivos cuando, de manera un tanto vaga y genérica, el legislador sostiene que lo que se pretende con esta Ley de Mejora es *incrementar* la protección del consumidor «en los diferentes ámbitos en los que *la experiencia* ha puesto de manifiesto la existencia de diversos *déficits* de protección». Y no cabe duda que el procedimiento sancionador en materia de liquidación de daños es uno de los puntos que la experiencia dicta que merece un reforzamiento y mejora a favor de la protección de consumidores y usuarios.

II. La redacción del actual artículo 48 TRLGDCU (antiguo art. 36.4 LGDCU 1984) se justifica en sede parlamentaria partiendo de un planteamiento incierto que, como hemos podido comprobar, no se corresponde con lo redactado finalmente en el texto aprobado. En este caso, de manera clara, los antecedentes legislativos o parlamentarios no nos servirán de ayuda para una cabal interpretación del mismo, antes al contrario, desenfocan el problema de fondo, debiendo recurrir a otros textos legales, como son fundamentalmente el artículo 130.2 de la Ley 30/1992 y el artículo 22 RPS de 1993, con la ayuda inestimable de algunas legislaciones sectoriales y autonómicas de consumo que han desarrollado algunos puntos de interés recientemente.

III. La invocación del despilfarro de recursos públicos en esta materia; la idea de la frustración o desaliento creciente del consumidor medio ante un procedimiento sancionador sin repercusión alguna en sus justas pretensiones

---

(91) Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 26/2007, apartado II, c).

indemnizatorias; o la mera atribución de cierta ineficacia al Derecho de Consumo como mecanismo de arreglo o de realización justa del Derecho, no bastan por sí solos para una razonable justificación a la indefinición en que nos encontramos con el nuevo artículo 48 TRLGDCU, dos años después de su aprobación, pero sí deben tenerse muy en cuenta a la hora de invocar los necesarios cambios.

IV. La liquidación de daños entre particulares dentro del procedimiento administrativo sancionador de consumo, dada la confusión creada al fundamentarse exclusivamente en el ambiguo artículo 130.2 LRJ-PAC, necesita de un apoyo legal (estatal o autonómico) que permita identificar claramente en el texto normativo un *interés público* que justifique la intervención de la Administración en materia tan trascendental como la restitución interprivados, aun cuando veamos de antemano que se trata de una cuestión patrimonial entre particulares. Debe dejarse claro en esta materia, dentro del eventual texto legal habilitante, que la particular tutela del *interés privado* del consumidor perjudicado afecta a la satisfacción del interés general objetivo, al que sirve *de facto* la actuación de las Administraciones Públicas en materia de protección de consumidores y usuarios. En unos casos esto parece estar más claro que en otros. De lo que no cabe duda es que deben atenderse las legítimas expectativas que los consumidores ponen en el compromiso asumido y creciente de las Administraciones Públicas, en razón del compromiso creciente en la tutela de una serie de intereses, que ya aparecen claramente mediatizados por un interés público. De ahí que sea necesario, y no sólo conveniente, que un texto normativo (estatal preferiblemente) habilite en tales supuestos a las Administraciones Públicas con carácter general o para situaciones determinadas.

Los daños producidos a terceros que formen parte de una infracción administrativa tipificada en el ámbito de Derecho de consumo, pueden entenderse como una parte de una obligación de derecho público que esos terceros contraen con la Administración competente. Por eso no habrá nada que objetar en tanto que la Administración, dentro del procedimiento sancionador de consumo, imponga al causante del daño la completa restitución del bien jurídico lesionado, a pesar de que ese bien jurídico sea considerado de naturaleza privada (92).

V. Es viable la determinación y liquidación de daños en el procedimiento sancionador de consumo siempre que, en primer lugar, se deje clara la ejecutividad de las decisiones administrativas en esta materia, lo cual no está claro en este momento por la redacción dada al artículo 48 TRLGDCU, y, en

---

(92) Cfr. LASAGABASTER HERRARTE, I., *Ley de la potestad sancionadora. Comentario Sistemático*, 2006, págs. 222 y 223. En todo caso, al hablarse en términos amplios de restitución, concepto muy amplio que incluye también la indemnización, si la norma no dice nada al respecto, la Administración deberá motivarlo adecuadamente en su resolución.

segundo lugar, por la indeterminación de la «vía judicial» como último recurso siempre accesible al perjudicado. Debería aclararse, tal y como proponemos, que las dos posibilidades, la civil y la contencioso-administrativa, no son antitéticas. La contenciosa tiene su fundamento en el carácter de *acto administrativo* que tiene toda resolución que resuelva tanto de la existencia de la infracción como de los daños por ella causados, lo cual, por razones de interés público, deberá realizarse en toda su amplitud. La «vía judicial» que principalmente se habilita dentro del ambiguo artículo 48 TRLGDCU será la civil, habida cuenta de la naturaleza específica incuestionable del contenido de esta reclamación (reposición e indemnización de daños y perjuicios), si bien es obligado reconocer también, de seguirse todo el planteamiento más arriba expuesto, la posibilidad del recurso contencioso-administrativo en lo atinente a la existencia o no de la infracción y a la misma graduación de la sanción impuesta y, en su caso, al modo de determinación de la pretensión indemnizatoria interprivados por parte de la Administración competente de consumo. Abiertas a un mismo tiempo la vía administrativa y la judicial, debería arbitrase un mecanismo de composición de intereses mediante el cual si se optara por la vía judicial, automáticamente se entendería que se desiste de la vía administrativa previa en materia indemnizatoria, inhibiéndose obligatoriamente la Administración a este respecto.

VI. La liquidación de daños en materia de consumo estaría en todo caso limitada a aquellos supuestos en los que exista una previa denuncia a instancia de parte, quedando claro que el consumidor eventualmente perjudicado es quien ha promovido la actuación de la Administración (interposición de denuncia), y quien puede resultar afectado por la resolución que pueda recaer finalmente en el procedimiento sancionador de consumo.

La cuantificación y liquidación restitutoria deberá realizarse siempre en el *procedimiento complementario* que tiene lugar en una fase posterior al procedimiento sancionador principal previsto, salvo que tal liquidación sea precisa para determinar la existencia o la mera graduación de la infracción y su sanción correspondiente. Así todo, bastará con que el consumidor, en la apertura o *acuerdo de iniciación* del procedimiento, proponga las pruebas que estime convenientes para cuantificar daños y perjuicios en la *fase complementaria* del procedimiento, cuya resolución se determina que será *inmediatamente ejecutiva a todos los efectos*.

VII. Dejando totalmente diáfano que toda resolución que pone fin al procedimiento administrativo sancionador de consumo tiene la naturaleza de *acto administrativo*, no habría obstáculo alguno para admitir cualesquiera *medios de ejecución forzosa* admitidos por la LRJ-PAC para el cumplimiento de la resolución (art. 96 y sigs. de la Ley 30/1992). Así, el acto administrativo que resuelva sobre la responsabilidad civil derivada de una infracción de consumo, podrá y deberá ser ejecutado en su *integridad* por la propia Admi-

nistración. Junto a la denuncia de una infracción de consumo, deben ponerse en marcha mecanismos procedimentales, por el Estado o las propias Comunidades Autónomas, que permitan dar cauce adecuado a las peticiones de responsabilidad civil interpuestas por los consumidores y usuarios. De no hacerse así, la virtualidad jurídica del artículo 48 TRLGDCU será prácticamente nula, y se habrá desaprovechado su finalidad inicial cuando se aprobó en el Parlamento: mejorar las notables carencias en la protección efectiva de los intereses de consumidores y usuarios.

En todo caso ya observamos cómo ciertas Comunidades Autónomas, aún antes de la aprobación del artículo 48 TRLGDCU, ya han venido introduciendo en su legislación de consumo algunas medidas en la dirección apuntada (Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de consumo de Aragón; Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha). Así todo, deberán ser las propias Comunidades Autónomas las encargadas de llevarlo a término, fijando los medios que estimen pertinentes para llevarlo a cabo, inspirándose obligadamente en los artículos 96 y siguientes de la Ley 30/1992, donde se relacionan los distintos medios de ejecución forzosa. Asimismo, sería conveniente que en el seno de la Conferencia Sectorial de Consumo, como máximo órgano de cooperación institucional del Estado con las Comunidades Autónomas (arts. 40 y 41 TRLGDCU), se acordasen, por ejemplo, las medidas y criterios comunes de actuación que se estimen más convenientes al objeto de *coordinar y armonizar* una materia que indudablemente afecta al principio de *unidad de mercado* [art. 41.b) TRLGDCU] y que puede incidir en determinadas competencias estatales.

VIII. De tomarse la correspondiente decisión de política legislativa (estatal, autonómica) de introducir un mecanismo procedimental *específico* en materia de consumo, será necesario tener en cuenta los medios personales y económicos de que dispone la Administración para llevarlo a cabo. La inversión en medios personales y materiales para las Administraciones de consumo es muy recomendable, por no decir imprescindible.

La posibilidad de que la Administración pueda solicitar anticipo sobre gastos que ésta no deba soportar (art. 81.3 LRJ-PAC), aboga por introducir dentro del procedimiento sancionador de consumo una eventual *condena en costas* al infractor o consumidor, según exista condena o absolución al respecto.

IX. Para una mejor viabilidad del procedimiento sancionador actualmente vigente en la mayoría de las Comunidades Autónomas, en aras de una aplicación congruente del artículo 48 TRLGDCU, se echa en falta particularmente:

1. La atribución al denunciante, consumidor o usuario de la *condición de interesado* en el procedimiento al denunciante, consumidor o usuario, a los efectos de alcanzar una legitimación lo suficientemente clara de éste y de

evitar las dudas persistentes en ciertos sectores doctrinales o en cierta jurisprudencia. El consumidor perjudicado por una infracción de consumo (al igual que el empresario) debe tener la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador de consumo, de manera que se le permita ejercitar todas las facultades que la legislación sobre procedimiento administrativo otorga a los interesados (art. 31.1 de la Ley 30/1992). A estos efectos, por ejemplo, podrá servir de guía el artículo 37 de la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha, donde se determina que «será considerado *parte en el procedimiento* sancionador al denunciante, cuando de la resolución sancionadora se pudiera deducir un efecto positivo en su esfera jurídica o la eliminación de una carga o gravamen, o cuando ostente un interés legítimo en que se esclarezca la conducta objeto del expediente sancionador» (art. 37 de la Ley 11/2005), claramente acorde con el principio consagrado en el artículo 31.1 de la Ley 30/1992.

Si bien la facultad de exigir al infractor la reposición de la situación alterada y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados (art. 48 TRLGDCU), al margen de que pueda entenderse implícitamente contemplada dentro del articulado de las legislaciones autónomas por la referencia genérica acostumbrada a la indemnización «en el marco de la legislación estatal», tal vez sea muy conveniente introducir con claridad que este tipo de resoluciones de los órganos sancionadores dentro del procedimiento serán inmediatamente *ejecutivos*, considerándose a todos los efectos que siempre son actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa, debiendo ser notificados en tiempo y forma los interesados, fundamentalmente al objeto señalado del cómputo del plazo de un mes para que se proceda a su satisfacción por vía voluntaria (art. 48 TRLGDCU). Una referencia explícita de esto aparece, por ejemplo, en el artículo 88.2 de la Ley Aragonesa de 2006, si bien técnicamente podría mejorarse.

2. Dada la doble ambivalencia, administrativa y judicial, que el artículo 48 TRLGDCU deja abierta, tal vez sea pertinente una *norma de cierre* que evite duplicidades innecesarias en cuanto a la eventual determinación de daños causados a particulares. Puede servir como ejemplo el artículo 44.2 de la Ley de Castilla-La Mancha que prevé que «la Administración se inhibirá cuando conste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para la defensa de sus derechos». Esta vía judicial será la civil en cualquier caso, si bien deberá entenderse que la Administración no interrumpe el procedimiento administrativo comenzado: éste continuará ahora a los únicos efectos de determinar y graduar la sanción administrativa prevista. En estos casos debe entenderse en estos casos que el consumidor o usuario desiste como parte denunciante en el procedimiento administrativo de la responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios causados.

3. Junto a las *multas coercitivas* ya previstas dentro de la normativa de bastantes Comunidades Autónomas (93), tal vez sea procedente introducir la mención explícita en las Leyes de Consumo del otro gran medio de ejecución forzosa, cual es el *apremio* sobre el patrimonio, siempre efectivo para aquellos supuestos en que las cantidades impuestas no hayan sido abonadas en el período voluntario (94). No parece indispensable una referencia, como hace el artículo 89.4 de la Ley de Consumo Aragonesa, al eventual recurso de «cualesquiera otros medios de ejecución forzosa que estén previstos en la legislación general del régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas» (art. 89.5 de la Ley 16/2006). En todo caso deberá legislarse en plena concordancia con el artículo 15.1 TRLGDCU, que prevé determinadas actuaciones administrativas ante situaciones de riesgo para la salud y seguridad de consumidores y usuarios (95), por lo que, a estos fines, deberá tenerse en cuenta la aplicación conforme a Derecho de la *intervención directa sobre las cosas* y la *compulsión directa sobre las personas*.

#### ABREVIATURAS UTILIZADAS

Ar.C.:	<i>Aranzadi Civil</i>
BOCG:	<i>Boletín Oficial de las Cortes Generales</i>
CE:	<i>Constitución Española</i>
EC:	<i>Estudios sobre Consumo</i>
INC:	<i>Instituto Nacional de Consumo</i>
LCD:	<i>Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal</i>
LDC:	<i>Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia</i>
LEC:	<i>Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil</i>
LGDCU 1984:	<i>Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios</i>
LGT:	<i>Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones</i>

---

(93) Cfr., entre otros, artículo 45 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid; artículo 45 de la Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias.

(94) Cfr., en sentido contrario, ESPINA FERNÁNDEZ, S., *La determinación en vía administrativa de indemnizaciones a los afectados por infracciones en materia de consumo (sobre la inaplicabilidad del art. 36.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, <www.elderecho.com>, Sección Actualidad, 10 de septiembre de 2007, pág. 9.

(95) Cfr., entre otros, artículo 47 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid; artículo 47 de la Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias.

LJCA:	<i>Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa</i>
LMPC:	<i>Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios</i>
LOCM:	<i>Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista</i>
LOPJ:	<i>Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial</i>
LRJ-PAC:	<i>Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común</i>
LRM:	<i>Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental</i>
RAAP:	<i>Revista Andaluza de la Administración Pública</i>
RAP:	<i>Revista de la Administración Pública</i>
REDA:	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
RPS:	<i>Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora</i>
STC:	<i>Sentencia Tribunal Constitucional</i>
STS:	<i>Sentencia Tribunal Supremo</i>
TC:	<i>Tribunal Constitucional</i>
TRLGDCU:	<i>Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias</i>

## RESUMEN

### RESARCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE DAÑOS

Dentro del amplio muestrario de normas sectoriales vigentes, se viene facultando a la Administración para proceder a la liquidación de daños y perjuicios causados a los particulares, supuestos todos ellos en los que se advierte la peculiar concurrencia y superposición de intereses públicos y privados. El artículo 48 TRLGDCU constituye el punto de partida de este estudio, ya que previsiblemente permite subsanar uno de los déficits de protección del consumidor

## ABSTRACT

### COMPENSATION FOR AND SETTLEMENT OF DAMAGES

There is a wide variety of sector-specific rules in force empowering the government authorities to pay private persons settlements for damages. In each of those rules, public and private interests run together and become superimposed on one another in a unique way. Article 48 of the Revised General Act for Consumer and User Defence (RGACUD) is the starting point of this study, as it may be anticipated to prove to be the way of remedying a consumer protection

que desde hace tiempo parece plantearse en nuestro Derecho de Consumo.

Si bien se ha dicho de manera un tanto pesimista que el TRLGDCU de 2007 se ha quedado en este punto «en una vía muerta que carece de un propósito claro» al respecto, este estudio se propone indagar las posibilidades de interpretación que se abren detrás de la ambigüedad del artículo 48 TRLGDCU. Éste parece venir a forzar muchos de los planteamientos que están ahora en plena transformación, siendo un instrumento ambiguo pero tal vez útil y pertinente para avanzar en las nuevas perspectivas dogmáticas, y también en la búsqueda de mayor operatividad y eficacia en este ámbito específico de nuestro Derecho privado. El estudio, en suma, trata de explorar hasta dónde puede extenderse esta peculiar intervención administrativa en la esfera interprivada dentro del procedimiento sancionador. Al mismo tiempo, se trata de justificar si existen razones suficientes para que los poderes públicos subsanen la consabida frustración del consumidor medio, cuando una vez observada la intervención de la Administración en asuntos que le conciernen como denunciante, comprueba, a la postre, que no le arreglan su problema particular frente al infractor y causante del daño provocado, viéndose, además, obligado a emprender otras vías, con la clara conciencia de haber perdido un tiempo imprescindible.

Partiendo históricamente de las diferentes normas estatales, que, desde distintos sectores del ordenamiento, preveían una regulación especial del procedimiento administrativo (y que no estaba contemplada en la regulación general del procedimiento administrativo común de nuestra LRJ-PAC), se ha llegado con el artículo 48 TRLGDCU a una situación en la que se hace preciso analizar si es factible generalizar tales planteamientos, al menos en el sector del Derecho de

deficit that seems to have been a matter of interest for some time in Spanish consumer law.

Although it has been said rather pessimistically that by now the 2007 RGACUD has turned into «a dead-end road that has no clear purpose», this study proposes to investigate the possibilities of interpretation that can be found behind the ambiguity of article 48 RGACUD. Article 48 seems to force many of the approaches that are now in the midst of the transformation process. It is an ambiguous but perhaps useful and pertinent instrument for making headway in the new dogmatic perspectives, and also in the search for greater operativeness and efficacy in this specific realm of private law in our country. The study, in short, attempts to explore how far this unique type of administrative intervention can be extended in the inter-private sphere within the penalising procedure. At the same time, the paper endeavours to ascertain whether there are sufficient reasons for the authorities to remedy the well-known frustration of the average consumer, by which we mean the situation where a consumer registers a complaint, observes what action the authorities take and finds that in the end the authorities fail to fix his own particular problem with the perpetrator of the damage and that he is forced to take other kinds of action, in the clear awareness of having wasted precious time.

Historically speaking, first there were different national rules belonging to different sectors of legislation, all calling for a special regulation of the administrative procedure (a special regulation that was not envisaged in the general regulation of the common administrative procedure in Spain's Legal System for Public Administrations and the Common Administrative Procedure). With article 48 RGACUD, we have now arrived at a point where we have got to analyse whe-

consumo. Debe aceptarse la existencia de una «tendencia expansiva» de la regulación administrativa en la liquidación de daños en sentido amplio. Pero si bien se detecta que se ha abierto un nuevo escenario en la protección del consumidor, pensamos que los instrumentos legales que deben clarificar y consolidar tal situación son todavía imperfectos e insuficientes. Todas las dudas y disfunciones deberán afrontarse cuanto antes por el Estado en coordinación con las Comunidades Autónomas en el marco legal de la Conferencia Sectorial de Consumo, en aras del principio de seguridad jurídica y de la unidad de mercado.

ther it is feasible to generalise such approaches, at least in the sector of consumer law. We must accept that there is a «tendency to expansion» by the administrative regulation in the settlement of damages in the broad sense. But although we can detect a new scenario opening in consumer protection, we think that the legal instruments that should be clarifying and consolidating the situation are still imperfect and insufficient. All doubts and dysfunctions should be faced as soon as possible by the state in coordination with the regional governments within the legal framework of the Consumer Sector Conference, for the sake of legal certainty and market singularity.

(Trabajo recibido el 23-10-08 y aceptado  
para su publicación el 20-03-09)

# La tributación de las operaciones de cesión de créditos o derechos de adquisición de inmuebles en construcción

por

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Extremadura*

Como es sabido a lo largo de estos últimos años han venido sucediéndose, dentro del tráfico inmobiliario, determinadas operaciones en las que, con anterioridad al inicio de las obras de urbanización o construcción de un inmueble, o bien antes de concluirse su edificación, el promotor o, en su caso, el constructor de aquél opta por transmitir en documento privado un derecho futuro a su adquisición, una vez terminado el mismo, procediendo posteriormente el titular del inmueble (es decir, el titular de dicho derecho) a efectuar su transmisión a otro particular y adquiriendo este último la totalidad de los derechos y obligaciones derivados de un contrato privado, incluido el derecho a comprar el inmueble de que se trate.

Nótese que este contrato privado al que nos referimos ha sido concertado previamente por otro particular con una empresa promotora o constructora, siendo dicho particular quien posteriormente procede a su transmisión. Tiene lugar así una operación de cesión onerosa de derechos privados de compra de inmuebles en virtud de la cual una persona que ha adquirido un derecho de compra antes de la construcción o de la finalización de una determinada edificación, esto es, que ha comprado sobre plano, lo cede a otra persona. En otras palabras, a través de estas operaciones de inversión inmobiliaria se cede el derecho privado a adquirir un inmueble cuya construcción todavía no ha finalizado a una persona distinta de la que concertó inicialmente su adquisición con la constructora o promotora inmobiliaria, siendo necesario además

que estas empresas cambien a los contratantes iniciales por los cesionarios o adquirentes de los derechos.

Podríamos identificar, en consecuencia, dentro de estas transmisiones de derechos derivados de compraventas inmobiliarias, la existencia de hasta tres operaciones distintas: en primer lugar, el contrato originario, celebrado entre el promotor y el cedente del contrato; en segundo término, la cesión del derecho entre el cedente y el cesionario; y, finalmente, la entrega del bien realizada por el promotor a favor del cesionario.

Pues bien, tratándose de estas operaciones que tienen por objeto la adquisición de una opción de compra relativa a la adquisición de un inmueble, la cual se ha de ejercitar voluntariamente durante un plazo determinado o en una fecha concreta, se plantea la cuestión relativa a cuál debe ser su tributación a efectos de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD) y sobre el Valor Añadido (IVA) y, más precisamente, cuál debe ser la base imponible de la operación principal, es decir, la compraventa, en el supuesto de que se ejercite la opción de compra y el precio satisfecho por la misma se descuenta del correspondiente a dicha compraventa.

Son varias las contestaciones que, a lo largo de estos dos últimos años, ha ofrecido la Dirección General de Tributos (DGT) en relación con la tributación de estas operaciones consistentes en la cesión de la titularidad de una vivienda a través de un contrato privado de venta celebrado con el promotor, y en favor de una tercera persona distinta del comprador al que se le ha cobrado parcialmente el precio.

Así, por ejemplo, afirma el citado Centro Directivo en contestación a Consulta de 12 de julio de 2006, que la cesión de estos derechos privados de compra que ostentan los compradores de inmuebles a construir o en construcción no determina la existencia de una compraventa de los mismos, sino de derechos personales no inscribibles que, siendo realizada por un empresario o profesional en el ámbito del desarrollo de su actividad, tributará por IVA o bien quedará sujeta a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) del ITPyAJD, si quien la realiza es un particular. Añade además la DGT que la base imponible en este tipo de cesiones vendrá determinada por el valor real del inmueble que se construya, debiendo aplicarse a este respecto, en su caso, lo dispuesto en el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora del ITPyAJD, de conformidad con el cual: *«En la transmisión de créditos o derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación se exigirá el impuesto por iguales conceptos y tipos que las que se efectúen de los mismos bienes y derechos»*.

Refiriéndose a las eventuales obligaciones formales que hubiese de asumir la empresa inmobiliaria que, en el supuesto planteado, constituyó el de-

recho de compra del inmueble, estima la DGT en la citada Resolución que la misma carece de obligaciones formales al respecto, sin perjuicio de que deba exigir el pago del Impuesto al objeto de poder realizar los cambios de titularidad que la cesión lleva consigo. Y, por lo que respecta a la repercusión de estas operaciones en el ámbito del IVA, tanto en relación con los pagos anticipados ya realizados por el cedente (que han devengado el Impuesto) como cuando se devenga el IVA, considera la DGT que dicho devengo se producirá por la entrega del inmueble cuando se realice dicha transmisión, descontándose las cantidades ya devengadas y satisfechas en las entregas a cuenta por el cedente o por el cesionario.

En suma, a juicio de la DGT, la realización de esta operación origina el hecho imponible de la Modalidad TPO en el momento de la cesión, quedando integrada la base imponible por el valor real del inmueble, y sin que alcancen a la empresa obligaciones formales en este Impuesto. Y no cabe estimar producido el hecho imponible del IVA por la realización de unos pagos anticipados por el adquirente que, no obstante, determinan el devengo del Impuesto correspondiente a dichos pagos, produciéndose únicamente la sujeción de la primera entrega de la vivienda realizada por la promotora una vez finalizada su construcción. Asimismo se producirá la repercusión del IVA con motivo de la entrega del inmueble correspondiente al precio total del mismo objeto de compraventa, minorado por el IVA repercutido con anterioridad por los pagos anticipados.

Esta misma línea de interpretación fue seguida con posterioridad por la DGT en la contestación a Consulta de 23 de noviembre de 2006. Tal y como se señala en la misma, estas operaciones por las que se cede el derecho privado a la adquisición de un inmueble cuya construcción se encuentra todavía sin terminar a una persona distinta de aquélla que concertó inicialmente su adquisición con la constructora o promotora inmobiliaria, así como cualquier otra por virtud de la cual se adquiera un derecho a la entrega de una construcción terminada futura (caso, por ejemplo, de la cesión de un solar a cambio de la entrega de parte de los inmuebles construidos sobre el mismo), podrían quedar sujetas, en principio, al IVA, adquiriendo entonces la consideración de sujeto pasivo el transmisor del derecho, y debiendo cuantificarse la base imponible en el importe de la contraprestación correspondiente.

Ahora bien, no siendo el transmitente sujeto pasivo del IVA, esto es, si no tuviese la consideración de empresario o profesional o, aunque lo fuera, no desarrollando la operación en cuestión en el ejercicio de su actividad, dicha operación no quedaría sujeta al IVA y, dado su carácter oneroso, sería gravada por la Modalidad de TPO del ITPyAJD. Y, en este último caso, insiste la DGT, la base imponible de la operación se correspondería con el valor real de los bienes o derechos que el cesionario adquiera al ejerci-

tar el derecho objeto de cesión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.1 del TR. Nada señala, sin embargo, el citado Centro Directivo respecto de la eventual aplicación del artículo 47 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITPyAJD, relativo a la transmisión de bienes y derechos, y de conformidad con el cual: *«Cuando en la transmisión de créditos, derechos o acciones, mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación, el valor de aquéllos no conste, se practicará una liquidación con carácter provisional sobre el que, a requerimiento de la Administración, declaren los interesados en el plazo de diez días, y sin perjuicio de ampliarla al exceso, si lo hubiere, del verdadero valor de los bienes y derechos transmitidos cuando, por hacerse efectivo, sea conocido el de los bienes que mediante aquéllos se obtengan, practicándose entonces liquidación definitiva»* (1).

De este modo concluye la DGT que la cesión efectuada a un tercero por el comprador de un inmueble de los derechos del contrato privado de compraventa celebrado con el promotor, realizada antes de la finalización y consiguiente entrega de la construcción, se encuentra sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD, quedando la base imponible de la operación integrada (con independencia de cuáles hayan sido las cantidades entregadas al promotor y las que el transmitente reciba del nuevo comprador) por el valor real del inmueble cuyos derechos se transmiten, el cual sería susceptible de quedar asimilado al valor de mercado. Idéntico razonamiento puede encontrarse en la contestación facilitada por la DGT a Consulta de 28 de noviembre de 2006.

Mediante contestación a Consulta, de 17 de enero de 2007, reiteró nuevamente la DGT que aquellas operaciones consistentes en la cesión de derechos de compra de una vivienda en construcción por un particular no empresario se hallan sujetas a la Modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD, quedando integrada la base imponible de esta transmisión onerosa por el valor real de la vivienda cuyos derechos se transmiten. En cambio, tal y como precisa el citado Centro Directivo en su Resolución de 4 de abril de 2007, tratándose de una operación en virtud de la cual una sociedad cede a terceros sus derechos sobre la compra de determinados inmuebles que adquirió en virtud de contrato privado, nos hallamos ante una operación sujeta a IVA cuya base imponible estará constituida por la contra-

---

(1) Añade, a continuación, el citado precepto en su apartado segundo que: *«Si en el plazo indicado los interesados no hicieran la declaración del valor, lo fijará la Administración, practicando liquidación sin perjuicio de las reclamaciones que procedan. Si no fuere posible a la Administración, por ningún concepto, fijar el valor de los derechos y acciones transmitidos, se aplazará la liquidación, haciéndolo constar así por medio de nota extendida al pie del documento»*.

prestación que satisfaga el adquirente como consecuencia de la citada transmisión de los derechos de compra sobre el mismo.

Con posterioridad, en la contestación a Consulta de 21 de diciembre de 2007, insiste la DGT, al hilo de la especial naturaleza de estas operaciones en virtud de las cuales un comprador suscribe un contrato privado de compraventa con la entidad promotora, solicitando con posterioridad un cambio de titularidad para ceder sus derechos a un tercero en el instante de firma de la escritura pública que, mientras el edificio se encuentra en construcción, el contrato de compraventa de viviendas celebrado entre el promotor y el particular sólo determina el surgimiento de unos pagos anticipados por los adquirentes y el devengo del IVA correspondiente a los mismos, no habiéndose producido el hecho imponible de este último Impuesto, ya que éste tiene lugar con la entrega de la vivienda ya construida. En cambio, la transmisión onerosa efectuada por el particular de los derechos sobre la vivienda a un tercero que será quien, finalmente, figure como comprador, está sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD.

En la presente Resolución la principal cuestión suscitada fue la relativa a si la entidad promotora tiene la obligación de rectificar aquellas facturas que expida hasta la fecha de transmisión de los derechos, por corresponder a pagos a cuenta devengados conforme a derecho. A juicio de la DGT, la respuesta ha de ser negativa, si bien precisa, a continuación, que en las facturas que hayan sido expedidas por la entidad promotora con posterioridad a la transmisión de los derechos deberá hacerse constar, como destinatario, al tercero adquirente de los mismos, al igual que en aquella otra factura correspondiente a la entrega definitiva de la vivienda, en la cual la base imponible deberá reflejar, además, la totalidad del precio de ésta, sin perjuicio de que el importe a pagar considere la totalidad de los pagos a cuenta efectuados tanto al inicial comprador como a la entidad promotora hasta la fecha de venta, repercutiéndose las correspondientes cuotas de IVA.

Ya con anterioridad, en contestaciones a Consultas, de 31 de diciembre de 2003 y de 16 de junio de 2004, estimó la DGT que había que atender al valor real de los inmuebles cuyos derechos fuesen objeto de cesión. Se afirmaba concretamente en la segunda de las resoluciones apuntadas que la operación por la que un particular, comprador de un inmueble en construcción, cede a un tercero, mediante contraprestación, los derechos de contrato privado de compraventa celebrado con el promotor antes de la finalización y consiguiente entrega de la construcción de dicho inmueble, se encuentra sujeta al ITPyAJD en su Modalidad de Transmisión Patrimonial Onerosa, de conformidad con lo previsto en el artículo 7.1 del Texto Refundido regulador del citado Impuesto, a cuyo tenor: *«Son transmisiones patrimoniales sujetas las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas»*. Y, por

lo que al IVA se refiere, manifestó la DGT, en contestación a Consulta de 3 de diciembre de 2003, que la celebración del contrato entre el promotor y el cedente determina que, en el instante del devengo de la entrega de bienes, aquél (el promotor) deba repercutir el Impuesto sobre el precio total de la compraventa, si bien minorado en las cantidades que ya fueron objeto de repercusión al cedente. De este modo, la base imponible del IVA vendría determinada por el total de lo pagado por ambos compradores al promotor, no por la suma de dichas partidas.

En definitiva, a la luz de lo manifestado por la DGT a través de este conjunto de contestaciones, puede constatarse que, de cara a liquidar estos actos o negocios, así como a comprobar las autoliquidaciones practicadas por los particulares, la Administración estima aplicable el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, adoptando en consecuencia como valor real, no el correspondiente al derecho a comprar, sino el imputable al bien inmueble respecto del cual se obtuvo el derecho a comprar.

Considera así la Administración que la base imponible ha de corresponderse con el valor real de los bienes o derechos que el cesionario adquiera, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 17.1 del Texto Refundido y 47 del Reglamento del ITPyAJD. En efecto, a juicio de la DGT ha de atenderse al valor real del inmueble cuyos derechos han sido cedidos, ya que dicho bien es el que obtendrá en su día el cesionario de los derechos del contrato privado de compraventa cuando ejercite aquéllos.

Nótese que el único apoyo normativo con el que cuenta la Administración, de cara a elaborar su calificación, es el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993. Ahora bien, ¿resulta verdaderamente aplicable el citado precepto al presente caso? Desde nuestro punto de vista la respuesta ha de ser negativa, ya que el referido precepto no es sino una concreción del principio de calificación regulado en el artículo 2.1 del citado Texto Refundido, al amparo del cual el Impuesto ha de exigirse con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan otorgado y prescindiendo de los defectos tanto de forma como intrínsecos que puedan afectar a su validez y eficacia.

Es cierto que la función calificadora atribuida a la Administración ha de permitir a ésta analizar aquellas circunstancias de la realidad que pueden hallarse incluidas en los supuestos de hecho de la norma y, más precisamente, en aquellos preceptos a través de los cuales se tipifican los hechos imponibles. Se trata, por tanto, de un instrumento antielusorio que debe ser aplicado única y exclusivamente atendiendo al presupuesto fijado por la norma.

Como ya hemos tenido oportunidad de precisar, el artículo 17 del TRLITPyAJD establece que la cesión de estos derechos debe tributar por los mismos conceptos y tipos que los bienes o derechos futuros a adquirir.

Por su parte, el artículo 47 del Reglamento del Impuesto, encuadrado dentro del Capítulo III del citado texto reglamentario, relativo a la base imponible, dispone en su apartado primero que cuando en la transmisión de créditos, derechos o acciones mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación el valor de aquéllos no conste, habrá de practicarse una liquidación provisional sobre aquél que, a requerimiento de la Administración, declaren los interesados en el plazo de diez días, y sin perjuicio de ampliarla al exceso, si lo hubiere, del verdadero valor de los derechos transmitidos cuando, por hacerse efectivo, sea conocido el de los bienes que mediante aquéllos se obtengan, practicándose entonces la liquidación definitiva.

Ahora bien, cabe plantearse si de la dicción del artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 puede llegarse al criterio adoptado por la Administración. Lo que el citado precepto señala es que dichos créditos o derechos cedidos han de tributar por los mismos conceptos y tipos que los bienes o derechos que se puedan adquirir mediante el ejercicio de aquéllos. No se habla de «concepto», en singular, sino de «conceptos», en plural, disponiendo que la cesión de estos derechos tribute por los mismos conceptos y tipos que los bienes o derechos futuros a adquirir.

¿Debe quedar incluida la base imponible dentro de dichos «conceptos»? A juicio de la DGT, de lo dispuesto en el citado artículo 17.1 del TRLITP y AJD, conjuntamente con lo establecido en el artículo 47 del Reglamento del Impuesto, se deduce que la normativa del citado Impuesto se está refiriendo también a la base imponible, al determinar que se liquide por los mismos conceptos que los elementos a adquirir. En consecuencia, el criterio determinante para la configuración de la base imponible habría de serlo el valor del bien que se obtenga por el ejercicio del derecho que se transmite.

A lo largo de diversos pronunciamientos, nuestro Tribunal Supremo ha tratado de precisar el alcance del artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993. Así, por ejemplo, en su sentencia de 17 de junio de 1994 afirmó el TS (refiriéndose al art. 88 del antiguo Texto Refundido de 1980, vigente en aquel momento y de contenido esencialmente idéntico al actual art. 17.1 del Texto Refundido de 1993), que se trataba de un precepto concebido para evitar la elusión mediante el empleo de fórmulas que, bajo la apariencia de transmisión de créditos o derechos, enmascaren u oculten una transmisión real de bienes sometida a tributación como tal. Con posterioridad señaló el Alto Tribunal en su sentencia de 25 de junio de 1998 que: «(...) *Una permuta de un solar, por la entrega futura de determinadas construcciones, da lugar a la exigencia del tributo y, por ende, a considerarlo como una permuta por el valor real de las construcciones futuras a entregar*».

A nuestro juicio, la principal finalidad perseguida por el legislador al disponer en el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 que se ca-

lificará como adquisición de bienes la adquisición de derechos mediante cuyo ejercicio deban obtenerse bienes determinados, fue la de otorgar una regulación a aquellos supuestos en los que se obtienen derechos a adquirir bienes inmuebles desde la perspectiva de la equiparación de las promesas de venta con las compraventas, la cual sólo resulta posible tratándose de un verdadero contrato de carácter consensual de venta ya perfeccionado.

Dicho de otro modo, el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 fue diseñado para aquellos supuestos en los que las partes otorgan un primer documento, situando no obstante en un momento posterior la entrega del documento público, a la que quedan obligados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.279 del Código Civil. Piénsese que en estos casos el documento inicialmente otorgado recoge ya de manera expresa la intención de las partes de transmitir, restando únicamente que se produzca la entrega instrumental. A través de la formalización de este primer contrato se adquiere ya un derecho destinado a obtener la entrega de una cosa concreta y determinada, constituyendo el otorgamiento de la escritura pública una *traditio* instrumental destinada a suplir la falta de una tradición real, a la que se refiere el artículo 1.462 del Código (2).

La Administración únicamente podrá ejercitar la potestad calificadoras que le atribuye el artículo 17.1 del TRITPyAJD cuando la transmisión de un derecho determine realmente la del bien, lo que sólo sucederá en aquellos casos en los que las declaraciones de voluntad de las partes hayan tenido como finalidad el establecimiento de un contrato definitivo (en la mayoría de supuestos, un contrato de compraventa), restando únicamente la concurrencia de un requisito relativo a la forma y no a la validez del contrato.

La DGT estima que la base sobre la que debe aplicarse el tipo de gravamen ha de quedar constituida por iguales conceptos y tipos que si se transmitiera el inmueble, considerando así que con el ejercicio futuro del derecho adquirido se obtendrá aquél. Sucede, sin embargo, que lo que se adquiere en estos casos es un simple derecho, no existiendo el compromiso de ejercitar la opción final de compra a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el contrato de leasing. En cambio, como hemos indicado, lo dispuesto en el artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 ha de aplicarse a aquellas situaciones en las que cabe aludir a la existencia de una transmisión, siendo en estos casos en los que la atribución del derecho a recibir un bien equivale a la adquisición, contribuyendo a formalizar la entrega dicha adquisición, que ha quedado perfeccionada con carácter previo. Y estas operaciones no pueden identificarse con aquellas otras en las que lo que se produce es la adquisición a través de escritura pública de un derecho a la adquisición futura del bien.

---

(2) Recuérdese, además, que a esta *ficta traditio* tiene derecho todo comprador como entrega de la cosa comprada en aras de adquirir la propiedad sobre ella, de acuerdo con el sistema de título y modo regulado en el artículo 609 del Código Civil.

En ningún caso se está adquiriendo el bien, ya que para ello es condición necesaria el ejercicio del derecho, celebrándose el oportuno contrato traslativo de compraventa y satisfaciéndose el precio correspondiente (3).

Cabe estimar, en consecuencia, que el artículo 17.1 del TRLITPyAJD no debe ser tenido en cuenta a la hora de proceder a calcular la base imponible de aquellas operaciones en las que se obtiene el derecho a adquirir un inmueble sino, por el contrario, el artículo 7.1 del citado Texto, dado que nos hallamos ante la transmisión onerosa por un acto *inter vivos* de un derecho. Y, por lo que respecta a la base imponible de la operación, ésta habrá de determinarse por el valor real del bien transmitido (art. 10.1 del RDLeg. 1/1993), que no es otro que el precio satisfecho por el derecho a comprar el inmueble.

Por otra parte, debe analizarse hasta qué punto la interpretación defendida a este respecto por la Administración Tributaria fundamentada, en nuestra opinión, en una inexacta aplicación del artículo 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, puede llegar a originar una vulneración de las exigencias derivadas del necesario respeto al principio de capacidad contributiva, regulado en el artículo 31.1 de la Constitución. Piénsese que, en la medida en que el adquirente, después de hacerse con el derecho a adquirir el bien, lo ejercita comprando en escritura pública el inmueble por un precio determinado, queda claro que con anterioridad sólo obtuvo el derecho a adquirir y no la propiedad del inmueble, así como que la adquisición del derecho no se puede valorar igual que la adquisición del bien.

Y es que proceder a valorar la adquisición del derecho como si se tratase de la adquisición del bien significaría, de entrada, obligar a tributar al adquirente por algo que no se adquirió. Recuérdese que el sujeto no adquiere el bien, sino únicamente el derecho a adquirir el bien, no pudiendo tomarse en consideración a este respecto una mera manifestación de riqueza de carácter ficticio. Por otra parte, la capacidad económica sometida a gravamen en la Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD es aquella que se pone de manifiesto como consecuencia de una adquisición derivativa sujeta a una atribución patrimonial onerosa, quedando fijada la base imponible en función de lo realmente adquirido.

La vulneración del principio de capacidad económica parece, pues, clara, máxime si tenemos en cuenta que, tal y como declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia 221/1992, de 11 de diciembre, la quiebra del citado principio constitucional tributario se produce *«en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino*

---

(3) Incluso cabe la posibilidad de que quien adquiera este derecho a la adquisición futura de un inmueble no llegue nunca a adquirir este último, ya sea porque transmita el derecho (el cual presenta siempre un valor económico) o porque renuncie a su ejercicio.

*inexistente o ficticia, excluyendo la aplicación de este principio el gravamen de la riqueza ficticia» (4).*

A mayor abundamiento si estimamos, como así parece suceder, que con la adquisición del derecho a adquirir el inmueble ya se dispone de éste, no parece aceptable, desde el punto de vista del respeto al principio de capacidad económica, proceder a gravar la adquisición de este último (el inmueble), dado que incurriríamos en un supuesto de doble imposición contrario a las exigencias derivadas del citado principio. En efecto, al liquidarse la adquisición del derecho a adquirir el inmueble tomando como base imponible una de carácter similar a aquélla que correspondería a la adquisición del propio inmueble se estaría gravando dos veces esta última operación, incurriendo en una determinación inexacta de la base imponible (5).

Muy probablemente la interpretación defendida por la Administración Tributaria persiga desfavorecer las constituciones de promesas de venta y las transmisiones de derechos a comprar, las cuales, de un tiempo a esta parte, han venido asociándose al desarrollo de políticas de especulación inmobiliaria. Ahora bien, no creemos que la consecución de esta finalidad, de carácter extrafiscal, deba alcanzarse a costa de adoptar una interpretación de la norma fiscal contraria a las exigencias derivadas de la justicia tributaria. Porque si bien los fines extrafiscales son, a todas luces, lícitos, deben perseguirse respetando las garantías del conjunto de los principios constitucionales tributarios (6).

Pues bien, en la actualidad, refiriéndose a este tratamiento fiscal de la cesión de créditos o derechos de adquisición de inmuebles en construcción consistente en determinar una base imponible a efectos del ITPyAJD cuantificada en función del valor total construido de los inmuebles. La Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el IVA y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria incorpora una modificación destinada a ajustar el valor real del inmueble en construcción en el momento de la cesión del derecho privado de compra, en aras de posibilitar su transmisión a los actuales contratantes que tengan dificultades para seguir con la adquisición y una mayor flexibilidad a este mercado.

Señala concretamente el apartado 1 del artículo 17 del TRLITPyAJD tras su nueva redacción que: *«1. En la transmisión de créditos o derechos mediante*

---

(4) En este mismo sentido se pronunció posteriormente el intérprete supremo de nuestra Constitución en su sentencia 194/2000, de 19 de julio.

(5) Véase, a este respecto, con carácter general, la STC 194/2000, de 19 de julio, en la que se afirma que: *«El gravamen simultáneo de una misma manifestación de riqueza por dos conceptos distintos, uno real y otro ficticio, vulnera el principio de capacidad económica».*

(6) Tal y como manifestó el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo: *«Los fines extrafiscales no pueden desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago».*

cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación, se exigirá el impuesto por iguales conceptos y tipos que las que se efectúen de los mismos bienes y derechos. Sin embargo, en el caso de inmuebles en construcción, la base imponible estará constituida por el valor real del bien en el momento de la transmisión del crédito o derecho, sin que pueda ser inferior al importe de la contraprestación satisfecha por la cesión».

Esta limitación de la base imponible al valor real que tenga el bien en el momento de la transmisión del crédito o derecho resulta especialmente aplicable a aquellos supuestos de transmisión entre particulares del derecho de adquisición de una vivienda en construcción. De este modo se persigue evitar un gravamen impositivo que, sumado al que se produce por el IVA que satisface el nuevo propietario del derecho cuando adquiere la vivienda, determinaba en la práctica la imposibilidad de la transmisión de estos derechos.

Sin lugar a dudas, a través de la adopción de esta medida parece perseguirse igualmente incentivar la transmisión de derechos de adquisición de vivienda, considerando especialmente a los particulares que compraron tales derechos con unas expectativas de evolución de los precios de los inmuebles y de oferta hipotecaria que, a día de hoy, ya no concurren.

Por otra parte, al amparo de la interpretación administrativa elaborada por la DGT a este respecto podría llegar a estimarse que se origina una doble tributación: la cesión constituirá, en la mayor parte de los casos, una operación sujeta a la Modalidad de TPO del ITPyAJD; y la entrega del bien tendrá la consideración de operación sujeta y no exenta de IVA.

¿Resulta admisible esta doble tributación, dada la relación de incompatibilidad existente entre el IVA u el ITP? *A priori* habría que pensar que no, ya que no cabe admitir la tributación simultánea de una misma operación por los impuestos citados. Tal y como establece el artículo 4.cuatro de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del IVA: «Las operaciones sujetas a este Impuesto no estarán sujetas al concepto de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados». En otras palabras, sólo puede gravarse una operación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en aquellos casos en los que la misma no se halla sujeta al IVA. Y, desde luego, sobre la adquisición de un inmueble no pueden recaer tanto el IVA como la Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITP.

Ahora bien, cabría igualmente la posibilidad de alegar, frente a esta argumentación, que ha de diferenciarse en este punto entre la llamada «doble imposición económica» y la «doble imposición jurídica», siendo esta última la que no puede considerarse aceptable en un sistema tributario o en una operación concreta. Así las cosas, y por lo que respecta al presente supuesto, podría aceptarse que se diese una doble imposición económica, pero no la de carácter jurídico, al tratarse de la confluencia de dos impuestos distintos,

cuyos elementos esenciales (hecho imponible, base, sujeto pasivo, etc.) resultan igualmente diversos.

Recapitulando, de conformidad con la interpretación defendida por la DGT, la obtención del derecho a adquirir un inmueble ha de tributar por la Modalidad de TPO por una base imponible equivalente a la que corresponde a la adquisición del inmueble, quedando sujeta además la compraventa posterior del inmueble al IVA si de lo que se trata es de una entrega de aquél realizada por un promotor empresario.

Y, en aquellos otros supuestos en los que ya de entrada el propietario del inmueble tenga la condición de empresario o profesional, se producirá la sujeción al IVA, tanto de la cesión de la opción como de la entrega del inmueble, en caso de que aquélla se ejercite. Dada esta última clase de operaciones estaríamos en presencia de dos supuestos de hecho imposables distintos y separados dentro del IVA. De una parte, una prestación de servicios consistente en la cesión de la opción de compra que efectúa el propietario del inmueble a favor de un tercero; y, de otra, y en su caso, una entrega de bienes consistente en la venta del inmueble al titular de la opción de compra.

Pues bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 78.uno de la LIVA, en el que se establece que el importe de la base imponible queda integrado por la total contraprestación, ha de concluirse que la base imponible de la opción de compra vendrá determinada por el importe del precio acordado por la misma. Así las cosas, en el instante de la suscripción, el cedente deberá repercutir el IVA devengado al cesionario al tipo general del 16 por 100. A continuación, una vez llegado el vencimiento de la opción, puede llegar a suceder que la misma no termine de ejecutarse, circunstancia que no tendrá ninguna consecuencia a efectos del Impuesto. Si, por el contrario, el cesionario ejercita la opción de compra y, como se ha indicado, el precio que en su día abonó por la misma hubiese sido tenido en cuenta como menor precio de la compraventa, la aplicación del artículo 78.uno de la Ley del IVA conduciría a tener que calcular el importe de la base imponible en el precio acordado.

Por otra parte, en este segundo supuesto, esto es, en caso de que se ejercite la opción y se adquiera el inmueble, no será procedente alterar la operación correspondiente a la suscripción de la opción de compra. De este modo el IVA que hubiese sido devengado en su día cuando se cedió dicha opción y que debió haberse repercutido a la persona del cesionario (actual adquirente del inmueble) no deberá ser rectificado en cuantía alguna, y tampoco debe estimarse que ha quedado sin efecto como consecuencia de que el precio de la opción se considere como menor valor de la compraventa. En este sentido viene pronunciándose la DGT en contestaciones a Consultas de 10 de abril y 5 de julio de 2007. En ambos pronunciamientos el citado Centro Directivo concreta la improcedencia de aplicar a esta clase de operaciones lo dispuesto en el artículo 78.Tres.2.º de la LIVA, de conformidad con el cual

los descuentos y bonificaciones no reducen la base imponible en aquellos supuestos en los que las minoraciones de precio constituyan remuneraciones de otras operaciones.

Tal y como declara la DGT en dichas Resoluciones, el citado precepto impide la minoración de la base imponible en el importe de la contraprestación de otras operaciones con la pretensión de excluir el comúnmente denominado «neteo», es decir, la práctica consistente en repercutir el Impuesto en caso de que existan operaciones cruzadas entre dos empresarios o profesionales únicamente sobre el importe neto resultante de ambas. Por el contrario, cuando lo que sucede es que un mismo empresario realiza dos operaciones, es decir, de una parte una prestación de servicios (el otorgamiento de un derecho de opción con su contraprestación) y, de otra, una entrega de bienes (cuya contraprestación específicamente convenida por las partes se reduce como consecuencia de haberse realizado esta operación anterior, esto es, la concesión del derecho de opción), cada una de dichas operaciones tendrá su base imponible, que será la contraprestación pactada por las partes.

No se produciría por tanto en este último supuesto «neteo» alguno, sino la determinación de la base imponible de las operaciones por el importe convenido por las partes para cada una de ellas. En consecuencia, la base imponible de la opción de compra vendría determinada por el importe de la contraprestación pactada por su concesión. Y la base imponible de la entrega del suelo en ejercicio de dicha opción se concretaría en la contraprestación pactada por ella restando, en caso de que así se haya convenido, la cantidad satisfecha por la opción.

¿Y qué sucedería en el supuesto de que, llegado el vencimiento de la opción, el cesionario de la misma decidiera no ejercitarla, originándose con ello una penalización que hubiera de abonarse al propietario del inmueble? En relación con esta última situación, sólo en el supuesto de que dicho pago adicional tuviera una verdadera naturaleza indemnizatoria, resarcándose por la no perfección de la venta del terreno, su importe no podría ser considerado como la contraprestación de ninguna entrega de bienes o prestación de servicios efectuada, de manera que el abono de dicha indemnización no tendría efecto alguno en relación con el IVA.

#### *RESUMEN*

##### *TRIBUTACIÓN. CESIÓN DE CRÉDITOS*

*El presente trabajo tiene por objeto analizar la tributación de aquellas operaciones consistentes en la cesión de cré-*

#### *ABSTRACT*

##### *TAXATION. DEBT ASSIGNMENT*

*This paper analyses taxation on transactions consisting in the assignment of debt or acquisition rights in real estate*

ditos o derechos de adquisición de inmuebles en construcción, es decir, de aquellas operaciones caracterizadas por la cesión de la titularidad de una vivienda a través de un contrato privado de venta celebrado con el promotor y en favor de una tercera persona distinta del comprador al que se le ha cobrado parcialmente el precio. Tras una delimitación inicial de los principales aspectos configuradores de esta clase de actuaciones, se analiza la tributación de la operación y, más concretamente, los criterios que han de seguirse de cara a la determinación de la base imponible, diferenciando al efecto, según la operación, se halle sujeta a IVA o al ITPyAJD. Y, para ello, el autor toma como punto de referencia la doctrina administrativa elaborada a este respecto por la Dirección General de Tributos.

under construction, that is, transactions characterised by the assignment of ownership of a home through a private sales contract concluded with the housing developer in favour of a third person who is not the buyer, from whom part of the price has been collected. After the initial delimitation of the main aspects that configure this type of action, there is an analysis of taxation on the transaction and, more particularly, the criteria that must be followed to find the taxable base, differentiating between the effects when the transaction is subject to VAT and when it is subject to stamp tax. For this the author uses the benchmark of the Directorate-General of Taxes' administrative doctrine on such matters.

*(Trabajo recibido el 26-09-08 y aceptado  
para su tributación el 20-03-09)*

# Cuestiones acerca de las inscripciones y anotaciones en el Registro General de la Propiedad Intelectual: Especial consideración sobre las anotaciones preventivas

por

JORGE ORTEGA DOMÉNECH  
*Profesor Titular Interino UCM. Abogado*

## SUMARIO

- I. LA NUEVA REGULACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.
- II. INSCRIPCIÓN Y ANOTACIÓN: IDEAS GENERALES:
  1. CLASES DE ASIENTOS Y ESTRUCTURA DE LOS MISMOS.
  2. EL CONTENIDO DE LOS ASIENTOS Y LAS NOTAS MARGINALES.
  3. ORDENACIÓN DE LOS ASIENTOS.
- III. LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA EN NOTA MARGINAL.
- IV. UN CASO ESPECIAL DE INSCRIPCIÓN DE LA OBRA EN COLABORACIÓN: LA OBRA CINEMATOGRAFICA:
  1. PRIMER SUPUESTO: LA INSCRIPCIÓN DE LA OBRA CINEMATOGRAFICA COMO TAL.
  2. SEGUNDO SUPUESTO: LAS DENOMINADAS «MODALIDADES DE EXPLOTACIÓN» POR LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.
- V. INSCRIPCIÓN DE DOS TÍTULOS SEMEJANTES DE PROPIEDAD INTELECTUAL.
- VI. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS:
  1. CONCEPTO.
  2. INCLUSIÓN DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

3. CARACTERÍSTICAS.
4. PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA.
5. LOS SUPUESTOS DE ANOTACIÓN PREVENTIVA ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO 2003.
6. SUBSANACIÓN DE DEFECTOS EN EL TÍTULO.
7. RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR.
8. CONVERSIÓN DE LA ANOTACIÓN EN INSCRIPCIÓN.
9. CONTENIDO DE LAS ANOTACIONES.
10. NULIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA.
11. CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA.

## I. LA NUEVA REGULACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual (*BOE* 75/2003, de 28 de marzo), ha supuesto el culmen de la descentralización de dicho Registro, proceso iniciado en el antiguo Reglamento de 1993, puesto que el anterior de 1991 continuaba con el modelo de régimen centralizado y oficinas provinciales (1).

En la actualidad, como resultado de la mencionada descentralización, coexisten en el territorio nacional diez Registros Territoriales establecidos y gestionados por las Comunidades Autónomas. Las restantes siete comunidades disponen de Oficinas dependientes del Registro Central, a modo de sucursales, continuando con el modelo existente con anterioridad al Reglamento de 1993.

Pero, además de este importante proceso descentralizador del Registro, el actual Reglamento de 2003 ha supuesto el establecimiento de una vez por todas de un procedimiento único, necesario para terminar con la problemática situación provocada por la existencia de diversos Registros autonómicos con su propia regulación. El artículo 144 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual organiza el sistema como un Registro Único, mientras que su artículo 145 LPI establece el registro de derechos relativos a la propiedad intelectual (2). Precisamente el punto que nos interesa tratar y que más problemas presenta por la indefinición o falta de una sistemática eficiente a la hora de establecer remisiones a otros cuerpos legales, en especial a la legislación hipotecaria.

---

(1) No olvidemos que, en un primer momento, el Registro tenía *carácter único* para toda la nación y se componía de una Oficina Central o Registro General, así como de tantas Secciones u Oficinas de presentación como provincias (LPI 1879, art. 3.º; Reglamento de 1880, art. 28; RRDD 2256/1977, de 27 de agosto, art. 6.º; Orden de 31 de enero de 1978, art. 8.8).

(2) Dicha unidad se consigue, no a través de su propia estructura y organización, sino con el respeto de los diferentes Registros Territoriales autónomos hacia la reglamentación común en las normas de procedimiento administrativo y de coordinación e información (art. 2 del Reglamento de 2003).

## II. INSCRIPCIÓN Y ANOTACIÓN: IDEAS GENERALES

En un sentido estricto, la *inscripción* equivale a la toma de razón, en algún registro, de los documentos o las declaraciones que han de asentarse en él según las leyes, tal y como reza una de las definiciones ofrecidas por el diccionario de la Real Academia.

En un sentido amplio, *inscripción* equivale a *asiento registral*, configurándose este último como la constatación o expresión formal y solemne, hecha en los Libros del Registro de la Propiedad Intelectual, de los derechos relativos a las obras, actuaciones o producciones protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual, así como de los actos y contratos de constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales y de cualesquiera otros hechos, actos y títulos, tanto voluntarios como necesarios, que afecten a tales derechos inscribibles (en concordancia con el art. 1.º del vigente Reglamento de Propiedad Intelectual de 2003).

Si bien partimos de una identificación de ambos conceptos por parte de la doctrina sobre registro inmobiliario, sin embargo tal afirmación no se produce en la realidad registral, ya sea la inmobiliaria ya la de propiedad intelectual.

De hecho, en un solo asiento podemos encontrar diversas constataciones registrales, al tener acceso al Registro en un único documento varios actos inscribibles. Cada hecho o acto que se produce en relación con la obra intelectual da lugar a su propia *inscripción*, aunque de manera formal todos y cada uno de ellos se recoja bajo el mismo asiento (así, sobre una misma obra puede recaer la constitución de una hipoteca mobiliaria, una cesión de derechos de explotación y hasta una licencia contractual para un determinado uso) (3).

Esta equivalencia la encontramos relacionando dos artículos del Reglamento: el 26, primero, y luego el 7.

El párrafo primero del artículo 26 establece que las inscripciones se ajustarán en su forma al modelo que apruebe la Comisión de Coordinación de los Registros, para indicar, acto seguido, los datos a incluir en cada inscripción. Pero sobre todo, en sus dos últimos párrafos:

*«4. Se asignarán números diferentes y correlativos a cada obra, actuación o producción que se presente para inscripción, dentro de cada año natural.*

---

(3) La idea resulta bastante clara y asentada. Al efecto recogemos como ejemplo una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 7 de julio de 1954 que, aunque referida a un inmueble, es aplicable también a la obra intelectual: «A veces las escrituras o títulos presentados a inscripción contienen dos o más actos inscribibles relativos a las mismas fincas, como sucedió en el caso debatido, en el que se formaron nuevas entidades hipotecarias, se constituyeron determinadas servidumbres de paso y se practicó conjuntamente la inscripción en un solo asiento».

*Si hubiese números anulados u omitidos, se salvarán al diligenciarse los libros correspondientes.*

*Las sucesivas inscripciones de derechos sobre una obra, actuación o producción estarán diferenciadas con ordinales correlativos a partir de la primera.*

*5. Todas las inscripciones contendrán, asimismo, el sello del registro territorial competente y la firma del registrador».*

Evidentemente, todas las inscripciones se realizan en los correspondientes asientos registrales, de ahí la confusión, más práctica que terminológica, como demuestra la redacción del párrafo primero del artículo 7 al decir que «*los asientos se practicarán en libros, cuerpos o soportes apropiados para recoger y expresar de modo indubitado, con adecuada garantía jurídica, seguridad de conservación y facilidad de acceso y comprensión, todos los datos que deban constar en el Registro*». Es decir, como hemos señalado, el asiento se configura a la vez como inscripción y como soporte material de la misma. La propia definición de la Real Academia se refiere incluso al asiento cuando habla del concepto «asentarse», es decir, incorporar la inscripción a un soporte material.

El problema que se nos plantea con el actual Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual reside en la falta de regulación expresa acerca, no del contenido de las inscripciones —tratado con enorme detalle—, sino de los tipos de inscripciones y asientos registrales que pueden existir.

Y aquí empiezan las dificultades, por cuanto la construcción de esta materia debe realizarse remitiéndonos analógicamente a otras normas como las relativas al Reglamento del Registro Mercantil y la Ley y Reglamento de la Legislación Hipotecaria, lo cual resulta complicado en determinadas ocasiones, pues la analogía no sirve siempre para cubrir las lagunas de ley, por lo que parece más efectivo la creación de normativa propia partiendo de ese origen común.

## 1. CLASES DE ASIENTOS Y ESTRUCTURA DE LOS MISMOS

En los Libros del Registro se llevará a cabo la práctica de los asientos de presentación, inscripciones extensas o concisas, principales y de referencia, anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales, siguiendo el modelo creado por el artículo 41 del Reglamento Hipotecario. En términos parecidos, sin distinguir expresamente las clases de inscripciones, se pronuncia el artículo 33 del Reglamento del Registro Mercantil.

Teniendo en cuenta la sistemática del Registro bastaría con dos tipos de asientos:

- Asientos de presentación: actúan como tales las solicitudes presentadas por los interesados.
- Asientos de inscripción o inscripciones propiamente dichas: donde se recogen todos los datos relativos a las obras y derechos inscritos en el propio Registro.

De la redacción del artículo 23.1 del vigente Reglamento 2003 se deduce que el primer asiento es uno de «Titularidad» (la «primera inscripción» a que se refiere la redacción legal), con el sentido más amplio posible de dicho concepto, tal y como desarrollamos en el siguiente apartado en relación con el contenido de los asientos registrales y la consiguiente inscripción de las obras, actuaciones y producciones, así como de los derechos patrimoniales relativos a las mismas.

En cuanto a su estructura, viene detalladamente recogida en el artículo 26.2 del Reglamento 2003:

- A) Número de asiento registral.
- B) Título de la obra, actuación o producción.
- C) Objeto de la propiedad intelectual.
- D) Clase de obra, actuación o producción con los datos específicos de descripción o identificación que constan en la solicitud (breve resumen acerca de su contenido).
- E) Datos identificativos del autor o titular originario (Apellidos, Nombre, Nacionalidad y DNI).
- F) Los derechos que se inscriben, su extensión y condiciones si las hubiera.
- G) Titular de los derechos patrimoniales con expresión de sus datos identificativos.
- H) El título que contiene el derecho que se inscribe, su fecha y el tribunal, juzgado o notario que lo autorice, en su caso.
- I) Lugar, fecha, hora y minuto de presentación de la solicitud de inscripción.
- J) Número de entrada que se le hubiese asignado (denominada «Núm. solicitud»).
- K) Fecha a partir de la cual la inscripción comienza a surtir efectos.

La mecánica de la inscripción se completa con la firma del Registrador y el sello del Registro (4).

---

(4) Artículo 26.5 del Reglamento de 2003: «*Todas las inscripciones contendrán, asimismo, el sello del Registro Territorial competente y la firma del Registrador*». En este sentido, el artículo 33.2 RRM indica que los Registradores autorizarán con su firma los asientos y las notas al pie del título.

## 2. EL CONTENIDO DE LOS ASIENTOS Y LAS NOTAS MARGINALES

El Registrador, según el artículo 374 RH, se ajustará, en lo posible, para la redacción de los asientos, notas y certificaciones, a las instrucciones y modelos oficiales.

Mención especial merecen las «notas marginales». Se trata de anotaciones al margen de los asientos de inscripción, mediante las cuales se consignan determinados hechos, derechos, circunstancias, advertencias y referencias varias. Tienen cierta relación de dependencia con el asiento a cuyo margen se practican (aunque, de momento, en el Registro de la Propiedad Intelectual no se siga el mismo sistema formal del «margen» que en el Registro de la Propiedad, aunque el fondo es el mismo). Pueden suponer desde la simple referencia a otra inscripción o asiento como la modificación, gravamen, determinación o negación del contenido del asiento principal al que afectan. En principio, son *numerus clausus*, y sólo pueden practicarse las previstas en la Ley, aunque la misma no establece una regla general sino que regula casos concretos y específicos. Podemos señalar algunos ejemplos prácticos mediante la siguiente clasificación:

1. *Notas marginales de modificación jurídica*. Dan fe de un evento jurídico: un hecho, la celebración de un negocio jurídico, una declaración de voluntad, una manifestación de la autoridad administrativa o judicial. Por ejemplo, el cumplimiento de una condición suspensiva en relación con un derecho de explotación.
2. *Notas sucedáneas de asientos principales*. Recogen contenidos que, aunque deberían revestir la forma de inscripción, sin embargo por ley se les reserva esta forma de nota marginal. Su eficacia se configura como la propia del asiento al que viene a sustituir. Por ejemplo, cuando un título adolece de un defecto subsanable puede extenderse nota marginal preventiva del mismo (5).
3. *Notas marginales de oficina*. Se establecen legalmente para la mejor relación y coordinación de unos asientos con otros de una manera breve, sin tener valor material y practicándose de oficio por el Registrador. Por ejemplo, las extendidas en casos de agrupamiento y segregación de obras y las notas al margen de asientos cancelados.

El Registro de la Propiedad Intelectual no dispone al efecto de ningún tipo especial de instrucción para la redacción de los asientos y notas marginales, pero sería conveniente, en aras de la claridad, la redacción de los

---

(5) En este supuesto, y siguiendo el artículo 163 RH, las notas marginales preventivas caducarán a los sesenta días de su fecha. Dicho plazo podrá prorrogarse hasta ciento ochenta días por justa causa y en virtud de providencia judicial.

diferentes asientos imitando el modelo del Registro de la Propiedad: es decir, con tres columnas distribuidas de la siguiente manera:

- a) Notas marginales: donde se recogen las diferentes vicisitudes que afectan a la obra o derecho inscrito, tales como las anotaciones relativas a defectos subsanables o insubsanables, el agrupamiento o segregación de obras, las anotaciones preventivas, así como las cancelaciones, suspensiones o caducidad del asiento en cuestión.
- b) Número de asiento o inscripción.
- c) Asiento de presentación: se recoge una breve descripción de la obra o derecho inscrito más la firma del Registrador (aquí también podrían inscribirse las anotaciones preventivas y sus cancelaciones, con nota concisa al margen).

Por otra parte, y en relación con la redacción de los asientos y las notas marginales, debemos tener en cuenta, además, una serie de precisiones importantes (6):

- a) Los asientos del Registro se redactarán en lengua castellana, según los modelos oficiales aprobados y, en su caso, posibles instrucciones impartidas tanto por el Registro Central, como la Comisión de Coordinación, como por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- b) Los conceptos de especial interés en la descripción de la obra o derecho podrán destacarse mediante subrayado, diferente tipo de letra, empleo de tinta de distinto color o cualquier otro medio que permite la diferenciación.
- c) Si en los asientos o notas marginales deben hacerse constar datos o circunstancias idénticos a los que aparecen en otros asientos o notas, los mismos podrán omitirse haciendo una remisión a los practicados con anterioridad, sin necesidad de hacerlos constar de nuevo.
- d) Dentro de cada asiento, los espacios o líneas que queden en blanco pueden inutilizarse con una raya (por cuanto la manera de redactar los asientos de propiedad intelectual son diferentes a los del Registro Mercantil, el cual establece dicha posibilidad como una obligación).

### 3. ORDENACIÓN DE LOS ASIENTOS

Como ya hemos avanzado anteriormente, los asientos correspondientes a cada obra o derecho inscrito se numeran correlativamente por riguroso orden de inscripción, y en ello sigue al artículo 372 RH.

---

(6) Por aplicación analógica del artículo 36 RRM.

Con respecto a las notas marginales, se dispone en el mencionado precepto que se señalarán con letras por riguroso orden alfabético. En este último aspecto no se sigue la regulación inmobiliaria, aunque podría resultar conveniente realizar tal distinción entre el asiento o inscripción principal y la nota marginal, ya sea mediante letras o bien con una numeración distinta. En caso de agotarse las letras del alfabeto se volverá a comenzar por la primera duplicada, siguiendo de esta manera en todas las demás.

Para las anotaciones preventivas y sus cancelaciones se seguirá el mismo sistema que para las notas marginales. Tales anotaciones podrán venir incluidas concisamente en estas últimas, o bien en el propio cuerpo de la inscripción, aclarando el tipo de anotación, así como su descripción y contenido, además de la indicación a la documentación presentada al efecto.

Por otra parte, el derogado Reglamento 1993 recogía expresamente la división en Secciones del Registro, tema completamente olvidado por el actual, y que continúa siendo de aplicación, por cuanto la configuración del Registro se llevó a cabo mediante aquel sistema. En concreto, según su artículo 7, tanto el Registro Central como cada uno de los Registros territoriales ordenarán su documentación y soportes de información en Secciones, dependiendo de la clase de obra, actuaciones o producciones objeto de derechos de propiedad intelectual (7).

### III. LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA MOBILIARIA EN NOTA MARGINAL

Se supone que se entiende suficiente con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley Hipoteca Mobiliaria, de 16 de diciembre de 1954, es decir: inscripción constitutiva en el Registro especial de gravámenes y comunicación de oficio

---

(7) Dichas Secciones son las siguientes: Sección I: los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza, con excepción de las incluidas en la sección III. Sección II: las composiciones musicales, con o sin letra. Sección III: las obras dramáticas, dramático-musicales, coreografías, pantomimas y, en general, las obras teatrales. Sección IV: las obras cinematográficas y audiovisuales. Sección V: las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos, cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas, y las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía. Sección VI: los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras de arquitectura o ingeniería, así como los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y la ciencia. Sección VII: los programas de ordenador. Sección VIII: las actuaciones de artistas-intérpretes o ejecutantes. Sección IX: las producciones fonográficas. Sección X: la producción de grabaciones audiovisuales. Sección XI: las meras fotografías. Sección XII: las producciones editoriales previstas en el artículo 129 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual.

al Registro de la Propiedad Intelectual para hacer constar, mediante anotación, la constitución del gravamen. Si bien la omisión de dicha anotación no altera la eficacia de la citada hipoteca (8).

La Ley de Propiedad Intelectual de 1879 ya se refería expresamente a este derecho aunque simplemente para remitirse a la mencionada Ley Hipotecaria, a la que dejaba la regulación de la materia en cuestión, sin entrar a regular siquiera los más básicos detalles.

El mencionado precepto de la Ley de Hipoteca Mobiliaria se completa con lo establecido en el artículo 26 de su Reglamento, destacando el mismo que al comunicar la constitución de la hipoteca al Registro de la Propiedad Intelectual (considerado tanto por la Ley como por el Reglamento como un «Registro especial»), el documento incluirá tanto la expresión de los nombres y apellidos del deudor y del acreedor, como el bien hipotecado, la obligación asegurada y, finalmente, la fecha y el Notario autorizante de la escritura pública.

El artículo añade otros dos aspectos: la referida comunicación también se llevará a cabo en el momento de cancelación de la hipoteca, y el oficio de contestación del Registro de la Propiedad Intelectual se archivará por el registrador del Registro de Bienes Muebles en legajos de los de su clase, por orden correspondiente de fechas.

Al igual que en el Registro de la Propiedad Intelectual con la inscripción de los hechos, actos y contratos sobre la obra intelectual, la inscripción de la escritura de constitución de hipoteca da lugar a que se destine a cada obra intelectual hipotecada un asiento separado y especial, en folio independiente, apareciendo todos los asientos relativos a dicha obra, mientras no tenga lugar la cancelación de la hipoteca y otros gravámenes, bajo un solo número, a continuación unos de otros, sin solución de continuidad.

En el momento de la cancelación de todos los gravámenes existentes, se extinguirá el número y se cerrará el folio, quedando registrada la obra únicamente en el Registro de la Propiedad Intelectual, como tal obra, con todos los derechos de explotación de terceros que existiesen sobre la misma en su caso, hasta el momento de su paso al dominio público.

---

(8) *«La hipoteca que se constituyere sobre automóviles u otros vehículos de motor, vagones, tranvías, propiedad intelectual, propiedad industrial, aeronaves y maquinaria industrial, será comunicada de oficio por los Registradores de la Propiedad o Mercantiles, una vez inscrita a los jefes o encargados de los Registros especiales, quienes acusarán recibo y verificarán las anotaciones que correspondan.*

*La falta de toma de razón en los Registros especiales no alterará en ningún caso los efectos de la inscripción en el Libro de Hipoteca Mobiliaria».*

#### IV. UN CASO ESPECIAL DE INSCRIPCIÓN DE LA OBRA EN COLABORACIÓN: LA OBRA CINEMATOGRAFICA

##### 1. PRIMER SUPUESTO: LA INSCRIPCIÓN DE LA OBRA CINEMATOGRAFICA COMO TAL

La cuestión principal que gira en torno a la inscripción de la obra cinematográfica (ejemplo claro de obra en colaboración) es si la misma se inscribe en su conjunto o cada aportación de los autores que intervienen en su creación por separado. De la deficiente redacción del articulado de la Ley de Propiedad Intelectual y el Reglamento del Registro, nos encontramos con la siguiente situación:

- el artículo 7 de la LPI establece que para divulgar y modificar la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores y que los mismos podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común;
- el artículo 87 de la LPI reconoce como autores de la obra cinematográfica al director-realizador, los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos y los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra;
- el artículo 14 del Reglamento del Registro nos dice en su apartado d), número 3, que *«si el productor fuese el único autor en los términos previstos en el artículo 87 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, se acompañará la declaración del productor en la que así se haga constar»*.

Cuando la inscripción se presenta por un solo autor o titular de derechos no existen problemas. Los mismos aparecen en el momento en que se intenta inscribir una obra cinematográfica, al no establecerse expresamente ni en la Ley ni en el Reglamento quién debe solicitar su inscripción ni los requisitos especiales de tal solicitud.

La solución más acorde con la actual redacción legal y con la lógica se articularía de la siguiente manera:

- según el artículo 11 del Reglamento del Registro, pueden solicitar la inscripción de la obra los autores y demás titulares originarios de derechos de propiedad intelectual. Teniendo esto en cuenta, en la obra cinematográfica cada uno de los coautores intervinientes en la realización del conjunto disfruta de los derechos originarios sobre su propia aportación, por lo que todos tienen derecho a solicitar la obra en su conjunto;

- si en el artículo 14.d) 3.º se permite al productor (con una asimilación a la autoría que resulta del todo inapropiada, por cuanto lo comparan con los verdaderos autores del art. 87 LPI) la solicitud en solitario de la inscripción, la respuesta debe ser que cualquiera de los autores indicados en el artículo 87 LPI (y sólo estos, por ser los reconocidos como tales por la Ley) podrá solicitarla igualmente por separado (9);
- ahora bien, como el artículo 7 LPI requiere el consentimiento expreso de todos los coautores en relación con la divulgación y explotación en general de la obra, quien solicite en solitario la inscripción deberá aportar un documento de autorización por parte de los demás autores, o bien el contrato de producción donde aparezcan los nombres de los autores del artículo 87 LPI que realmente participan en la proyección de la película. En caso contrario, no se podrá practicar la inscripción hasta que se subsane tal extremo;
- la inscripción de la obra cinematográfica en su conjunto no impide que cada coautor inscriba su aportación por separado, siempre que no perjudique la explotación común, según establece el artículo 7 LPI.

Posiblemente, los problemas terminen con la previsión recogida en el «Proyecto de Ley de Cine» aprobada por el Congreso el 5 de junio de 2007, concretamente en su Disposición Adicional Cuarta, según la cual, *«se crea una sección adicional en el Registro de Bienes Muebles destinada a la inscripción, con eficacia frente a terceros, de las obras y grabaciones audiovisuales, sus derechos de explotación y, en su caso, de las anotaciones de demanda, embargos, cargas, limitaciones de disponer, hipotecas, y otros derechos reales impuestos sobre las mismas, en la forma que se determine reglamentariamente»*.

Semejante previsión supondría eliminar el problema de la inscripción de obras cinematográficas para el Registro Territorial, pero no se dispone nada acerca de la supresión de su inscripción en este último en Proyecto. Cuando menos hubiese sido interesante, por cuanto habría dejado simplemente la inscripción de las aportaciones individuales de cada coautor en el Registro de la Propiedad Intelectual (como obras musicales, literarias —guión y argumento—, etc.). A falta de todo ello, se echa de menos una modificación del Reglamento de 2003, estableciendo las peculiaridades propias de la inscripción de la obra cinematográfica, sobre todo en cuanto a la legitimación para solicitarla y el tipo de documentación probatoria de tal extremo exigida por el Registrador.

---

(9) Aquí debemos dejar constancia que en el Proyecto de Ley del Cine aprobado por el Congreso el 5 de junio de 2007 se incluye también como autor de la obra cinematográfica al «director de fotografía». Pero hasta el momento en que no se apruebe finalmente la Ley no tendrá dicha cualidad y de momento no puede solicitar la inscripción de la obra.

2. SEGUNDO SUPUESTO: LAS DENOMINADAS «MODALIDADES DE EXPLOTACIÓN» POR LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El artículo 90 LPI establece que la remuneración de los autores de la obra audiovisual por la cesión de los derechos mencionados en el artículo 88 de dicho cuerpo legal deberá *determinarse «para cada una de las modalidades de explotación concedidas»*. Con anterioridad, el artículo 57, en sede de derechos patrimoniales, establece que la transmisión de derechos de autor para su explotación a través de las modalidades de *edición, representación o ejecución, o de producción de obras audiovisuales*, se regirá por lo establecido en el Libro I. Esta regulación legal merece una serie de consideraciones al respecto:

1. La Ley de Propiedad Intelectual habla indistinta y confusamente en su articulado de «derechos de explotación» y de «modalidades de explotación», cuando se refiere a lo mismo, es decir, los cuatro tipos de derechos de explotación recogidos en el artículo 17: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. A los mismos se podría añadir una especie de «explotación derivada» (léase *merchandising*), es decir, obtención de ingresos a través de la venta de diversos objetos relacionados con la película (muñecos, ropa de hogar, cristalería, posters, etc.), puesto que no encaja bien en ninguno de los cuatro tipos indicados.  
Por tanto, las modalidades señaladas en el artículo 57 LPI se integran dentro de alguno de los cuatro tipos de derechos de explotación encuadrados en el artículo 17 LPI.
2. La «determinación», a la que se refiere el artículo 90 LPI, quiere decir que en documento separado se establecerá el derecho a recibir las remuneraciones indicadas en el precepto, pero no supone, en modo alguno, la obligación de establecer con exactitud ni el montante ni el porcentaje exacto, lo que a veces resulta imposible por cuanto se desconoce en ese momento el éxito que tendrá la película. Bastaría con una cláusula genérica en el sentido de prever la posibilidad de un acuerdo posterior entre las partes para determinar el montante final a la vista de los beneficios reales obtenidos (de esta forma no podría denegarse la inscripción, como defiende una buena parte de la doctrina).

## V. INSCRIPCIÓN DE DOS TÍTULOS SEMEJANTES DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En la Ley de 1879 y en su Reglamento se apuntaban una serie de criterios para encontrar una solución, pero en la actualidad los mismos se han complicado:

- En el Registro de la Propiedad Intelectual se inscriben obras, actuaciones o producciones literarias, artísticas o científicas, pero no nos encontramos ante un Registro de «nombres» o «marcas», propios del Registro Civil, el Registro de Patentes y Marcas o el Registro de Sociedades, entre otros. Asimismo, tampoco se trata de un Registro de «ideas».
- El «título» de una obra intelectual, aparte de configurarse como uno de los datos que aparecen en la inscripción de la misma, constituía en la legislación derogada, junto al plan y el argumento, la propiedad para quien hubiese concebido o adquirido la obra (art. 64 del Reglamento de 1880).

Por tanto, se consideraba fraudulento emitir dichos «títulos» de manera que pudieran confundirse el nuevo con el más antiguo, según el prudente juicio de los tribunales, aparte de las sanciones derivadas del Código Penal (arts. 46 y 47.3 de la Ley de 1879).

Dicha normativa daba lugar a que el tema de la admisión de títulos iguales sobre obras distintas resultase fácil: si el título era parte integrante de la obra, ante un título semejante habría que rechazar la inscripción registral. Pero la existencia de nombres comunes o en el dominio público volvía a plantear el problema: «agua», «cielo», «arena», «playa», «sol»..., utilizables por cualquier persona para cualquier tipo de obra intelectual registrable. Denegar, sin embargo, la inscripción de tales términos en distintas obras carecería de sentido al no disponer de válidos argumentos de oposición tanto jurídicos como jurisprudenciales.

Todo aquello que puede provocar «confusión» sobre la que se apoya otro supuesto autor para solicitar la inscripción debe ser rechazado por el Registro (por ejemplo, llegando a casos muy notorios, un nuevo «Quijote de La Mancha»), derivado tanto de la consulta de los asientos registrales existentes como del propio conocimiento personal del Registrador sobre obras existentes en el mercado.

El tema de la originalidad de la obra, reclamado expresamente por el artículo 10 LPI, ha tenido desde su inclusión en el texto legal una doble proyección:

- evitar el plagio (dejando aparte que un mismo hecho o idea pueden contarse de maneras diversas);

- proporcionar una protección distinta a obras que no son originales: traducciones, adaptaciones, modificaciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, compendios, resúmenes, extractos, arreglos musicales y cualesquiera transformaciones de una obra (recogidas en el art. 11 LPI).

Sin embargo, también se ha extendido la «originalidad» del contenido de la obra a su «título», pues el artículo 10.2 LPI señala que *«el título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella»*. La redacción resulta confusa, por cuanto no queda claro si el concepto de originalidad se sigue refiriendo igualmente al contenido de la obra o también a su título. Parece más bien que se refiere a la originalidad del propio título de la obra, dado que no tiene sentido hacer depender la originalidad del título de la originalidad de la obra, pues la inexistencia de la segunda no produce automáticamente la inexistencia de la primera.

Si bien repetimos que el estudio de la posible originalidad o no de la obra no es tarea propia del Registrador, resulta evidente en cuanto a la protección del título lo siguiente:

- no pueden ser «títulos originales» los consistentes en palabras comunes, genéricas, necesarias o usuales en relación con el tipo de obra de que se trate;
- no pueden ser tampoco originales los constituidos exclusivamente por nombres de personajes históricos, histórico-dramáticos, literarios, mitológicos o de personalidades vivas;
- no se puede confundir la originalidad del título con la forma gráfica que se le dé al mismo;
- la protección del título, con independencia de la originalidad, viene claramente recogida en el vigente Reglamento de 1880, concretamente en su artículo 64, cuyo primer párrafo dice que *«el plan y argumento de una obra dramática o musical, así como el título, constituyen propiedad para el que los ha concebido o para el que haya adquirido la obra»*; señalando a continuación el párrafo segundo que *«en su consecuencia se castigará como defraudación el hecho de tomar en todo o en parte de una obra literaria o musical manuscrita o impresa, el título, el argumento o el texto para aplicarlos a otra obra dramática»*.

El artículo, teniendo en cuenta la necesaria actualización del Reglamento, resulta perfectamente aplicable al título otorgado por el autor a cualquier tipo de obra intelectual.

Al respecto, los problemas actuales con los que se encuentra el Registro Territorial de Madrid son los siguientes:

1. La ausencia de unos «Índices Generales de Obras» en el propio Registro Central, lo que supone una dificultad añadida a la hora de perseguir el fraude entre obras y títulos inscritos, pues la averiguación con respecto a obras «no inscritas» resulta de todo punto imposible o meramente casual. Por tanto, el Registrador Territorial de Madrid deberá actuar dentro de las posibilidades de consulta que le ofrecen sus propios asientos registrales y las posibilidades de comunicación con los otros nueve Registros Territoriales, así como con los siete dependientes todavía del Registro Central.
2. La imposibilidad de averiguación de la existencia de una solicitud de inscripción de obra o título idénticos en cualquier otro Registro Territorial, pues el sistema actual de momento sólo permite conocer lo que se encuentra ya inscrito en dichos organismos.

En todo caso, el vigente Reglamento permite al Registrador actuar de oficio en el caso de existir dos o más solicitudes incompatibles (art. 20.1).

## VI. LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS

### 1. CONCEPTO

Se trata de un asiento de menor solemnidad y más simple que la inscripción, con efectos legales más reducidos y con una duración legal determinada.

### 2. INCLUSIÓN DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, dedica por primera vez una parte de su articulado a las anotaciones preventivas, concretamente en los artículos 37 y 38:

«Artículo 37. Podrá pedir anotación preventiva de su derecho:

1. El que obtenga a su favor mandamiento judicial ordenando la anotación preventiva de demanda sobre la titularidad de derechos de propiedad intelectual o la constitución, declaración, modificación o extinción de los mismos.
2. El que obtuviera a su favor un mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en derecho de propiedad intelectual del deudor.
3. El que obtuviera sentencia ejecutoria que, previo los trámites procesales establecidos, pueda hacerse efectiva sobre derechos de propiedad intelectual.
4. El que expresamente estuviera autorizado».

«Artículo 38. 1. Las anotaciones preventivas se extinguen por su cancelación, por caducidad o por su conversión en inscripción. La extinción de las anotaciones preventivas puede ser total o parcial. 2. Los plazos de caducidad de las anotaciones preventivas y el procedimiento para su cancelación se regularán por lo establecido en la legislación hipotecaria».

### 3. CARACTERÍSTICAS

Cada anotación preventiva responde a finalidades de muy diversa índole, como veremos de la propia redacción del Reglamento actual, por lo que tienen escasas características comunes. De todas maneras, se puede afirmar que las características más importantes de este tipo de anotaciones son las siguientes:

- a) *Transitoriedad y pendencia*: supone la caducidad del propio asiento. Mientras la inscripción tiene vocación de perdurabilidad, en cambio la anotación preventiva resulta en todo caso temporal. Aunque puede darse el supuesto también de que el derecho anotado no sea temporal (por ejemplo, una demanda de propiedad sobre la obra por el verdadero autor o dueño), y que la inscripción arrope un derecho perentorio (por ejemplo, la inscripción del usufructo de los derechos de explotación).
- b) *Inscripción de derechos reales no documentados*: como luego examinaremos, la regulación de las anotaciones preventivas se remite a lo dispuesto en la vigente Ley Hipotecaria, según la cual se inscriben en el Registro de la Propiedad derechos reales debidamente documentados, al igual que se lleva a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual en relación con los derechos económicos y morales sobre las obras, que también deben partir de una válida documentación.

Por tanto, partiendo de la idea establecida en la Ley Hipotecaria, y aplicándola al Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual, las anotaciones preventivas se refieren a los siguientes tipos de derechos sobre la obra intelectual:

- derechos sobre las obras intelectuales no documentados,
- derechos que se constituyen con la propia anotación (por ejemplo, la anotación de un embargo),
- derechos en formación o en litigio (por ejemplo, una demanda interpuesta por el presunto verdadero titular de los derechos en cuestión sobre la obra),

- derechos que afectan a la obra sin entidad suficiente para ser inscritos, debido a su falta de concreción sobre la misma (por ejemplo, los derechos hereditarios) o a otra causa.
- c) *Accesoriedad*: si bien todos los asientos del Registro, menos el primero, se encuentran conectados a otro anterior, sin embargo las anotaciones preventivas se comunican o conectan con el propio asiento al que afectan y sólo a él. En el momento en que se cumple la finalidad que origina su inclusión registral desaparecen (por ejemplo, la ejecución del embargo sobre derechos de explotación).
- d) *Eficacia negativa*: la eficacia misma de las anotaciones preventivas resulta negativa, pues limitan o suspenden los efectos propios de publicidad del Registro, impidiendo que cualquier tercero de buena fe con derechos sobre la obra pueda invocar la eficacia del Registro en tanto en cuanto no se resuelva de un modo u otro la limitación establecida en la propia anotación (por ejemplo, en caso de anotación preventiva de una demanda de reclamación de derechos sobre la obra por persona distinta tanto al titular inscrito como al tercero de buena fe a quien dicho titular hubiese transmitido determinados derechos económicos).

#### 4. PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

Antes de comenzar el estudio de las diferentes posibilidades que ofrecen las anotaciones preventivas en relación con el Registro de la Propiedad Intelectual, debemos aclarar que el artículo 17 del Reglamento actual establece que «*el procedimiento para practicar la anotación y para su cancelación, así como los plazos de caducidad de las anotaciones preventivas, se regirán por lo establecido en la legislación hipotecaria en cuanto sea compatible*». La completa remisión del Reglamento a la Ley Hipotecaria, superando cualquier aplicación supletoria, demuestra el carácter absolutamente civil de la materia.

Por tanto, debemos remitirnos a lo establecido en los artículos 42 y siguientes de la Ley Hipotecaria (además de otros supuestos de anotación preventiva diseminados por la propia Ley y otras leyes a que reenvía expresamente), así como los artículos 68 y 69 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria. Tal y como se encuentra redactado el primero de los preceptos (42 LH), se trata de un *numerus clausus* que, sin embargo, encierra una gran variedad de anotaciones preventivas.

También debemos señalar que la mencionada remisión no resulta en absoluto afortunada, por cuanto el legislador ha olvidado que la legislación de prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria admite esta última sobre la

propiedad intelectual y determina los Registros competentes para la práctica de su inscripción. Quizá solamente hacía falta reformar algunas frases del Reglamento que rige la Ley de Hipoteca Mobiliaria, o incluso reformar el propio Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual, estableciendo unas anotaciones preventivas propios de la materia de Derecho de autor, indicando el contenido y procedimiento para su práctica, suspensión y cancelación.

## 5. LOS SUPUESTOS DE ANOTACIÓN PREVENTIVA ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO 2003

Según se establece en el párrafo primero del artículo 16 del Reglamento de 2003, «*podrán pedir anotación preventiva de su derecho*» las personas citadas en su texto, así como en los casos expresamente recogidos, siguiendo la misma regulación de *numerus clausus* que la Ley Hipotecaria, más si tenemos en cuenta que este artículo 16 es un calco del artículo 42 LH con alguna variación o matiz para adaptarlo a la regulación propia de la propiedad intelectual. De ahí el sentido de la remisión antes comentada del artículo 17.

Para el estudio de los diferentes supuestos dividiremos los distintos supuestos del repetido artículo 16 en los siguientes apartados, recogiendo todo aquello que resulte aplicable por el Registrador Territorial a la hora de llevar a cabo la práctica de una anotación preventiva:

### A) *Anotaciones representativas de otro asiento*

Se trata de inscripciones provisionales, con efectos similares a los de una inscripción definitiva, pero limitadas temporalmente. A ellas se refiere el artículo 42.9.º LH, según el cual puede pedir anotación preventiva de su derecho:

- a) El que presente algún título cuya inscripción no pueda acometerse por faltar en el título presentado algún requisito subsanable.
- b) Por imposibilidad del Registrador, por ejemplo, al tener que llevar a cabo un profundo estudio de la documentación presentada.

Dentro de este apartado de anotaciones por imposibilidad del Registrador, tenemos como aplicables las siguientes:

— por falta de índices (10);

---

(10) Artículo 161 RH: «Siempre que por circunstancias extraordinarias no existan índices en un Registro y se solicite una inscripción que requiera la consulta de aquéllos, se tomará anotación preventiva que subsistirá, no obstante lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley, hasta que pueda cancelarse o convertirse en inscripción».

- por presentación simultánea de títulos contradictorios (11);
- por tener que consultarse alguna duda que impida de momento la inscripción solicitada (12);
- por reconstrucción de asientos destruidos: a ello se refiere el artículo 238 LH, según el cual se aplicarán las Leyes de 15 de agosto de 1873 y 5 de julio de 1938.

El artículo 3.º de la Ley de 1873 señala el plazo de un año para la rehabilitación de asientos presentando nuevamente los documentos, mientras que su artículo 14 deja en suspenso la eficacia de los asientos anteriormente registrados. La Ley de 1938 completa la anterior, señalando la posibilidad de reinscripción por medio de acta de notoriedad (art. 4.º), así como la posibilidad de una prórroga del plazo concedido que no podrá exceder de otro año más (art. 12.º).

- c) Por inicio por parte del Registrador del procedimiento de rectificación de errores que se observe en algún asiento ya practicado en la forma que reglamentariamente se determine.

La posibilidad de rectificación de errores por parte del Registrador se recoge en el artículo 29 del Reglamento de 2003, el cual indica que *«el registro podrá rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»* (13).

- d) Por tratarse de la anotación de un legado específico de la obra o derechos propios del autor o titular correspondiente. No teniendo

---

(11) Artículo 422 RH: «En el supuesto de que el asiento comenzado no pudiera terminarse en breve plazo por haber de referirse a muchas fincas, se interrumpirá, y en vez de la diligencia de cierre se pondrá a continuación de la última palabra una nota de quedar en suspenso la conclusión del asiento, expresándose además en ella, si hubiere algunos títulos pendientes de presentación, el número de los presentados en conjunto, el de los asientos extendidos y el de los que quedaron por extender».

(12) Artículo 481 RH: «Siempre que el Registrador consultare, conforme al artículo 273 de la Ley, alguna duda que impida practicar cualquier asiento, extenderá la anotación preventiva con arreglo al número noveno del artículo 42 de la misma, que subsistirá hasta que se notifique al Registrador la resolución de la consulta. Por esta anotación no se devengarán honorarios».

(13) Artículo 105 de la Ley 30/1992: «1. Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos, expresos o presuntos, no declarativos de derechos y los de gravamen, siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos».

todavía la posesión de la obra o el disfrute de los derechos, y estando afectos a la posible responsabilidad de la masa hereditaria, dicho legado no constituye, por el momento, título bastante para inscribirlo, necesitando el Registrador la escritura de entrega del mismo. Hasta que se produzca la presentación de dicha escritura, se tomará anotación preventiva de la obra o derechos objeto del legado (aplicando por analogía el art. 47 LH).

Las consecuencias de este tipo de anotaciones son las siguientes:

- a) Los derechos anotados preventivamente se pueden enajenar como si estuvieran correctamente inscritos y el adquirente puede solicitar también anotación preventiva de su derecho.
- b) La anotación provoca el cierre del Registro, impidiendo la entrada de cualquier otro título contradictorio, es decir, el mismo efecto que produce cualquier inscripción.
- c) Dichas anotaciones son convertibles en el asiento al que sustituyen, transformándose en el mismo una vez subsanado el defecto o desaparecido el obstáculo que impedía la inscripción.

No podemos olvidarnos en este apartado de la anotación de incoación de expediente de dominio con el fin de restaurar el tracto sucesivo interrumpido, con la documentación exigida en el artículo 274 RH (14). Los efectos de tal anotación en el Registro serán los siguientes:

---

(14) Artículo 274 RH: «El escrito a que se refiere la regla segunda del artículo 201 de la Ley, cuando tenga por objeto la inmatriculación de fincas, estará suscrito por los interesados o sus representantes, y contendrá:

- 1.º La descripción del inmueble o inmuebles de que se trate, con expresión de los derechos reales constituidos sobre los mismos.
- 2.º Reseña del título o manifestación de carecer del mismo y, en todo caso, fecha y causa de la adquisición de los bienes.
- 3.º Determinación de la persona de quien procedan éstos y su domicilio, si fuere conocido.
- 4.º Relación de las pruebas con que pueda acreditarse la referida adquisición y expresión de los nombres, apellidos y domicilio de los testigos, si se ofreciere la testifical.
- 5.º Nombre, apellidos y domicilio de las personas a cuyo favor estén catastrados o amillarados los bienes.
- 6.º Nombre, apellidos y domicilio de los dueños de las fincas colindantes, de los titulares de cualquier derecho real constituido sobre las que se pretenda inscribir, del poseedor de hecho de la finca, si fuere rústica, y del portero o, en su defecto, de los inquilinos, si fuere urbana.

El iniciador del expediente podrá solicitar en el mismo escrito que se libre mandamiento para la extensión de la anotación preventiva de haberse incoado el procedimiento».

Donde dice «finca» o «inmueble» debemos entender, lógicamente, para lo que nos interesa «obra intelectual» o «derecho de propiedad intelectual».

- una vez justificado el dominio (en este caso autoría o propiedad de la obra o titularidad de los derechos de propiedad intelectual), para que la inscripción del mismo pueda practicarse en el Registro de la Propiedad Intelectual resulta imprescindible testimonio judicial bastante en que conste ser firme el Auto, el cual se insertará literalmente;
- en caso de haberse realizado la mencionada anotación preventiva de iniciación del procedimiento judicial de dominio, dicha anotación se convierte en inscripción definitiva (art. 283 RH).

La aplicación del párrafo 9.º del artículo 42 LH viene apoyada en la letra g) del artículo 16 del Reglamento de 2003, pues según la misma puede solicitar anotación preventiva *«el que en cualquier otro caso tuviese derecho a exigirla conforme a lo dispuesto en las leyes»*.

## B) *Anotaciones de derechos en litigio o en formación*

### 1. Anotaciones de demanda

Tiene lugar cuando se reclama la propiedad de la obra o algún derecho sobre la misma. Se refieren a esta anotación los siguientes apartados del artículo 16 del Reglamento de 2003:

- a) El que obtenga a su favor mandamiento judicial ordenando la anotación preventiva de demanda sobre la titularidad de derechos inscribibles.
- e) El que acredite la presentación de la demanda con objeto de impugnar la denegación registral de la inscripción de un derecho de propiedad intelectual.

Con la anotación, cualquier adquirente queda enterado de la existencia de un pleito pendiente, quedando sometido al resultado final del mismo, sin poder alegar su buena fe a la hora de presentar su título. Para que la anotación de demanda pueda llevarse a cabo debe cumplir una serie de requisitos:

- la anotación preventiva sólo puede recaer sobre las obras o derechos que, siendo objeto de la acción, aparezcan inscritos o anotados a nombre del demandado. Si la obra o derechos aparecen inscritos o anotados a nombre de persona distinta se denegará la anotación (15);

---

(15) En sede registral inmobiliaria la cuestión no admite duda, y así debe aplicarse en sede registral de propiedad intelectual. Por ejemplo, la RDGRN de 29 de octubre de 1968, según la cual no es anotable la demanda reivindicando la finca de sus actuales titulares cuando en el Registro figura todavía dicha finca a nombre del transmitente.

- la única manera de conseguir la práctica de la anotación preventiva en estos casos es el dictado de una providencia por parte del juez, a instancia de parte y siempre en virtud de documento bastante [esto último siempre al prudente arbitrio del juez (16)];
- el demandante solicitante de la anotación debe ofrecer una indemnización por los perjuicios que puedan seguirse al demandado en caso de resultar absuelto, estableciendo el juez la caución que estime suficiente a tal efecto;
- si la demanda prospera (es decir, se concede la petición del demandante a través de una sentencia en todo caso firme) se practicarán las inscripciones o cancelaciones ordenadas por el cuerpo de la sentencia (art. 198.1 RH).

## 2. Anotaciones de sentencias favorables

Los efectos de una sentencia favorable para el anotante supone la rectificación del asiento del Registro favorable al demandado, así como todos los posteriores que traigan causa del mismo; o bien la confirmación y convalidación del asiento del demandante si es que ya existía con anterioridad a la presentación de la demanda; o bien, la extensión de un asiento nuevo a favor del demandante sobre la base de lo establecido en la sentencia.

La demanda de cumplimiento de una obligación de transmisión de la propiedad de una obra o cualquier derecho económico de propiedad intelectual, dará lugar a una inscripción derivada de la del demandado, según la escritura o documento privado otorgado como consecuencia del cumplimiento de la sentencia.

## 3. Anotación de sentencia ejecutoria

Al respecto, la letra *c*) del artículo 16 del Reglamento permite la anotación preventiva para quien obtuviera sentencia ejecutoria que pueda hacerse efectiva sobre derechos de propiedad intelectual. Dicha sentencia ejecutoria o el mandamiento judicial será título bastante no sólo para practicar la inscripción correspondiente sino también para cancelar los asientos posteriores a la anotación de demanda, que sean contradictorios o limitativos del derecho que se inscriba, extendidos en virtud de títulos de fecha posterior a la de la

---

(16) El artículo 727.5.ª LEC regula actualmente la anotación de demanda como una medida cautelar, decretada mediante Auto según el artículo 735 LEC, y en virtud de prestación de caución, cuya idoneidad debe ser apreciada por el juez en virtud de providencia, conforme al artículo 737 LEC.

anotación y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación (art. 198.2 RH).

Esta anotación no se verificará hasta que, para la ejecución de la sentencia, se mande embargar la obra o derechos del condenado por ésta en la forma prevista para el juicio ejecutivo en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en relación con ello, el art. 701 LEC, referido a la entrega de cosa mueble determinada).

### C) *Anotaciones con función de garantía*

#### Anotación de embargo

La letra *b)* del artículo 16 del Reglamento establece la posibilidad de la anotación preventiva para quien obtuviera a su favor un mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en derechos de propiedad intelectual del deudor, sin perjuicio de lo establecido en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (es decir, debe tenerse en cuenta si existe alguna hipoteca constituida sobre derechos de explotación: arts. 45 a 51 de la referida Ley). Se trata de una «anotación de garantía» cuyo objetivo se basa en el aseguramiento de la realización de un derecho de crédito, sujetando a la misma con eficacia *erga omnes* determinadas obras o derechos de propiedad intelectual del autor (17).

Cuando se trata de juicio ejecutivo, será obligatoria la anotación, según lo dispuesto en el artículo 1.453 LEC. Dicha obligatoriedad resulta necesaria para que el embargo tenga efectos frente a terceros, conforme al artículo 587.2 LEC, y surta los efectos de preferencia de los artículos 1924.3.º y 1927.2.º del Código Civil.

No resulta muy afortunada la inclusión de la anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad Intelectual. Si observamos la Ley de Hipoteca Mobiliaria, sus artículos 68 y 69 atribuyen la competencia para anotar los mandamientos judiciales de embargo y los de su cancelación sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario (por ejemplo, los derechos de explotación de propiedad intelectual de una obra) al Registro de la Propiedad de Madrid que determine el Ministerio de Justicia: en su momento se fijó el número 4. La consecuencia inmediata es que diferentes organismos tienen atribuida la misma competencia (Registro de la Propiedad Inmobiliaria y

---

(17) Ahora bien, la obligatoriedad de la anotación del embargo no determina la invalidez del embargo mismo no anotado. La anotación del embargo no es obligatoria a los efectos procesales de continuación del proceso, tal y como se deriva de los artículos 664 y 665 LEC, pero resulta «obligatoria» para que afecte a terceros conforme al artículo 587.2 LEC y tenga los efectos de preferencia de los artículos 1924.3 y 1927.2 del Código Civil.

Registro de la Propiedad Intelectual) a través de normas de diferente rango jerárquico (el primero mediante Ley y el segundo mediante Real Decreto), sin que exista una coordinación previa entre los mismos, por lo menos en lo que se refiere a las anotaciones de embargo.

El problema que se plantea es el siguiente: sobre los derechos de explotación de una obra determinada, figurando inscritos en el Registro General de Propiedad Intelectual, se constituye una hipoteca, siendo inscrita en el mencionado Registro de la Propiedad, número 4 de Madrid, pero no se practica en el citado Registro General la anotación a que se refiere el artículo 76 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria. Posteriormente, el Registrador de la Propiedad Intelectual recibe un mandamiento judicial para que, sobre tales derechos de explotación, practique una anotación de embargo y certifique las cargas inscritas que afectan a los mismos, resultando negativa la certificación solicitada y que por tanto se ejecute el embargo, perjudicando de esta manera claramente al acreedor hipotecario (18).

Otra cuestión de interés se refiere a las posibles ventas sobre la obra o transmisiones de derechos. Partiendo de que el embargo traba la obra o derecho desde el momento mismo de la anotación, afectando a cualquier enajenación, venta o transmisión realizada con posterioridad a la misma, sin embargo no afecta a las realizadas con anterioridad, siendo preferentes y liberando a la obra o derecho de la acción del anotante, aunque se lleven al Registro en una época posterior a la de la anotación.

En cuanto al procedimiento, la anotación se practicará siempre mediante mandamiento expedido por el juez o tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro Territorial correspondiente.

#### D) *Anotaciones de valor negativo*

Entre ellas podemos encontrarnos las anotaciones de demanda de incapacidad, las de prohibiciones judiciales o administrativas de enajenar y las de secuestro:

- a) La anotación de demanda de incapacidad tiene por objeto invalidar, en su caso, las ulteriores transmisiones realizadas sobre los bienes propiedad del incapacitado.
- b) Las anotaciones de prohibiciones judiciales o administrativas de enajenar y las de secuestro tienen como único efecto impedir la inscripción o la anotación de los actos dispositivos que con respecto a la obra

---

(18) Este problema se destaca expresamente por Pilar RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS en «Protección administrativa: el Registro de la Propiedad Intelectual», en *RCDI*, septiembre-octubre, núm. 636, 1996, págs. 1744 y 1745.

o derecho de propiedad intelectual sobre la que haya recaído la anotación hubiese realizado posteriormente a ésta su titular. Vienen recogidas en la letra *d*) del artículo 16 del Reglamento, según el cual podrá practicarla quien, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviera resolución judicial ordenando el secuestro o prohibiendo la transmisión del derecho controvertido.

*E) Anotaciones referentes a derechos sucesorios*

Al respecto, se permite la anotación preventiva en el Registro a: *f*) Los herederos respecto de su derecho sucesorio cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de éstos.

El derecho hereditario, cuando no exista especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, sólo puede ser objeto de anotación preventiva, como no podía ser otra cosa, dada su situación de indivisión temporal. Dicha anotación preventiva sólo puede ser solicitada por cualquier persona que tenga derecho a la herencia o acredite un interés legítimo en el derecho que se pretende anotar.

En caso de que la anotación sea solicitada por los herederos, legitimarios o personas con derecho a promover el juicio de testamentaría (herederos, legitimarios, legatarios de parte alícuota y acreedores de la herencia cuyos créditos no estén garantizados especialmente o afianzados por los herederos, siempre que justifiquen su crédito mediante escritura pública), se realizará mediante solicitud, acompañando el testamento en que aparezcan con tal condición. Si no aparecen designados individualmente en el testamento, deberán presentar este título y cualquier documento que pruebe de alguna manera la presunta cesión o transmisión (en todo caso, la declaración de herederos *ab intestato*, hasta que se resuelva la cuestión del reparto de la masa hereditaria), ya sea público o privado.

Si no se trata de ninguna de las personas citadas en el párrafo anterior, se practicará mediante providencia judicial obtenida según los trámites previstos en el artículo 57 LH (19). El mencionado derecho hereditario así anotado podrá transmitirse, gravarse y, por tanto, ser objeto de otra anotación en el propio Registro.

---

(19) En ese caso, acudirá el interesado al juez competente exponiendo su derecho, presentando los títulos en que se funde y señalando los bienes que pretende anotar (aquí serían las obras o derechos de propiedad intelectual). El juez, una vez oídos a los interesados en juicio verbal, dictará providencia accediendo o no a la pretensión y señalando los bienes o derechos a anotar, librando mandamiento al Registrador, insertándose en el Registro literalmente para que practique su ejecución.

El legatario de bienes muebles podrá pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho. La anotación sólo podrá practicarse sobre los mismos bienes objeto del legado.

El legatario de género o cantidad puede solicitar la anotación preventiva de su valor, dentro de los 180 días siguientes a la muerte del testador, sobre cualquier obra o derecho de explotación inscrito, bastante para cubrirlo, siempre que no hubiesen sido ya legados a otras personas (20).

#### 1. Si el legatario deja pasar el plazo

El legatario que no lo fuere de especie y dejare transcurrir el plazo señalado en el artículo 48 sin hacer uso de su derecho, sólo podrá exigir después la anotación preventiva sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero; pero no surtirá efecto contra el que antes haya adquirido o inscrito algún derecho sobre los bienes hereditarios.

El legatario que, transcurridos los ciento ochenta días, pidiese anotación sobre los bienes hereditarios que subsistan en poder del heredero, no obtendrá por ello preferencia alguna sobre los demás legatarios que omitan esta formalidad, ni logrará otra ventaja que la de ser antepuesto para el cobro de su legado a cualquier acreedor del heredero que con posterioridad adquiriera algún derecho sobre los bienes anotados.

La anotación pedida fuera de término podrá hacerse sobre bienes anotados dentro de él a favor de otro legatario, siempre que subsistan en poder del heredero; pero el legatario que la obtuviere no cobrará su legado sino en cuanto alcanzare el importe de los bienes, después de satisfechos los que dentro del término hicieron su anotación.

La anotación preventiva de legados podrá hacerse por convenio entre las partes o por mandato judicial, presentando al efecto en el Registro el título en que se funde el derecho del legatario.

---

(20) Artículo 50 LH: «El legatario que obtuviere anotación preventiva, será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario y a cualquier otro que, con posterioridad a dicha anotación, adquiriera algún derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes».

Artículo 51 LH: «La anotación preventiva dará preferencia, en cuanto al importe de los bienes anotados, a los legatarios que hayan hecho uso de su derecho dentro de los ciento ochenta días señalados en el artículo 48, sobre los que no lo hicieron del suyo en el mismo término».

Los que dentro de éste la hayan realizado, no tendrán preferencia entre sí, sin perjuicio de la que corresponda al legatario de especie o a cualquier otro, respecto de los demás, con arreglo a la legislación civil, tanto en ese caso como en el de no haber pedido su anotación».

Cuando hubiere de hacerse la anotación de legados o de derecho hereditario por mandato judicial, acudirá el interesado al Juez o Tribunal competente exponiendo su derecho, presentando los títulos en que se funde y señalando los bienes que pretenda anotar. El Juez o Tribunal, oyendo a los interesados en juicio verbal, dictará providencia, bien denegando la pretensión o bien accediendo a ella.

En este último caso señalará los bienes que hayan de ser anotados y librará el correspondiente mandamiento al Registrador, con inserción literal de lo proveniente para que lo ejecute.

#### 6. SUBSANACIÓN DE DEFECTOS EN EL TÍTULO

Si el título tuviere alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva cuando la solicite el que presentó el título; y en caso de contener alguna falta insubsanable se denegará la inscripción, sin poder hacerse la anotación preventiva. Para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en su consecuencia, la anotación preventiva a que se refiere este artículo, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados.

#### 7. RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

Los interesados podrán reclamar contra el acuerdo de calificación del Registrador, por el cual suspende o deniega el asiento solicitado. Cuando se hubiere denegado la inscripción y el interesado, dentro de los sesenta días siguientes al de la fecha del asiento de presentación, propusiera demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez del título, podrá pedirse anotación preventiva de la demanda, y la que se practique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación. Después de dicho término no surtirá efecto la anotación preventiva de la demanda, sino desde su fecha. En el caso de recurrirse gubernativamente contra la calificación del título, todos los términos expresados en los dos párrafos anteriores quedarán en suspenso desde el día en que se interponga el recurso hasta el de su resolución definitiva.

En el caso de hacerse la anotación por no poderse practicar la inscripción por falta de algún requisito subsanable, podrá exigir el interesado que el Registrador le dé copia de dicha anotación, autorizada con su firma, en la cual conste si hay o no pendientes de registro algunos otros títulos relativos al mismo inmueble y cuáles sean éstos, en su caso. El que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejase de hacerlo dentro de término señalado al efec-

to, no podrá después inscribirlo o anotarlo a su favor en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo.

#### 8. CONVERSIÓN DE LA ANOTACIÓN EN INSCRIPCIÓN

Cuando la anotación preventiva de un derecho se convierta en inscripción definitiva del mismo, surtirá ésta su efecto desde la fecha de la anotación. Las obras o derechos de explotación podrán ser enajenados o gravados, sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación.

#### 9. CONTENIDO DE LAS ANOTACIONES

Las anotaciones preventivas contendrán las circunstancias que se exigen para las inscripciones en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados para exigir las mismas anotaciones.

Las que deban su origen a providencia de embargo o secuestro expresarán la causa que haya dado lugar a ello y el importe de la obligación que los hubiere originado.

Todo mandamiento judicial, disponiendo hacer una anotación preventiva, expresará las circunstancias que deba ésta contener, según lo prevenido en el artículo anterior, si resultasen de los títulos y documentos que se hayan tenido a la vista para dictar la providencia de anotación.

Cuando la anotación deba comprender todas las obras o derechos de una persona, como en los casos de incapacidad y otros análogos, el Registrador anotará todos los que se hallen inscritos a su favor. También podrán anotarse en este caso los bienes no inscritos, siempre que el Juez o el Tribunal lo ordene y se haga previamente su inscripción a favor de la persona gravada por dicha anotación.

Si los títulos o documentos en cuya virtud se pida judicial o extrajudicialmente, la anotación preventiva no contuvieren las circunstancias que ésta necesite para su validez, se consignarán dichas circunstancias por los interesados en el escrito en que, de común acuerdo, soliciten la anotación. No habiendo avenencia, el que solicite la anotación consignará en el escrito en que la pida dichas circunstancias, y, previa audiencia del otro interesado sobre su exactitud, el Juez o Tribunal decidirá lo que proceda.

#### 10. NULIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

La anotación preventiva será nula cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca o derecho anotado, de la persona a quien afecte la anotación o de la fecha de ésta.

Si el heredero quisiere inscribir a su favor los bienes de la herencia o anotar su derecho hereditario dentro del expresado plazo de los ciento ochenta días, y no hubiere para ello impedimento legal, podrá hacerlo, con tal de que renuncien previamente y en escritura pública todos los legatarios a su derecho de anotación, o que en defecto de renuncia expresa se les notifique judicialmente, con treinta días de anticipación, la solicitud del heredero, a fin de que durante dicho término puedan hacer uso de aquel derecho.

Si alguno de los legatarios no fuere persona cierta, el Juez o Tribunal mandará hacer la anotación preventiva de su legado, bien a instancia del mismo heredero o de otro interesado, bien de oficio.

El heredero que solicitare la inscripción a su favor de los bienes de la herencia dentro de los referidos ciento ochenta días, podrá anotar preventivamente, desde luego, dicha solicitud.

Esta anotación no se convertirá en inscripción definitiva hasta que los legatarios hayan obtenido o renunciado la anotación de sus legados o haya transcurrido el plazo de los ciento ochenta días.

#### 11. CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

El Registro de la Propiedad Intelectual dispone de un plazo de seis meses desde la fecha de presentación de la solicitud de inscripción o anotación preventiva, sin tener en cuenta los plazos necesarios para la subsanación, la resolución de conflictos entre solicitudes de inscripción incompatibles y la reanudación del tracto sucesivo.

En la legislación anterior, concretamente el Reglamento de 1993, la solicitud se entendía desestimada por el transcurso del tiempo fijado (tres meses), es decir, el «silencio negativo», mientras que el artículo 24.1 del Reglamento actual se refiere de manera expresa en este supuesto al artículo 42 de la Ley 30/1992, el cual impone al Registro la obligación de resolver acerca de la solicitud de manera expresa, ya sea en sentido positivo o negativo (21).

---

(21) Artículo 24 del Reglamento de 2003: *«En el plazo máximo de seis meses contados desde la fecha en que las solicitudes hayan tenido entrada en el Registro Territorial competente para resolver, el titular del registro las resolverá de forma expresa acordando practicar o denegar la inscripción y notificándolas a los interesados, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».*

Dicho artículo resulta asimismo aplicable en diferentes aspectos atinentes a la inscripción, como los referentes a prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, plazo máximo de notificación (que coincide con el establecido por el actual Reglamento), aspectos formales de publicación del procedimiento, casos de suspensión de la resolución sobre la solicitud de inscripción o anotación preventiva, cumplimiento del plazo de resolución y responsabilidad por parte del personal del Registro en la emisión de dicha resolución.

---

Artículo 42 de la Ley 30/1992: «1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

*En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.*

*Se exceptúan de la obligación, a que se refiere el párrafo primero, los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración.*

2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

- a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha de acuerdo de iniciación.
- b) En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

4. Las Administraciones Públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo. En todo caso, las Administraciones Públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud haya sido recibida por el órgano competente.

5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

- a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley.
- b) Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá

En caso de transcurso del plazo para resolver acerca de la solicitud, sin que tenga lugar tal resolución, el interesado dispone de una doble posibilidad, como consecuencia de la remisión a la Ley 30/1992:

- presentar un recurso contra la falta de resolución expresa, de acuerdo con la obligación impuesta por el artículo 24 del Reglamento de 2003, con remisión al artículo 42 de la Ley 30/1992;
- presentar un recurso contra la denegación por silencio: tal recurso puede encontrarse también incluido en el presentado contra la falta de resolución expresa de manera subsidiaria. De esta manera se evitan los inconvenientes derivados de una diferencia de criterio del órgano que resuelva el recurso acerca del contenido y significado del silencio administrativo en el caso concreto.

La resolución emitida por el Registro debe ser motivada en caso de denegación, cuando sea favorable pero exista oposición de partes interesadas

*de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.*

- c) *Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.*
- d) *Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.*
- e) *Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados.*

6. *Cuando el número de las solicitudes formuladas a las personas afectadas pudiera suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitarse los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.*

*Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.*

*De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento. Contra el acuerdo que resuelva la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno.*

*El personal al servicio de las Administraciones Públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.*

*El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente».*

que hayan comparecido en el procedimiento, y cuando existan dudas sobre la compatibilidad de la concreta solicitud con otras solicitudes o inscripciones (cuyo procedimiento se recoge en el art. 20 del Reglamento de 2003) (22).

Las vías de impugnación vienen expresamente recogidas en el artículo 25 del Reglamento de 2003. El contenido del mismo se desarrolla del siguiente modo:

1. Son recurribles, en vía administrativa, las resoluciones y los actos de trámite con fundamento en la aplicación de normas de procedimiento administrativo, según los artículos 107 y siguientes de la Ley 30/1992 (23).

---

(22) Artículo 20 del Reglamento de 2003: *«Si se advirtiese que han sido presentadas dos o más solicitudes incompatibles referidas a derechos sobre una misma obra, actuación o producción, se comunicará tal circunstancia a los interesados, para que en el plazo de 15 días hábiles manifiesten lo que convenga a su derecho y aporten las pruebas y documentos que estimen oportunos. A la vista de las alegaciones presentadas y de la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles, el registrador resolverá lo que mejor proceda en derecho.*

2. *Cuando la incompatibilidad se advierta entre una inscripción ya practicada y una solicitud de inscripción, ésta será denegada de conformidad con lo establecido en el artículo 27, excepto cuando proceda una rectificación de los asientos, en cuyo caso se estará a lo que disponga la resolución judicial correspondiente».*

(23) Artículo 107. Objeto y clases:

1. *Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley. La oposición a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados, para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.*

2. *Las Leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.*

*En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.*

*La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.*

3. *Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa. Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.*

4. *Las reclamaciones económico-administrativas se ajustarán a los procedimientos establecidos por su legislación específica.*

El recurso se interpone ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 25.2 del Reglamento de 2003).

2. Son recurribles, en vía judicial (ante la jurisdicción civil), sin necesidad de reclamación administrativa previa, los acuerdos que, en parte o en todo, versen sobre la validez o invalidez de los títulos, la capacidad de las partes, la existencia o inexistencia de los derechos inscribibles o sobre cualquier otra cuestión de naturaleza privada (art. 25.3 del Reglamento de 2003).

---

Artículo 108. Recurso extraordinario de revisión:

*Contra los actos firmes en vía administrativa sólo procederá el recurso extraordinario de revisión cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 118.1.*

Artículo 109. Fin de la vía administrativa:

*Ponen fin a la vía administrativa:*

- a) *Las resoluciones de los recursos de alzada.*
- b) *Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2.*
- c) *Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.*
- d) *Las demás resoluciones de órganos administrativos, cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.*
- e) *Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.*

Artículo 110. Interposición de recurso:

1. *La interposición del recurso deberá expresar:*
  - a) *El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo.*
  - b) *El acto que se recurre y la razón de su impugnación.*
  - c) *Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio, y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.*
  - d) *Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige.*
  - e) *Las demás particularidades exigidas en su caso por las disposiciones específicas.*
2. *El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.*
3. *Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado.*

Artículo 111. Suspensión de la ejecución:

1. *La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.*
2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto recurrido, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

De acuerdo con el artículo 25.1 del Reglamento de 2003, se pueden ejercer ante la jurisdicción civil, «*las acciones procedentes de conformidad con lo establecido en el artículo 145.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*». El hecho de mencionar a dichas «acciones civiles», diferen-

- 
- a) *Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*
  - b) *Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.*

3. *La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 42.4, segundo párrafo, de esta Ley.*

4. *Al dictar acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.*

*Cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación y caución o garantía suficiente para responder de ellos en los términos establecidos reglamentariamente.*

*La suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.*

5. *Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia habrá de ser publicada en el periódico oficial en que aquél se insertó.*

#### Artículo 112. Audiencia de los interesados:

1. *Cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes. No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho.*

2. *Si hubiera otros interesados se les dará, en todo caso, traslado del recurso para que en el plazo antes citado, aleguen cuanto estimen procedente.*

3. *El recurso, los informes y las propuestas no tienen el carácter de documentos nuevos a los efectos de este artículo. Tampoco lo tendrán los que los interesados hayan aportado al expediente antes de recaer la resolución impugnada.*

#### Artículo 113. Resolución:

1. *La resolución del recurso estimará, en todo o en parte, o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.*

2. *Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo, se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido salvo lo dispuesto en el artículo 67.*

3. *El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oírán previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial.*

tes de los posibles recursos planteados contra acuerdos del registrador sobre asuntos civiles de fondo, debe referirse a que el ejercicio de tales acciones civiles sobre el derecho puede ser simultáneo a la solicitud judicial de cancelación, modificación o inscripción de los asientos registrales.

Artículo 114. Objeto:

1. *Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 107.1, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó. A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúan con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos.*

2. *El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el competente para resolverlo.*

*Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al competente en el plazo de diez días, con su informe y una copia completa y ordenada del expediente.*

*El titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de lo previsto en el párrafo anterior.*

Artículo 115. Plazos:

1. *El plazo para la interposición del recurso de alzada será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo. Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.*

2. *El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses. Transcurridos este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 43.2, segundo párrafo.*

3. *Contra la resolución de un recurso de alzada, no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión en los casos establecidos en el artículo 118.1.*

Artículo 116. Objeto y naturaleza:

1. *Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo.*

2. *No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.*

Artículo 117. Plazos:

1. *El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.*

2. *El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes.*

3. *Contra la resolución del recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso.*

Por otra parte, en cuanto a los tribunales competentes, hemos de entender que, tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2003, la competencia judicial recae sobre los Juzgados de lo Mercantil (24), salvo cuando la acción civil verse sobre estado civil, incapacitación, liquidación del régimen económico-matrimonial o una sucesión *mortis causa* en que se encuentren envueltos derechos de propiedad intelectual, puesto que su competencia se refiere a cuestiones de fondo sobre temas relacionados con la propiedad intelectual, y no cualquier asunto de materia civil que confluya con un asunto sobre propiedad intelectual al mismo tiempo.

Artículo 118. Objeto y plazos:

1. *Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurran algunas de las causas siguientes:*

- 1.<sup>a</sup> *Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.*
- 2.<sup>a</sup> *Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.*
- 3.<sup>a</sup> *Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.*
- 4.<sup>a</sup> *Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.*

2. *El recurso extraordinario de revisión se interpondrá cuando se trate de la causa primera, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.*

3. *Lo establecido en el presente artículo no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 102 y 105.2 de la presente Ley ni su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan.*

Artículo 119. Resolución:

1. *El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo anterior o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales.*

2. *El órgano al que corresponde conocer del recurso extraordinario de revisión debe pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.*

3. *Transcurrido el plazo de tres meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión sin haberse dictado y notificado la resolución, se entenderá desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.*

(24) Artículo 86 ter 2.º LEC: *Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:*

*Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad intelectual, propiedad industrial y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas».*

En todo caso, si convergen ambos tipos de asuntos (puramente civil y de propiedad intelectual) la competencia debería resolverse a favor de los Juzgados de lo Mercantil, por cuanto los aspectos civiles del caso afectan directamente a la salvaguarda y aplicación de los derechos de propiedad intelectual que pretenden inscribirse en el Registro.

El problema que se plantea en cuanto a la redacción del actual Reglamento de 2003 reside en la falta de especificación del procedimiento judicial que debe seguirse a la hora de interponer la acción civil.

Teniendo en cuenta la legislación procesal civil, la solución debería ser la siguiente:

- juicio ordinario: siempre que la acción no verse exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, tramitándose, en este caso, según el tipo de procedimiento que corresponda en función de la cantidad reclamada (art. 249.1.º4.ª LEC).  
Se tramitarán, por este tipo de procedimiento, las demandas cuya cuantía exceda de 3.000 €, así como aquéllas cuyo interés económico resulte imposible de determinar, ni siquiera de modo relativo (249.1.º 2 LEC: por ejemplo, en caso de denegación de inscripción registral cuando dicha denegación se basa en la insuficiencia del título presentado);
- juicio verbal: cuando la acción se base en una reclamación de cantidad inferior a los indicados 3.000 €.

#### Supuestos de cancelación de las anotaciones preventivas

Los casos en que puede tener lugar la cancelación de la anotación preventiva son los determinados por el artículo 206 RH:

- 1.º Cuando por sentencia firme fuere absuelto el demandado en los casos en que se trate de anotación preventiva de demanda.
- 2.º Cuando en actuaciones de embargo preventivo, juicio ejecutivo, causa criminal o procedimiento de apremio se ordene el alzamiento del embargo, o se enajene o adjudique en pago el derecho anotado.
- 3.º En caso de que se ordene el alzamiento del secuestro o la prohibición de enajenar.
- 4.º Cuando ejecutoriamente fuese desestimada la demanda propuesta, con el fin de obtener providencia sobre incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualquier otra en virtud de la cual se modifique la capacidad civil de las personas en relación con la libre disposición de sus bienes.
- 5.º Siempre que se desestime o deje sin efecto la declaración de concurso o de quiebra.

- 6.º Cuando en alguno de dichos procedimientos civiles el demandante abandone el pleito, se separe del mismo o se llegue a declarar caducada la instancia.
- 7.º Cuando el legatario cobre su legado.
- 8.º Si hubiese transcurrido un año desde la fecha de la adjudicación para pago de deudas o desde que éstas puedan exigirse, y en cualquier tiempo en que se acredite el pago de las deudas garantizadas.
- 9.º Cuando en el supuesto de derechos hereditarios se presente la escritura de participación y no aparecieren adjudicados al heredero las obras o derechos sobre los que se hubiese tomado anotación preventiva del derecho hereditario.
- 10.º Si la anotación se convierte en inscripción definitiva a favor de la misma persona en cuyo provecho se hubiese aquélla constituido, o de su causahabiente, bien de oficio o a instancia de parte.
- 11.º Si la persona a cuyo favor estuviese constituida la anotación renunciase a la misma o al derecho garantizado.
- 12.º Cuando caduque la anotación por declaración expresa de la Ley, en cuyo caso se hará constar, de oficio o a instancia del titular de la obra o del derecho real afectado, por nota marginal.

#### Procedimiento de cancelación (25)

La cancelación se practica mediante la presentación del testimonio de la resolución judicial firme o mandamiento donde se ordene la cancelación, escritura pública o documento en el cual quede acreditado el hecho determinante de la misma o, en su caso, mediante solicitud de los interesados.

En los casos de caducidad bastará con la solicitud del dueño del titular del derecho inscrito, ratificada ante el Registrador, suponemos que mediante escrito y con la firma de dicho titular.

Cuando se trate de cancelación de embargos a favor de la Hacienda Pública será título bastante la escritura en la que conste la extinción de dicha anotación o la certificación de adjudicación emitida en los expedientes resueltos mediante la vía de apremio (26).

La cancelación de la anotación preventiva puede practicarse mediante nota marginal o bien otra anotación en el cuerpo de la inscripción.

---

(25) Artículo 207 RH.

(26) El contenido de dicha certificación viene recogido en el artículo 26 RH.

RESUMEN

PROPIEDAD INTELECTUAL

*La actual regulación legal del Registro de la Propiedad Intelectual, según el nuevo Reglamento creado por el Real Decreto 281/2003, plantea diversas cuestiones de interés en relación con las clases, estructura, contenido y ordenación de los asientos que conforman el Registro, sobre todo en relación con los tipos de asientos y notas marginales, no previstos en la actual regulación, por lo que procede la aplicación analógica de la legislación hipotecaria y mercantil. La principal problemática aparece en relación con el modelo de anotaciones preventivas tomado de la legislación hipotecaria y su encaje para la inscripción de obras de propiedad intelectual. El nuevo Reglamento copia casi literalmente la regulación de dichas anotaciones del artículo 42 de la Ley Hipotecaria española, con algunos matices necesarios. También se presentan cuestiones importantes a la hora de inscribir la obra cinematográfica, dado que se trata de una obra en colaboración, debiendo tener en cuenta la inscripción de sus diferentes modalidades de explotación.*

ABSTRACT

INTELLECTUAL PROPERTY

*The current legal rules of the Intellectual Property Registry as provided by the new Regulation created by the Real Decree 281/2003 raises several interesting questions in relation to the types, structure, content and order of the entries conforming the Registry, especially regarding the types of entries and marginal notes not foreseen in the current regulation, therefore the application by analogy of the mortgage and mercantile legislation becomes appropriate. The principal problem raises regarding the model of restraint orders coming from the mortgage legislation and its application for the inscription of intellectual property works. The new Regulation almost literally copies the regulation of the mentioned restraint orders from the article 42 of the Spanish Mortgage Law, with different necessary shapes. Another important questions also appear when inscribing the cinematographic work, because it is a work created in collaboration, having into account the inscription of its different ways of exploitation.*

*(Trabajo recibido el 20-05-08 y aceptado para su publicación el 20-03-09)*



# La sindicación del préstamo para el desarrollo inmobiliario en el *Corporate Finance*. Su posible optimización (1)

por

HÉCTOR SIMÓN MORENO  
*Universidad Rovira i Virgili*

## SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LOS CRÉDITOS SINDICADOS.
- III. MODALIDADES DE HIPOTECA EN EL DERECHO ESPAÑOL.
- IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA SINDICACIÓN EN EL *CORPORATE FINANCE*:
  1. ¿HIPOTECA ORDINARIA O DE SEGURIDAD?
  2. CONSTITUCIÓN DEL SINDICATO:
    - a) *Sin garantía hipotecaria inicial.*
    - b) *Las garantías personales.*
    - c) *Constitución de la garantía: sindicación inicial.*
    - d) *Sindicación secundaria o sobrevenida:*
      1. *Sindicación secundaria ordinaria.*
      2. *Sindicación secundaria inversa.*

---

(1) Este trabajo es fruto de una estancia de investigación en Eurohypo A. G. Sucursal en España (Madrid) durante el período de un mes dentro de las investigaciones sobre la Eurohipoteca. De igual forma, agradecer todo el apoyo y ayuda a la institución y al señor Pablo Iglesias aunque, naturalmente, todos los errores son propios. Este trabajo se enmarca dentro del grupo de investigación «La propiedad y sus aprovechamientos: las situaciones de comunidad (núm. de referencia HUM2006-14875-C02-02/JUR1), cuyo investigador principal es el doctor Pedro del Pozo Carrascosa.

3. Financiación por los acreedores originales miembros del consorcio.
  - e) *El daño de refinanciación o costes de ruptura.*
- V. LAS CONSECUENCIAS PARA LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS DE LA LEY 41/2007, DEL MERCADO HIPOTECARIO.
- VI. LA EUROHIPOTECA COMO EL INSTRUMENTO MÁS FLEXIBLE PARA LOS PRÉSTAMOS SINDICADOS:
  1. INTRODUCCIÓN.
  2. SU APLICACIÓN A LOS PRÉSTAMOS SINDICADOS.
- VII. CONCLUSIONES.
- VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO

Una empresa matriz con domicilio en Francia tiene previsto en su plan de negocio anual expandirse en territorio español mediante la construcción de un centro comercial, un edificio destinado a oficinas en un lugar estratégico, la adquisición y absorción de una sociedad que cotiza en bolsa y la refinanciación de una deuda pendiente con una entidad bancaria por un préstamo de anterior fecha. En el acta de acuerdos sociales de la compañía se recoge la vía a seguir: crear una empresa *ad hoc* dentro de su holding empresarial situado en España y dirigirse a una entidad bancaria especialista en *investments* para financiar la operación, que incluye, además, atender a necesidades corporativas de diversa índole.

La empresa matriz desea, a su vez, obtener financiación para la promoción y urbanización de distintos solares con fines comerciales en Polonia y Reino Unido. A tales efectos, envía la correspondiente *non binding Summary of Terms and Conditions* a la entidad bancaria (una primera toma de contacto mediante una oferta no vinculante). Esta entidad elabora el denominado *Credit Report*, que negocia con la futura prestataria después de analizar los riesgos que implica llevar a cabo la operación. A continuación, se procede a la redacción de los contratos. La entidad prestamista tiene la voluntad de sindicar el préstamo.

Un *préstamo hipotecario sindicado* o también denominado consorcio de acreedores constituye una técnica habitual en la práctica bancaria, en donde existe un único préstamo que es desembolsado por una pluralidad de bancos que adoptan un régimen de mancomunidad o solidaridad (art. 1.137 y sigs. del Código Civil —CC—), utilizando como garantía el derecho real de hipoteca inmobiliaria cuya regulación resulta de aplicación (por ejemplo, Ley Hipotecaria —LH—).

En torno al préstamo sindicado se suscitan cuestiones jurídicas de diversa naturaleza, a consecuencia de las deficiencias de la normativa actual.

## II. LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LOS CRÉDITOS SINDICADOS

La estructura anterior ilustra, en mayor o menor medida, las modernas necesidades de financiación de una empresa con vocación transnacional en el ámbito de la Unión Europea.

Desde un punto de vista estrictamente nacional, en 1999 el volumen de los préstamos sindicados en España ascendía a 21.763 millones de €, y en el 2004 la cifra ascendió a 41.247 millones de €, lo que supone un aumento de casi el doble de su volumen (2). Por otra parte, y desde un punto de vista europeo, los préstamos hipotecarios representaban 5,7 billones de euros en la Unión Europea en 2006 (3), pero sin embargo el préstamo transfronterizo no superaba el 1 por 100 del total del negocio hipotecario (4). Desde la perspectiva de las partes implicadas, la voluntad de constituir un consorcio de acreedores tiene principalmente su origen en lo elevado de su cuantía, que impide que una sola entidad asuma íntegramente el riesgo de la operación (5).

---

(2) Ver TEJEDOR BARTOLOMÉ, Cristina, «Los préstamos sindicados como alternativa a la financiación tradicional», en *Estrategia financiera*, núm. 218, 2005, pág. 34 y sigs.

(3) De acuerdo con el Informe Anual de la Federación Hipotecaria Europea de 2006: «Looking back over the course of 2006, European mortgage markets continued their strong performance of previous years. According to EMF estimates, the volume of residential mortgage loans outstanding in the EU 27 grew by between 11 por 100 and 12 por 100 in 2006, amounting to approx. € 5.7 trillion by the end of the year», ver el apartado *Forward*. El documento puede consultarse en [www.hypo.org](http://www.hypo.org). Es necesario recordar que el término inglés *trillion* no tiene el mismo significado en los Estados Unidos de América que en Europa. Así, mientras que el término *million* expresa la misma cantidad ( $1 \times 10^6$ ), en caso de hablar de billones existe una diferencia importante. En Europa *billion* corresponde a un millón de millones ( $1 \times 10^{12}$ ), es decir, un billón; mientras que el significado de *billion* en los Estados Unidos de América es de mil millones ( $1 \times 10^9$ ). Para expresar la cantidad europea equivalente a *billion* ( $1 \times 10^{12}$ ), los estadounidenses utilizan la denominación *trillion*. La nomenclatura empleada por la Comisión Europea es la estadounidense *trillion*.

(4) Así lo ponía de manifiesto el Libro Verde sobre el crédito hipotecario en la UE: «The level of direct cross-border sales is low, less than 1 por 100 of overall residential mortgage credit activity», pág. 6.

(5) También puede tener su causa en los plazos de duración del crédito, gracias a la posibilidad de acudir a la técnica del *roll-over* o de renovación de plazos (mediante el cual se revisan las condiciones del crédito en períodos sucesivos hasta su finalización, por ejemplo, el interés). Ver en este sentido la reflexión de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, «Los préstamos y créditos sindicados con interés variable», en BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar (Coord.), *Contratos Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 864 y sigs.; ver también MUÑOZ VILLALÓN, Jesús Víctor, *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1993, págs. 177

A pesar de que el crédito sindicado en el mercado hipotecario español haya aumentado, su estructura sigue planteando diversos problemas jurídicos. Además, las estadísticas reflejan a un nivel europeo la necesidad de una armonización en materia de derechos reales de garantía. La consecución de un *mercado común de capitales* exige como *conditio sine qua non* la de facilitar a las entidades bancarias de los distintos Estados miembros la concesión de préstamos hipotecarios transfronterizos con la mayor seguridad jurídica posible (6), sin tener que llevar a cabo una labor de investigación que conlleva unos costes elevadísimos de personal y tiempo —*workflow*—, que tienen su fiel reflejo en las omnipresentes, externas y costosas *legal opinions* (7) para analizar la viabilidad de la operación (poderes de las partes; legalidad de la constitución como sociedad de la prestataria; validez de las garantías; viabilidad de los *covenants* —como el *loan to value*—; la solvencia de la prestataria; su capacidad para ser parte, etc.).

El presente artículo pretende dar una visión eminentemente teórica de la estructura de un préstamo sindicado sin perder de vista la vertiente práctica del clausulado de los contratos, así como poner de manifiesto los problemas que presenta la sindicación en el *corporate finance* en el Derecho Hipotecario español actual, que ha sido recientemente modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (8). En último lugar, se propondrá como una opción viable para este tipo de préstamos una herramienta útil, flexible y paneuropea: la Eurohipoteca.

---

y 178; y AURIOLES MARTÍN, Adolfo J., *Créditos sindicados con interés variable*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, pág. 19.

(6) Esta preocupación ha sido puesta de manifiesto recientemente por la Comisión Europea en el Libro Verde sobre el crédito hipotecario en la UE, siendo consciente la Comisión de la necesidad de armonizar el Mercado Hipotecario Europeo para impulsar el Mercado interior de capitales: «Consideration of intervention in the EU mortgage credit markets is a key aspect of the Commission's commitment to meeting the "Lisbon" objectives aimed at enhancing EU competitiveness. It forms a very important element of the Commission's policy for the integration of financial services in general and retail financial services in particular. A more efficient and competitive mortgage credit market that could result through greater integration could contribute to the growth of the EU economy. It has the potential to facilitate labour mobility and to enable EU consumers to maximise their ability to tap into their housing assets, where appropriate, to facilitate future long-term security in the face of an increasing ageing population».

(7) Las *Legal Opinions* son informes externos elaborados por profesionales que colaboran habitualmente con las entidades bancarias y proporcionan un análisis detallado de la operación, ayudando a la entidad a adoptar una decisión respecto a la concesión final del préstamo.

(8) BOE de 8 de diciembre de 2007, núm. 294, pág. 50593.

### III. MODALIDADES DE HIPOTECA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La Ley Hipotecaria de 1946 contempla en su seno, explícita o implícitamente, dos modalidades de hipoteca diferenciadas:

1. La hipoteca *ordinaria* o de *tráfico*, que garantiza una obligación existente —préstamo— y que se desembolsa totalmente *ab initio* (no futura ni sujeta a condición —arts. 142 y 143 LH—), cuya cuantía está perfectamente determinada en el Registro de la Propiedad (junto con los intereses, plazos, causa...), así como las partes. En estos casos, la fe pública se extiende no sólo al derecho real (hipoteca) sino también al híbrido «crédito hipotecario» (9).
2. Las denominadas *hipotecas de seguridad*, donde la obligación garantizada no está plenamente especificada en el Registro de la Propiedad y la fe pública registral no se extiende a ella (art. 38 LH) (10). Además, las partes pueden no estar delimitadas (por ejemplo, en el caso de hipoteca sobre títulos al portador, art. 154 LH).

Como subtipo más representativo dentro de esta modalidad encontramos la hipoteca de máximo (arts. 142 y 143 LH) (11) y, dentro de ésta, la hipoteca

---

(9) Ver, al respecto, ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE, Luis, *Derecho Hipotecario*, 8.<sup>a</sup> ed., Tomo VII, Barcelona, Bosch, 1995-1999: «La hipoteca de tráfico es la hipoteca ordinaria, normal o corriente y es la regulada como tipo básico en nuestra legislación hipotecaria. En la hipoteca de tráfico u ordinaria el crédito garantizado consta en el Registro de la Propiedad *con todas sus particularidades*, quedando unido registralmente con la hipoteca, de forma que ante terceros la fe pública registral *se extiende al crédito*, así como la legitimación por el Registro cubre el mismo», pág. 287 y sigs.

(10) Ver ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>, y ROCA SASTRE, L., *ob. cit.*, «La hipoteca seguridad como rúbrica general de un grupo diferenciado de hipotecas que abarca una multiplicidad de figuras de hipoteca admitidas francamente por nuestra legislación hipotecaria, es desconocida formalmente, o sea, con dicho nombre, en España, pero como la hipoteca de seguridad responde a las exigencias de la naturaleza de las cosas, en el orden jurídico hipotecario, es evidente que ella existe en el ordenamiento positivo hipotecario español, aunque su denominación se halle oficialmente silenciada», pág. 289.

(11) Esta modalidad de hipoteca no ha tenido hasta la Ley 41/2007 una regulación específica en la legislación hipotecaria, si bien se encuadra dentro del régimen que los artículos 142 y 143 LH y concordantes de su Reglamento (art. 238) dispensan para la hipoteca en seguridad de obligaciones futuras. Sus principales características, desde un punto de vista jurisprudencial, son las siguientes (ver STS de 27 de mayo de 2002 [RJ 2002/4484]): 1. Fijación de un tope máximo de responsabilidad hipotecaria; 2. Fijación del crédito en sus líneas fundamentales (relación obligacional básica), para que no sea considerada como una hipoteca flotante, ver RDGRN de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9722]; 3. Indeterminación de la cuantía de los créditos asegurados; y 4. Fijación del crédito mediante mecanismos ajenos al Registro (puede acudir, si así lo desean las partes, a los mecanismos previstos en el art. 153 LH, vid. *infra*).

en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH) (12). La LH ha sido recientemente modificada por la Ley 41/2007 (13). En ambas, además de la indeterminación de la obligación garantizada, existe una importante ventaja respecto a la hipoteca ordinaria: la posibilidad del deudor de disponer, dentro del máximo establecido, de la cuantía que necesite de acuerdo a sus intereses y de reembolsar y volver a disponer de las cantidades dispuestas (siempre y cuando no exista un calendario de amortización pactado en el contrato, en cuyo caso el prestatario no tendrá la posibilidad de volver a disponer).

La doctrina entiende que la hipoteca de máximo tiene su ámbito de aplicación natural en los contratos de largo tracto o tracto sucesivo (por ejemplo, de suministro). Además, también puede garantizar obligaciones que son habituales en las relaciones entre banco y cliente (letras de cambio, descuentos, avales, disposiciones de crédito...) (14).

(12) Ha sido la única modalidad de hipoteca de máximo hasta la Ley 41/2007, regulada de forma específica en el Ordenamiento Jurídico español, en consonancia con los artículos 153 LH y 245 RH. Esta hipoteca guarda fuertes similitudes con la hipoteca de máximo con la que comparte algunos requisitos, pero tiene unas particularidades especiales gracias a su previsión legal. De acuerdo con la jurisprudencia, sus principales características son las siguientes (ver RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991 [RJ 1991/7491], 11 de enero de 1995 [RJ 1995/185] y 27 de julio de 1999 [RJ 1999/6083]): 1. Ha de precisarse la cuantía máxima junto con el plazo de duración del contrato; 2. Cuenta corriente al servicio de la relación obligacional básica; 3. Relación obligacional básica; 4. Disponibilidad del crédito, que puede ser susceptible de pacto entre las partes; 5. Novación de los créditos asegurados, pues una vez expirado el plazo pactado de duración de la garantía hipotecaria las obligaciones o créditos dispuestos por el deudor hipotecario sufren una «novación» en una obligación autónoma; y 6. Modo de contabilidad de las operaciones. Se exige la llevanza de dos libretas que reflejen estas disposiciones. En este sentido se pronuncia el artículo 153 LH: «los interesados llevarán una libreta de ejemplares duplicados: uno en poder del que adquiere la hipoteca y otro en el del que la otorga»; aunque permite adoptar otro sistema según la voluntad las partes: «podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede acreditarse mediante una certificación de la entidad acreedora». La importancia de la determinación del saldo a través de uno de estos dos supuestos radica en el acceso al juicio ejecutivo previsto en la LEC (art. 573.1.1.º).

(13) Vid. *infra*.

(14) «Son hipotecas que suelen asegurar obligaciones de tracto sucesivo, o de carácter continuado como las emanadas de pagar periódicamente el precio de un arrendamiento (Resolución de 28 de febrero de 1928), o relaciones credituales reiteradas entre las partes, como las derivadas de operaciones bancarias representadas por letras de cambio libradas, aceptadas, endosadas o avaladas por el hipotecante, o cualquier otra obligación que pueda surgir en el futuro de aquellas relaciones o de otras de otro tipo como cláusulas comerciales, de negocio, siempre que estén determinadas sus líneas fundamentales», ver FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena Bellod, *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 17; en el mismo sentido, ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup>, y ROCA SASTRE, L., *ob. cit.*, vol. VIII, págs. 322 y 323. En la jurisprudencia también encontramos ejemplos, como en la STS de 27 de mayo de 2002 [RJ 2002/4484]: «Primera.—Obligaciones garantizadas: La hipoteca que se constituye por la presente escritura garantiza el pago de todas las cantidades que al final del plazo que se dirá resulten a favor del “Banco A”, tanto por principal, intereses, comisiones o gastos,

#### IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA SINDICACIÓN EN EL *CORPORATE FINANCE*

Explicaremos una situación estándar de una operación sindicada.

##### 1. ¿HIPOTECA ORDINARIA O DE SEGURIDAD?

Aunque pueda resultar paradójico, la hipoteca de máximo en general y específicamente la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito tienen poca presencia en las operaciones comerciales sindicadas de gran envergadura. Las razones pueden responder a diversas causas: los costes de administración y llevanza del préstamo son menores; la posibilidad de impugnación del saldo pendiente de amortización en sede de ejecución es más limitada; y se fuerza al prestatario a determinar con mayor exactitud las cuantías que va a necesitar para ejecutar con éxito la operación.

No obstante, desde un punto de vista teórico y atendiendo a la flexibilidad de ambas hipotecas, es precisamente en este ámbito donde la hipoteca de seguridad debería demostrar su supremacía respecto a la hipoteca de tráfico, que ha estado indisolublemente asociada a la financiación de viviendas destinadas a particulares (con la salvedad de la denominada hipoteca *revolving*, que era la hipoteca más flexible antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2007) (15).

Sin embargo, la realidad de la práctica bancaria supera con creces la dicotomía doctrinal entre hipoteca ordinaria y de seguridad.

Veamos, como ejemplo, las cláusulas de un *contrato de préstamo al promotor con garantía hipotecaria destinado a la financiación corporativa*, en particular, a la adquisición, construcción y mantenimiento de un centro co-

---

por razón de operaciones que se realicen en el futuro por dicha entidad a favor de “Inmobiliaria B” y que con carácter enunciativo y sin limitaciones se relacionan: *saldos de deudores en cuentas corrientes, de crédito, pólizas de préstamo o crédito, descuentos comerciales, descuentos financieros, cantidades derivadas del uso de Tarjetas de Crédito o Cajeros Automáticos, y cantidades prestadas por avales, fianzas, y además en documentos de crédito y giro, incluso recibos que “Banco X” descuenta o negocie en lo sucesivo y en los que “Inmobiliaria X” aparezca conjunta, indistinta o solidariamente, bien como librador, endosante, aceptante o avalista...».*

(15) En la cual en la misma medida que el deudor va amortizando el crédito, va aumentando el saldo del crédito del que puede disponer. Recibe el calificativo de crédito abierto en cuenta corriente, y se diferencia con el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente (art. 153 LH) en que cada una de las disposiciones que se efectúan tiene unas características propias en cuanto a destino, tipo de interés —que se computan sobre cada una de las disposiciones de forma individual—, plazo de amortización y cuota. Además, existe una unidad en el origen de las disposiciones, con lo que sólo puede disponer dinero (se excluyen otras operaciones como descuento de letras, avales..., posibles en la apertura de crédito). Un ejemplo de esta hipoteca lo encontramos en la RDGRN de 6 de noviembre de 1999 [RJ 1999/7781].

mercial, que normalmente suele dividirse en tramos, es decir, el prestatario podrá disponer del crédito en función del avance de la construcción. Los tramos son los siguientes:

- a) El primero se destina a la adquisición del solar, aunque puede tener una sustantividad propia.
- b) El segundo a la actividad urbanizadora y constructora; y
- c) El tercero tiene como finalidad sufragar las necesidades del complejo una vez construido, es decir, financiar las necesidades de la empresa cuando el centro comercial se encuentra en disposición de abrir sus puertas al público y de ofrecer los correspondientes contratos de arrendamiento a futuros inquilinos, cuyas rentas se cederán a la entidad prestamista en garantía del préstamo hipotecario y que son, a la postre, las que marcarán el valor real del complejo.

En todos los casos el prestatario deberá aportar en el momento de empezar la construcción, es decir, en el segundo tramo o fase posterior a la adquisición del solar:

- a) Escritura de obra nueva en construcción debidamente presentada en el Registro de la Propiedad (art. 208 LH).
- b) Certificado de la compañía de seguros que acredite la contratación de un seguro a todo riesgo a la construcción con cesión de los derechos que se deriven del mismo a favor del prestamista.

Además, en el caso de necesidad de obtener nueva financiación, deberá acreditar frente a una entidad elegida expresamente por el prestamista —denominada *cost controller* y cuyo coste corre a cargo del prestatario— los siguientes extremos:

- a) El porcentaje de la obra de urbanización y promoción ejecutada que se trate.
- b) La inversión total realizada destinada a la obra de urbanización y promoción de la finca, justificada por las correspondientes facturas emitidas.
- c) Que los datos anteriores se corresponden con el presupuesto debidamente rellenado por el prestatario y aceptado por el prestamista con indicación, en su caso, de la diferencia.

La inclusión de estas cláusulas no es baladí. Si extrapolamos esta estructura al resto de operaciones destinadas a la financiación corporativa, se puede apreciar que el prestatario se encuentra extraordinariamente limitado a la hora de disponer del préstamo. Aunque a simple vista las cláusulas pueden parecer escasas, otorgan no obstante al prestamista la suficiente protección y seguri-

dad si las ponemos en colación con la cuantía máxima que en cada tramo va a poder disponer el prestatario. Así, normalmente el prestatario podrá disponer de la menor de las siguientes cantidades:

- (i) la cantidad que resulte de multiplicar el porcentaje de obra ejecutada por la cuantía total del préstamo;
- (ii) el 100 por 100 de la inversión total realizada destinada a la construcción del inmueble.

La finalidad es que el prestamista se asegura de que no va a prestar o financiar hasta el 100 por 100 sin que la obra se haya terminado o alcanzado un determinado porcentaje.

En el apartado anterior hemos destacado que una de las características que otorgan a la hipoteca de máximo (y, dentro de ésta, a la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito) el calificativo de «flexible», es la posibilidad del deudor de disponer de la cuantía del crédito de acuerdo a sus necesidades y, además, de reembolsar y volver a disponer de esas cantidades. Sin embargo, como hemos visto, el prestatario no tiene plena libertad de actuación, sino que se encuentra a expensas de las condiciones pactadas en el contrato de préstamo. De esta manera, su facultad de disposición puede verse limitada a una determinada cuantía y, además, es usual pactar la imposibilidad de reutilización de las cantidades que ya han sido objeto de amortización por parte del prestatario.

En base a estas cláusulas de disposición, la doctrina se ha posicionado afirmando que el contrato de préstamo sindicado se integra en la hipoteca en garantía de obligaciones futuras y no en la hipoteca ordinaria o de tráfico (16). Otros autores defienden la constitución de una hipoteca de máximo en su modalidad de apertura de crédito en cuenta corriente (art. 153 LH) (17).

No obstante, se suscitan serias dudas a la hora de armonizar las cláusulas de disposición transcritas de un préstamo sindicado destinado a la financiación corporativa con una modalidad concreta de hipoteca (ordinaria o de seguridad). Las diferencias son las siguientes:

---

(16) MURO VILLALÓN, J. V., «Jornadas sobre tipos especiales...», *ob. cit.*, págs. 183 a 186.

(17) DE GISPert PASTOR, María Teresa, *Los créditos sindicados. Su integración en el sistema jurídico español*, Bosch Editor, Barcelona, 1986: «Ello no obstante, y aunque la fórmula preferida en esta clase de contratos sea la fianza, en algunos de ellos es posible encontrar esta clase de garantía real, que reviste necesariamente la modalidad de hipoteca de máximo, por cuanto se constituye por una cantidad máxima para asegurar un crédito indeterminado en su existencia y cuantía, que sólo aparece indicado en la escritura en sus líneas fundamentales y cuya determinación debe efectuarse por medios extrarregistrales», pág. 10, accesible electrónicamente en <http://www.vlex.com/vid/285182>.

- a) En cuanto a la hipoteca ordinaria, la estructura del préstamo sindicado descrito se asemeja más a un contrato de apertura de crédito (que exigiría otra clase de hipoteca, por ejemplo, una de máximo), que a un contrato de préstamo mercantil (18). En la hipoteca ordinaria el préstamo se desembolsa de una sola vez y el deudor debería tener la posibilidad de disponer de todo el montante sin estar sujeto a condiciones o plazos.
- b) En cuanto a la hipoteca de máximo o en garantía de cuentas corrientes de crédito, las facultades de disposición, de reembolso y de reutilización de las cantidades garantizadas, esenciales en esta clase de hipotecas, no son totales por parte del prestatario (por ejemplo, no puede reembolsar y volver a disponer de las cantidades dispuestas).

Así las cosas, nos encontramos que la autonomía de la voluntad contractual (art. 1.255 CC) ha creado una *nueva estructura de préstamo inmobiliario* que no se acoge estrictamente a los cánones que marcan la Ley Hipotecaria y el Código de Comercio, un dato que refleja que la actual legislación no ofrece una estructura idónea para el *corporate finance*.

## 2. CONSTITUCIÓN DEL SINDICATO

A continuación revisaremos las fases y la problemática por la que pasa una sindicación de préstamo para el desarrollo inmobiliario. A partir del apartado c) presupondremos que el acreedor está interesado en garantizar con hipoteca, aunque en ocasiones ésta no llegue a constituirse y se mantienen los avales de la primera fase —a) y b)—.

---

(18) La diferencia entre ambos puede observarse en la SAP de Granada (Sección 3.ª) de 7 de octubre de 2003 [AC 2003/2371]: «la diferencia conceptual y funcional de sendos contratos, que el propio Legislador apunta como distintas, una y otra operación, en el artículo 175-7.ª del Código de Comercio (LEG 1885, 21), supone que en el primero, el contrato de préstamo, su objeto lo constituye el dinero que se entrega, mientras que el segundo lo constituye el crédito en sí, además el momento de la perfección, tiene lugar en el primero por la entrega del dinero o capital prestado, mientras que en el segundo acaece con el solo acuerdo de voluntades entre las partes, acreditante y acreditado; de ahí que aparezca como obligación más característica del primero, la que asume el prestatario de devolver la cantidad prestada, mientras que en el segundo contrato que estudiamos, lo es la que asume el acreditante de poner a disposición del acreditado las sumas de dinero a medida que se dan sus requerimientos; consecuentemente con esto, del contrato de préstamo deriva a cargo del prestatario una obligación de devolución del dinero líquido *per se*, mientras que en contrato de apertura de crédito es necesario que el acreditado reciba alguna cantidad del acreditante, para que la obligación aparezca». En el mismo sentido, de considerar el contrato de préstamo sindicado como de apertura de crédito se sitúa DE GISPERT PASTOR, M. T.ª, «Los créditos sindicados...», *ob. cit.*, pág. 3. Documento accesible en <http://vlex.com/vid/285178>.

a) *Sin garantía hipotecaria inicial*

En un primer momento, el prestamista (o banco agente) y el prestatario formalizan un contrato de préstamo en documento privado, pero siempre en un momento anterior a la constitución de la garantía hipotecaria. En este contrato el prestatario consiente expresamente una futura cesión parcial del préstamo por parte del banco agente y, por lo tanto, la constitución de un consorcio de acreedores (en ocasiones, se fija de antemano su proporción final en el préstamo —*final hold*—). Esta cláusula de sindicación está presente en la mayoría de inversiones de naturaleza corporativa, debido a la voluntad de la entidad prestamista de compartir el riesgo de la operación con otras entidades (19). A partir de este momento, el banco agente entabla contactos con otras entidades que quieran unirse al consorcio (entregando el *memorandum*). Este banco también puede adoptar en el contrato la denominación de *security agent*, de tal forma que garantiza la concesión del préstamo aunque no logre incluir nuevos acreedores sindicados en la operación (20).

La primera cuestión que puede sorprender es por qué no se constituye la garantía hipotecaria desde un inicio y antes de syndicar, puesto que sería más seguro para el acreedor. La principal causa de esta situación no la encontramos en la legislación hipotecaria sino sorprendentemente en la legislación de carácter fiscal. Efectivamente, los documentos notariales están sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (AJD) (21). De acuerdo con el artículo 30 del Real Decreto Legislativo 1/1993 (22), el tipo impositivo de estas operaciones se sitúa en el 1 por 100

---

(19) Además, una cláusula habitual en este tipo de contratos es la obligación por parte del prestatario de constituir la hipoteca a primer requerimiento del prestamista, es decir, una vez el banco agente ha encontrado nuevas entidades que deseen incorporarse en el consorcio. Como veremos con posterioridad, la cesión del crédito a los nuevos prestamistas y la constitución de la garantía hipotecaria se realiza en unidad de acto.

(20) En el contrato de préstamo suele pactarse un lapso temporal concreto en donde el prestamista puede buscar a nuevos acreedores sindicados. Una vez expirado el plazo pactado, se procede a la constitución de la hipoteca independientemente de la existencia o no de nuevos acreedores, gracias a la cualidad de *Security Agent*. Piénsese, además, que el prestamista no puede estar sin garantía hipotecaria durante mucho tiempo por el riesgo que asume y la imposibilidad de acudir a mecanismos de refinanciación (por ejemplo, titulización hipotecaria).

(21) Cuya regulación se contiene en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE 20-10-93). No obstante, el artículo 45.I.C.23.º del Real Decreto 1/1993 sí prevé una exención para los casos previstos en la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (art. 9).

(22) «1. En las primeras copias de escrituras públicas que tengan por objeto directo cantidad o cosa valuable servirá de base el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa. La base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. Si no constare

de la responsabilidad hipotecaria sin perjuicio de la competencia autonómica en la materia (23).

Atendiendo a la información publicada en prensa, las operaciones de préstamos hipotecarios pueden ascender a una cuantía considerable, más de 6.000 millones de € (24). Este tipo impositivo (AJD), aplicado a las hipotecas que tienen por objeto la adquisición de vivienda, se sitúa alrededor de 1.402 €, tomando como base el importe medio de la hipoteca vivienda durante 2006, que ascendió a 140.275 € (25). Si aplicamos este gravamen a la primera operación, y sin necesidad de operar cálculo alguno, se intuye con claridad que la aplicación a la constitución de esta hipoteca de un 1 por 100 de AJD es un coste muy importante para el prestatario, que es quien asume en última instancia este coste, y más gravoso que la constitución de otras garantías que no sean garantías hipotecarias. Además, hay que tener en cuenta que si se desea posteriormente ceder proporcionalmente el préstamo hipotecario a los nuevos acreedores sindicados o entidades participantes en escritura pública, ello provocaría de nuevo la aplicación de este gravamen, en perjuicio ya no del deudor sino del nuevo acreedor hipotecario.

El AJD se convierte en el principal gasto al que se enfrentan las entidades bancarias a la hora de syndicar sus préstamos hipotecarios. La hipoteca, en el derecho español, es un verdadero lujo y el tipo impositivo provoca en no

---

expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará como base el capital y tres años de intereses».

(23) De acuerdo con el artículo 11.1.b) la cuota tributaria es el 1 por 100, si se trata de la constitución de derechos reales de garantía, pensiones, fianzas o préstamos, incluso los representados por obligaciones, así como la cesión de créditos de cualquier naturaleza. No obstante, este impuesto está transferido a las Comunidades Autónomas, pero en la mayoría de casos, a excepción del País Vasco y Canarias [en este último es un 0,75 por 100, ver el art. 60 de la Ley 5/2004, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2005 (BOCA de 31 de diciembre)], se sigue la regla general del Real Decreto 1/1993 de gravar con un 1 por 100 esta operación, aunque con reducciones en casos especiales en algunos casos —por ejemplo, familia numerosa o personas con discapacidad—. Ver, por ejemplo, la regulación de Andalucía [art. 13 de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras (BOJA de 24 de diciembre)]; Aragón [art. 122.1 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos (BOA de 28 de octubre)]; Asturias [art. 15 de la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales (BOPA de 31 de diciembre)]; Cantabria [art. 5 de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales en materia de tributos cedidos por el Estado (BOC de 31 de diciembre)]; Cataluña [art. 7 de la Ley 21/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (DOGC de 31 de diciembre)]; o Madrid [art. 4.2 de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOCM de 29 de diciembre y BOE de 14 de mayo)].

(24) Fuente: Diario Expansión, viernes 14 de diciembre de 2007, pág. 3.

(25) Fuente: Asociación Hipotecaria Española: resumen anual de cifras del mercado hipotecario en el año 2006.

pocas ocasiones la búsqueda de otras garantías típicas para no hacer frente a su elevado coste fiscal.

b) *Garantías personales*

Las consecuencias jurídicas que conlleva la falta de garantía hipotecaria *ab initio* es que el prestamista debe emplear otras fórmulas para garantizar durante este primer período la devolución del préstamo (esto supondrá a la entidad destinar una mayor provisión de fondos). En este sentido, es habitual constituir una *fianza solidaria* y a *primer requerimiento* (26) con renuncia expresa a los beneficios de orden, división y excusión. En los casos de SPV —*Special Purpose Vehicles*, sociedades patrimoniales— que forman parte de *holdings* empresariales, y cuyo patrimonio es casi inexistente (recordemos que estas empresas suelen crearse *ad hoc* para un proyecto en concreto), es imprescindible indagar quién mantiene el control de esa sociedad (por ejemplo, el accionista mayoritario más relevante) (27). Esta entidad será quien preste finalmente esta modalidad de fianza.

Además del aval a primer requerimiento, otras garantías también pueden acompañar al préstamo en esa primera fase. De esta manera, es usual la pignoración de cuentas operativas de la entidad prestataria —a donde van a parar los ingresos que reciba la prestataria por cualquier concepto—; de acciones y participaciones —dependiendo de la naturaleza de las sociedades—; de los derechos de crédito derivados de contratos de arrendamiento que ostenta la prestataria frente a terceros; los derechos de crédito por la devolución del IVA que la prestataria pueda tener en el futuro frente a la Hacienda Pública —el montante del préstamo destinado al IVA es independiente y autónomo del préstamo

---

(26) Similar a la fianza, en donde el garante (no deudor), se obliga a pagar a primer requerimiento del beneficiario (acreedor) la cantidad pactada en la garantía, que es una cantidad máxima y tiene un periodo de vigencia determinado. El garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma (ver SSTs de 5 de julio de 2002 [RJ 2002/8225], 12 de julio de 2001 [RJ 2001/5159], 5 de julio de 2000 [RJ 2000/6010] y 27 de octubre de 1992 [RJ 1992/8584], entre muchas otras.

(27) En los casos en donde el prestatario es una empresa controlada por otra sociedad matriz, se formalizan los denominados contratos de compromiso de socio. Estos contratos de compromiso tienen por objetivo que la empresa principal o matriz gestione adecuadamente la empresa de nueva creación (por ejemplo, en sus derechos de voto y toma de decisiones), que es realmente quien recibe el préstamo para las finalidades que se detallan en el contrato de crédito. Además, en el contrato de préstamo es habitual encontrar una cláusula de vencimiento anticipado que opera cuando la entidad principal no consigue tener una participación accionarial suficiente (más de un 50 por 100 del capital social) de la sociedad dependiente (*subsidiaries*). Siempre se intenta buscar «quien hay detrás» del prestatario para tener un mayor control de la operación sindicada y poder analizar los riesgos en mejores condiciones.

destinado a la financiación—; o la cesión de rentas derivados de contratos de arrendamiento.

c) *Constitución de la garantía: sindicación inicial*

Una vez el banco agente ha contactado con los futuros acreedores sindicados se procede a la cesión del préstamo y constitución, en su caso, de hipoteca en unidad de acto y en la misma escritura pública (28). La primera cuestión consiste en determinar bajo qué régimen jurídico se regulan las relaciones entre los acreedores sindicados. La disyuntiva se centra en determinar si se constituye la hipoteca únicamente en favor del banco agente, que la conserva en beneficio del resto de acreedores; o si por el contrario está determinada la cuota de cada uno de los acreedores y bajo qué tipo de comunidad (y, en su caso, en el Registro de la Propiedad).

En la mayoría de los casos cada entidad participante está presente como tal en el Registro en este momento inicial de constitución de la garantía con indicación de su respectiva proporción, pues es natural que todos quieran estar para poder ejecutar en su momento (así, el art. 688 LEC exige certificación de dominio y cargas de los extremos previstos en el art. 656, entre los que se encuentra el dominio y los derechos reales existentes sobre éste). Cuestión distinta será cuando se desee incorporar a un nuevo acreedor (29). Las relaciones entre los acreedores sindicados se instrumentan a través del denominado *pacto de consorcio* o *intercreditor agreement*. Su finalidad es regular el ejercicio de los derechos de cada una de las entidades participantes, sus relaciones internas y la disposición de los derechos de reembolso que cada una ostenta como parte integrante del consorcio.

De un pacto de consorcio estándar se desprende que los acreedores sindicados optan por una situación de mancomunidad (art. 1.138 CC): «Por virtud de la Escritura de Cesión, y de conformidad con los artículos 1.212 y 1.528 del Código Civil, las Entidades Participantes pasan *ex lege* a ser acreedoras mancomunadas y beneficiarias de las garantías otorgadas hasta la fecha por el prestatario al agente, en idénticas participaciones a las que ostentan en el préstamo. Cualquier garantía adicional que sea constituida en el futuro en garantía de las obligaciones del Prestatario se asignará a las Entidades Prestamistas en la misma proporción que el principal del préstamo» (30).

---

(28) Como hemos dicho, no siempre se cree adecuado constituir hipoteca, sino que pueden mantenerse como garantías los avales iniciales.

(29) Vid. *infra*.

(30) Esta cláusula coincide sustancialmente con el modelo de contrato de financiación que adjunta como anexo FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Los préstamos...», *ob. cit.*, pág. 891.

De esta manera, el derecho de cada una de las entidades prestamistas consta en el Registro de la Propiedad y gozan, en proporción a sus respectivas participaciones, de tratamiento *pari passu* en relación con la percepción alícuota de los pagos de cualquier tipo que efectúe el prestatario. Además, la mancomunidad no sólo se limita a este aspecto, ya que las entidades prestamistas y el banco agente asumen de forma general los derechos y obligaciones dimanantes del préstamo con carácter mancomunado, con limitación a la participación que asumen y con total independencia de la participación de los demás.

Así, podría pensarse que cualquier acreedor podría ejercitar la acción hipotecaria por la parte de su crédito con carácter autónomo, pero el pacto de consorcio también regula este extremo: el banco agente actuará en nombre propio por lo que respecta a su condición de entidad prestamista y la participación que ostenta en el préstamo; pero en nombre y representación de las demás entidades prestamistas como mandatario irrevocable de las mismas por su participación (31).

En consecuencia, la solidaridad se encuentra excluida de la sindicación en el *corporate finance* en beneficio de la *mancomunidad*, si bien el poder de decisión de las entidades prestamistas es limitado: la figura del *agent* aglutina casi todas las funciones (32), aunque no puede afirmarse de forma categórica (33).

---

(31) Ello no implica, empero, que el resto de entidades prestamistas estén desprovistas de la posibilidad de adoptar acuerdos. Al contrario, si reúnen un determinado porcentaje (que suele ser del 66 por 100) es posible acordar pactos aun con el expreso disenso del Banco Agente. No obstante, se exige unanimidad en determinados acuerdos, como, por ejemplo, en la variación de los plazos de amortización, intereses, margen o comisiones del contrato de financiación.

(32) Ver, en el mismo sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Los préstamos...», *ob. cit.*, págs. 876 y 877.

(33) Prueba de ello es la STS de 20 de enero de 2004 [RJ 2004/204], en donde «la cuestión litigiosa, referida a las consecuencias jurídicas de un crédito sindicado, esto es, coparticipado por varias entidades financieras, formalizado mediante la concesión de un préstamo, con garantía hipotecaria» [...] «vemos que en el mismo y al margen del derecho real de hipoteca constituido por medio de escritura pública de 12 de julio de 1995 y su ulterior inscripción en el Registro de la Propiedad número cinco, de los de Córdoba, existe un sustrato negocial establecido entre las tres entidades prestamistas e iniciales acreedoras hipotecarias, en virtud del cual éstas, además, de establecer un régimen de solidaridad activa para la exigencia de su crédito (proposición final del art. 1.137 del Código Civil [LEG 1889, 27], concretamente encarnada en la estipulación sexta de la citada escritura), deciden una especial regulación de la relación interna existente entre ellas en cuanto exclusivas acreedoras, regulación perfectamente posible, tal como nos muestra el artículo 1.140 del Código Civil y que encarna en la preeminencia dada a una de tales acreedoras al atribuirle el cargo o función de entidad agente del crédito».

d) *Sindicación secundaria sobrevenida*

1. *Sindicación secundaria ordinaria*

El concepto de sindicación secundaria ordinaria hace referencia a la posibilidad de incluir nuevos acreedores en el préstamo consorcial con posterioridad a la constitución de la garantía hipotecaria. La voluntad de incorporar a un nuevo acreedor puede obedecer a distintas causas: atender a las nuevas necesidades del prestatario o simplemente diversificar el riesgo que asume cada entidad prestamista.

El *principio de accesoriedad* de la hipoteca y sus consecuencias jurídicas cobran en este ámbito un papel relevante —arts. 104 de la LH y 1.911, 1.876, 1.528 y 1.212 CC—, así como el principio de indivisibilidad de la misma —arts. 1.857 CC y 122 LH— (34). Estos dos principios actúan de forma negativa sobre la flexibilidad de la hipoteca obstaculizando al sindicato incorporar de una forma eficiente a un nuevo acreedor que desembolse un nuevo préstamo. Por lo tanto, con el Derecho Hipotecario español vigente (incluso con la reforma de 2007), es imposible que un nuevo acreedor pueda ser garantizado con la misma hipoteca original, a pesar de que muchas operaciones requieran: *a)* que el deudor necesite más financiación; *b)* que los acreedores del sindicato no quieran desembolsar nuevas cantidades; y *c)* que las nuevas entidades que quieran desembolsar nueva financiación deseen tener la misma garantía que los acreedores del préstamo original.

Por este motivo, y atendiendo al Derecho Hipotecario hoy vigente en nuestro país, debemos circunscribir el concepto de «sindicación» a un consorcio de acreedores en una misma obligación, porque cuando un nuevo prestamista quisiese entrar en el sindicato con un nuevo préstamo ya no sería posible hablar de sindicación, pues se trataría entonces necesariamente de una nueva obligación y, por lo tanto, sería necesaria la constitución de una nueva hipoteca (se trataría entonces de una novación extintiva).

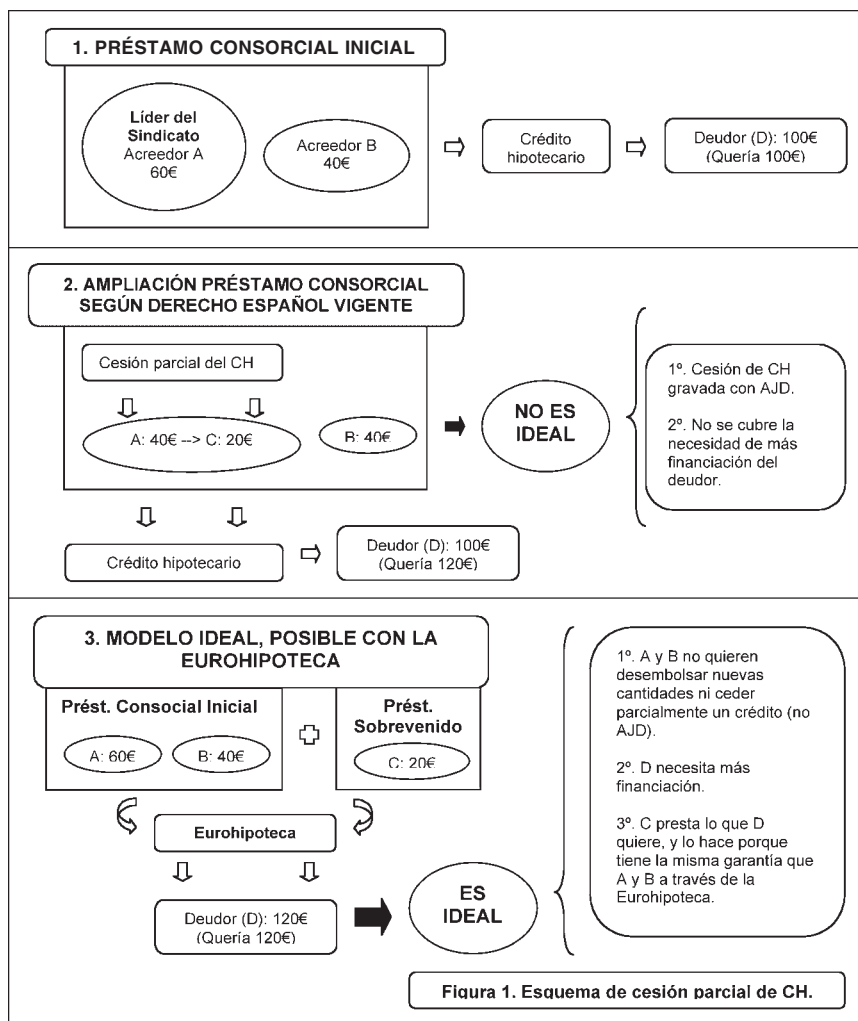
Al no ser posible tal vía de sindicación, el sistema que se utiliza en la práctica es *la cesión del crédito hipotecario* por parte de los acreedores sindicados al nuevo acreedor (*ex art. 149 LH*) y, como consecuencia, el crédito hipotecario queda reestructurado. Pero ello no comporta nuevo capital para el deudor, es simplemente una cuestión de que un miembro del sindicato original quiere liberarse de parte del riesgo del crédito hipotecario sin poder realmente incorporar a ningún acreedor. Además de no cumplir con las necesidades enunciadas, esta operación está de nuevo gravada por el AJD, lo que conlleva un gasto considerable para el cesionario.

Por lo que respecta a la vertiente práctica, los cedentes se responsabilizan únicamente de la existencia de los créditos cedidos en el momento de la cesión,

---

(34) En este sentido, ver MURO VILLALÓN, J. V., *ob. cit.*, pág. 179 y sigs.

pero no asumen el riesgo de insolvencia o incumplimiento por parte del prestatario, que recae sobre el cesionario. La facultad de ceder proviene directamente del contrato de préstamo, en virtud del cual cada entidad prestamista puede constituir gravámenes sobre sus derechos o ceder su posición jurídica, total o parcialmente, subrogando en un tercero sus derechos y obligaciones (35).



(35) La normativa por la que se rige la cesión es el Código Civil (la normativa general recogida en los arts. 1.526 y sigs., y además por los arts. 347 y sigs. del Código de Comercio).

En la Figura 1 puede verse un esquema de toda esta problemática en la cesión parcial de un crédito hipotecario consorcial (36).

Debido al tipo impositivo que grava la operación de cesión del préstamo hipotecario (AJD), en ocasiones se realiza solamente en documento privado. Ello conlleva una serie de riesgos:

- a) Si el cesionario no inscribe la cesión en el Registro de la Propiedad, asume un riesgo en caso de concurso por parte del prestatario, ya que no podrá hacer valer sus derechos preferentes al no poder tener la cesión acceso al Registro de la Propiedad, requisito exigido por el artículo 90.2 de la Ley Concursal 22/2003 (LC) para ser considerado un crédito con privilegiado especial (37). Por consiguiente, el cesionario ostentaría sólo un crédito ordinario (art. 89.3 LC).
- b) La nueva entidad participante no va a poder acudir a los mecanismos de refinanciación y liberación de riesgo previstos en la ley: los bonos de titulización hipotecaria y las cédulas hipotecarias (38).

A través del procedimiento previsto en la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (art. 4.º), podría alcanzarse el mismo resultado que en la cesión de crédito hipotecario. No obstante, nos encontramos ante dos procesos diferentes: en la cesión del crédito hipotecario el acreedor es libre de ceder su crédito y la notificación al deudor no es preceptiva para la validez de la cesión (art. 242 RH), aunque el cedente será responsable por los perjuicios causados al cesionario (art. 151 LH) (39). En cambio, en la Ley 2/1994 (al igual que en el art. 1.211 CC), es el deudor y no el prestamista quien inicia el procedimiento de subrogación.

---

(36) En el esquema se hace referencia a la Eurohipoteca como modelo ideal para resolver las necesidades actuales de los préstamos sindicados en el Derecho español vigente. Esta figura será desarrollada con posterioridad en el presente trabajo en mayor profundidad.

(37) «Para que los créditos mencionados en los números 1 a 5 del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores».

(38) Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria (BOE del 14-07-1992); y artículos 11 y 12 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (BOE de 15 de abril de 1981, núm. 90). Para más detalles sobre estos valores y los requisitos para su emisión, ver NASARRE AZNAR, S., *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 443 y sigs.

(39) «Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta». No obstante, en la práctica de la banca siempre se da conocimiento al deudor, pues al cesionario le interesa que el prestatario pague los importes del préstamo a él y no al cedente.

Teniendo en cuenta que el deudor esté de acuerdo en proceder al cambio de acreedor y decida ampararse en la Ley 2/1994 para incorporar a una nueva entidad (con el beneplácito del prestamista original), ésta debería modificar el tipo de interés o el plazo de amortización, o ambos (art. 4), para luego novar el resto de condiciones. Esta operación permitiría ahorrar el AJD que implicaría acudir a la cesión prevista en el artículo 149 LH. Sin embargo, corre el riesgo de considerarse una cesión encubierta (fraude de ley, art. 6.4 CC), gravándose en consecuencia con el AJD.

## 2. Sindicación secundaria inversa

Si bien lo ordinario es querer incorporar nuevas entidades en el sindicato, también es factible el aspecto inverso de la sindicación, esto es, que una de las entidades participantes o el banco agente desee tener la titularidad en exclusiva del préstamo hipotecario. Nos encontramos ante dos posibilidades distintas para conseguirlo:

1. La primera posibilidad sería la ampliación del préstamo hipotecario, si se han negociado a favor del cliente nuevas condiciones más favorables. En ese caso, tendría que reestructurarse la garantía hipotecaria con nuevos porcentajes, pero se necesitaría el consentimiento del resto de acreedores para proceder a esta operación. Por lo tanto, si los acreedores no estuvieran conformes, esta posibilidad no sería posible.
2. Ante la falta de viabilidad de la opción anterior, es habitual en la práctica bancaria que la entidad que quiera quedarse como único prestamista se subrogue en cada uno de los derechos que ostentan el resto de entidades acreedoras en base a la Ley 2/1994. Así, a través de la modificación bien de los tipos de interés, de los plazos de amortización o de ambos (art. 4), la entidad participante se evita la aplicación del AJD (40). Pero esta opción plantea los siguientes problemas:
  - a) La entidad que realiza la oferta corre un gran riesgo: la facultad de enervación por parte del resto de entidades miembros del consorcio. En el caso de que éstas igualasen la oferta de la entidad que desea subrogarse en su crédito, el proceso finalizaría sin los efectos deseados (41).

---

(40) Si bien suele «invitarse» al resto de entidades participantes en la ampliación, reestructuración y cambio de condiciones del préstamo.

(41) Que no existía desde un punto de vista legal antes de la Ley 41/2007. Este derecho de enervación sólo había sido reconocido expresamente por la jurisprudencia,

- b) A pesar de todo, aunque esta operación de subrogación pretende disfrutar del beneficio fiscal de la Ley 2/1994, podría discutirse si no se trata en realidad de una cesión de crédito encubierta bajo la cobertura de la Ley 2/1994. La aplicación de esta Ley a una finalidad distinta para la cual fue promulgada (42), pone en evidencia a la actual legislación hipotecaria.
- c) No son posibles las subrogaciones parciales en la Ley 2/1994. La entidad prestamista puede no querer asumir todo el riesgo de la operación y por ello pretenda subrogarse en una parte del crédito sindicado que ostenta la otra entidad y no en todo el montante pendiente de amortización. Ello no es posible en base a la Ley 2/1994.
- d) Además, las materias susceptibles de ser modificadas a través del procedimiento de subrogación son limitadas. Por este motivo, en la práctica primero se procede a la subrogación y posteriormente a la novación del resto de condiciones. Una de las grandes preocupaciones es determinar qué tiene trascendencia real, pues en la escritura de subrogación sólo se va a poder modificar el tipo de interés o los plazos de amortización (o ambos), quedando excluida cualquier otra cláusula de naturaleza real. La consecuencia jurídica es la aplicación, en su caso, del AJD a estas operaciones (43).

---

ver STS de 25 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8093] y RDGRN de 21 de julio de 1995 [RJ 1995/5581]. La Ley 41/2007 reconoce legalmente la doctrina jurisprudencial.

(42) En la Exposición de Motivos se especificaba su *ratio legis*, que dista mucho de su uso en las operaciones sindicadas: «El descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los de los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso. Pero, por otra parte, la situación de estos prestatarios se ve agravada por la concurrencia de una doble circunstancia, que determina la inviabilidad económica del *cambio de hipoteca*: la fuerte comisión por amortización anticipada, impuesta por las entidades crediticias al tiempo de otorgar el contrato y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito hipotecario y la Constitución de otro nuevo». Esto nada tiene que ver con su extraña utilización para operaciones de préstamo sindicado en el *corporate finance*.

(43) La Dirección General de Tributos, en Resolución de 21 de marzo de 2005 [JC075945], entendió que el cambio de divisas junto con una modificación del tipo de interés excedía del contenido de la Ley 2/1994, excluyendo la aplicación del beneficio fiscal: «En consecuencia, a la escritura pública de novación de préstamo hipotecario consistente en la modificación del tipo de interés mediante el cambio del índice de referencia, así como en la modificación de la moneda en la que ha de amortizarse el préstamo, que puede pasar de euros a una cesta de divisas, que todas ellas tienen un cambio oficial frente al euro, tampoco le resulta de aplicación la referida exención, ya que su contenido excede del amparado por dicha exención».

- e) Por último, las entidades titulares del préstamo hipotecario pueden decidir, una vez operada la subrogación, redistribuir la responsabilidad hipotecaria de las fincas gravadas. De esta forma, un bien inmueble podría quedar liberado de responsabilidad, lo que sería un incentivo para la entidad a la hora de poder conceder otro préstamo al deudor utilizando como garantía este inmueble. Sin embargo, este segundo préstamo no podría incluirse en el préstamo original sindicado, siendo necesaria una segunda hipoteca (de nuevo, pagando AJD).

### 3. Financiación por los acreedores originales del consorcio

Es posible que las actuales entidades prestamistas, miembros ya del consorcio, deseen conceder nueva financiación al deudor (sin querer que entre un nuevo acreedor). Las entidades tienen dos posibilidades distintas:

- a) Ampliar el préstamo hipotecario. Como ya hemos comentado, el problema que se plantea es la necesidad de consentimiento de todos los acreedores sindicados. Si las entidades llegasen a un acuerdo, cada una de ellas pasaría a tener la cuota de préstamo hipotecario en función de las nuevas aportaciones y de su proporción final sobre el total del préstamo. El efecto de la ampliación de la responsabilidad hipotecaria es la dualidad de prioridades (entre el préstamo original sindicado y el resultante de la ampliación) (44), siempre que existan cargas intermedias en el Registro de la Propiedad. Antes de desembolsar el préstamo, la entidad bancaria se cerciorará de que no existen tales cargas consultando los libros del Registro. En caso de que no existieran, la ampliación actuará *de facto* como si fuera una única hipoteca.

La ampliación del préstamo hipotecario es una técnica que se emplea en la escriturización por fases, en donde el préstamo se desembolsa en documento privado y posteriormente se constituye garantía hipotecaria sobre parte de la cuantía que sustituye en los pactos y cláusulas al préstamo inicial. A medida que el proyecto avanza (por ejemplo, reparcelación y construcción de una finca), se amplía la hipoteca sobre aquellas cuantías que aún quedan por garantizar del préstamo primitivo hasta que, finalmente, queda todo el montante del préstamo garantizado y se procede a su cancelación. Cada una de estas ampliaciones está sujeta al AJD, problema

---

(44) Ver RRDGRN de 8 de junio de 2002 [RJ 2002/8989], 17 de enero de 2002 [RJ 2002/4588] y 2 de septiembre de 2005 [RJ 2005/6940].

que puede verse solucionado a través de la Ley 41/2007 (hipoteca recargable) (45).

- b) Las entidades prestamistas también pueden optar por constituir una segunda hipoteca, sin necesidad del consentimiento anterior, pero con rango posterior, algo no deseado ni por el acreedor (menos posibilidad de cobrar) ni por el deudor (más caro).

e) *El daño de refinanciación o costes de ruptura*

Los tipos de interés cobran una especial importancia en los préstamos sindicados. En la actualidad y en la realidad de nuestro país, los intereses variables están presentes en casi la totalidad de operaciones del mercado inmobiliario (alrededor de un 98 por 100). Así lo reflejaba el Banco de España en el año 2004 (46) y la Asociación Hipotecaria Española (AHE) en el informe presentado recientemente por su presidente en la Asamblea General de dicha entidad tanto en junio del año 2006 como en 2007 (47).

El tipo de interés oficial de referencia más extendido en el mercado hipotecario español es el EURIBOR a un año (48), que se sitúa en el mes de

---

(45) Vid. *infra*.

(46) ALONSO, FRANCISCO; DEL RÍO, Ana, y BLANCO, Roberto, «Créditos hipotecarios a tipo de interés fijo frente a tipo variable: comparación de riesgos e implicaciones macroeconómicas», en *Boletín económico - Banco de España*: «En el mercado hipotecario español han ido ganando peso los contratos a tipo variable. Así, de acuerdo con los datos de una encuesta realizada recientemente por el Banco de España, a finales de 2002 el 97,7 por 100 del saldo del crédito hipotecario para la adquisición de viviendas gestionado por las entidades era a tipo variable, casi 12 puntos porcentuales (pp) por encima del dato correspondiente a finales de 1997», 2004, número 4. El autor concluye que existe un riesgo para los prestatarios si los tipos de interés variables experimentan un incremento, como está ocurriendo en la actualidad, pág. 80.

(47) Puede consultarse en la web <http://www.ahe.es>. En relación con el informe de 2006: «El mercado hipotecario español, desde su nacimiento hasta mediados de los noventa, era fundamentalmente un mercado de tipos fijos. Desde entonces, la normativa legal y la presión de algunas instituciones oficiales y de otros creadores de opinión le han impulsado a un perfil casi exclusivo de tipos variables referenciados a un índice a corto, muy dependiente de las políticas monetarias del BCE y con un anclaje muy débil en la realidad específica de la economía española, fundamentalmente de las economías familiares. El Banco Central Europeo estima que, aproximadamente, un tercio del total del crédito hipotecario de la zona euro es variable. En el caso de España, este porcentaje se eleva al 98,25 por 100, con un periodo de revisión de seis o doce meses, lo que nos sitúa en el primero y poco deseable puesto del ranking europeo de crédito hipotecario a tipo variable», págs. 5 y 6. En el Informe de 2007 se emplea un gráfico en donde se observa que España es el país de la Unión Europea con el porcentaje más alto, seguido muy de cerca por Portugal, ver pág. 12.

(48) A raíz de la Circular del Banco de España (Circular 5/1994, de 22 de julio), se establecieron los índices de referencia para las entidades de crédito, siendo el más representativo el MIBOR, competencia del Banco de España. Con la aprobación de la Orden de 1 de

marzo de 2008 en un 4,590 por 100, de acuerdo con las estadísticas que ofrece la AHE.

La Ley 41/2007 ha regulado *ex novo* las denominadas compensaciones por riesgo de tipo de interés (49). Hasta esta Ley, no se habían previsto legalmente las consecuencias negativas que puede ocasionar en las entidades prestamistas la amortización anticipada del préstamo hipotecario, sea a tipo de interés variable o fijo. Este riesgo se compensaba en la práctica a través de cláusulas contractuales comunes de amortización anticipada.

Son los denominados *daños de refinanciación*. Veamos el siguiente ejemplo: si la entidad financiera concede un préstamo con un plazo de amortización de quince años a un tipo de interés fijo de un 5 por 100 y el prestatario amortiza anticipadamente el préstamo al segundo año, es posible que la entidad crediticia, cuando vuelva a poner en el mercado esa cantidad de dinero, ya no pueda obtener un 5 por 100 de rentabilidad sino un 4 por 100. Ello supone un perjuicio económico objetivo para la entidad. Piénsese que el banco, a su vez, se está refinanciando con fondos obtenidos vía depósitos, cédulas hipotecarias, pagarés... por los cuales paga un determinado interés (por ejemplo, un 4,5 por 100). La diferencia en el margen de lo que recibe el banco por el dinero que presta —5 por 100— y lo que paga por refinanciarse —4 por 100— es la ganancia que obtiene la entidad bancaria (50) (la misma lógica se aplica cuando se pacta un tipo de interés variable, pero el riesgo es menor, pues el período de interés suele ser como máximo un año). En el caso de amortización anticipada, el daño se calcula en el presente supuesto en un 0,5 por 100, que debería correr a cargo del prestatario. El daño de refinanciación sólo opera cuando la amortización no coincide con la fecha de finalización de un periodo de interés y no hay que confundir este daño con los contratos de cobertura de tipo de interés (por ejemplo, el SWAP o el CAP), que van indisolublemente unidos al contrato de préstamo (51). En consecuencia, podemos extraer las siguientes consideraciones:

---

diciembre de 1999 sobre fórmula de cálculo del tipo de interés del mercado interbancario a un año (MIBOR), este tipo de interés perdió carácter oficial, y la Circular del Banco de España 7/1999, de 29 de junio, establece el EURIBOR como nueva referencia interbancaria, el más extendido en la praxis de los préstamos hipotecarios. En 2003 la utilización de este tipo de interés rondaba el 75 por 100, ver ÁLVAREZ CANAL, Pilar, y GÓMEZ DE MIGUEL, José Manuel, «La estructura de tipos de interés en los préstamos hipotecarios sobre viviendas», en *Boletín económico - Banco de España*, núm. 7-8, 2003, págs. 99-104.

(49) Vid. *infra*.

(50) Sin contar con el beneficio que aporta el propio crédito cuando pasa a formar parte de una cadena de refinanciación hipotecaria (ver NASARRE AZNAR, S., *Securitisation & mortgage bonds; Legal aspects and harmonisation in Europe*, Gostick Hall Publications, Saffron Walden, 2004, pág. 5 y sigs.).

(51) En el contrato de préstamo existe una cláusula en virtud de la cual el prestatario confirma expresamente que el prestamista, con anterioridad a la firma de la presente, le ha ofrecido un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, pues

1. El interés variable (casi en un 90 por 100 el EURIBOR a tres meses, aunque el prestatario normalmente tiene la posibilidad de elegir el que más le convenga a sus intereses), es el que está también presente de forma mayoritaria en el *corporate finance*. Ya se trate de un tipo de interés fijo o variable, la amortización anticipada por parte del deudor causa a la entidad un daño hasta ahora no regulado.
2. La ausencia de regulación legal se solucionaba en la práctica por vía contractual a través de una cláusula en el contrato de préstamo que daba derecho a exigir una indemnización o reembolso (no calculado transparentemente) del daño de refinanciación tanto al prestatario como al prestamista.
3. Este potencial daño de refinanciación ha provocado que las comisiones por amortización anticipada, que no están sujetas a ningún tipo de limitación salvo las establecidas para las subrogaciones en préstamos hipotecarios al amparo de la Ley 2/1994 (un 0,5 por 100) (52), llegasen a alcanzar cifras elevadas.
4. La Ley 41/2007 intenta solucionar este problema (53).

## V. LAS CONSECUENCIAS PARA LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CONSORCIALES DE LA LEY 41/2007, DEL MERCADO HIPOTECARIO

Las principales reformas que incorpora la Ley 41/2007 y que afectan de algún modo a la sindicación son las siguientes:

1. Se regula la *hipoteca «recargable»*, inspirándose la Ley en la regulación de tal figura en el Derecho francés desde la Ordenanza de 23 de marzo de 2006 (54). De acuerdo con su artículo 13.2, se da un nuevo redactado al

---

es una obligación del prestamista de acuerdo con el artículo 19 del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica. Los contratos de cobertura de tipo de interés SWAP son un seguro a través del cual conviertes el tipo de interés variable a fijo. Así, el cliente acuerda con la Entidad con la contrata el seguro (que puede ser o no la misma que la que desembolsa el préstamo) a cambio de una prima el pago de un interés fijo asumiendo el riesgo la Entidad aseguradora SWAP si sube mucho el tipo de interés. En cambio, en los contratos CAP, el cliente sigue pagando un tipo de interés variable pero si suben por encima de una barrera de tal forma que impida asumir sus obligaciones de pago ese exceso lo paga la Entidad Aseguradora.

(52) En un principio la comisión por amortización anticipada estaba situada en un 1 por 100, pero a raíz de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (BOE 12-11-2003), se ha reducido la cuantía para incentivar las subrogaciones hipotecarias.

(53) Vid. *infra*.

(54) Ver los aspectos de la nueva regulación en MUÑIZ ESPADA, E., «Hacia la superación de las deficiencias jurídicas y económicas de algunos sistemas hipotecarios:

artículo 4 de la Ley 2/1994: «Las modificaciones previstas en los apartados anteriores —en donde se enumera la ampliación del capital— no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación». En este caso, los prestamistas podrían desembolsar una nueva cantidad al prestatario sin necesidad de constituir una nueva hipoteca o ampliar el préstamo hipotecario.

Las consecuencias jurídicas respecto a la sindicación son positivas:

- a) Se elimina la dualidad de prioridades que existe actualmente entre el préstamo original y el ampliado debido a la doctrina de la DGRN (55), aunque realmente la trascendencia de esta dualidad era prácticamente nula (56).
- b) Permite facilitar la concesión de un nuevo préstamo (se entiende, por parte del mismo acreedor) si el prestatario, por cualquier causa, necesita una mayor financiación para llevar cabo las operaciones previstas en el plan de negocio y que exceden del presupuesto elaborado para el análisis del riesgo de la operación.
- c) En tercer lugar, y lo que representa sin lugar a dudas un poderoso incentivo para los prestamistas, supone evitar la aplicación del AJD si el nuevo préstamo no supera la cifra de responsabilidad hipotecaria inscrita en el Registro de la Propiedad.

No obstante, la Ley 41/2007 no soluciona el problema de incorporar a otro acreedor hipotecario, es decir, a un nuevo prestamista ajeno al consorcio inicial de acreedores. Esta posibilidad haría más flexible la sindicación y redundaría en beneficio tanto del acreedor como del deudor. En el primer caso, no sería necesaria la creación de una nueva hipoteca y el acreedor podría gozar del rango registral de la hipoteca ya constituida. En cuanto al deudor, podría obtener nueva financiación si los acreedores primitivos no

---

el ejemplo del Derecho francés», en MUÑIZ ESPADA, E.; SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>a</sup> E., y NASSARRE AZNAR, S., *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de España, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2008, pág. 182 y sigs.

(55) Vid. *supra*.

(56) En realidad, cuando se produce la ampliación, la hipoteca sigue funcionando *de facto* como si fuera única, pues la entidad prestamista se ha cerciorado de la inexistencia de cargas en el Registro de la Propiedad. Además, una de las obligaciones del prestatario es no constituir y hacer todo lo preciso para que no se constituyan, sin el previo consentimiento escrito del prestamista, otras garantías, cargas o derechos, a favor de terceras personas naturales o jurídicas, sobre bienes, derechos o elementos de titularidad del prestatario. El incumplimiento de esta cláusula dará derecho al prestamista al vencimiento anticipado del contrato.

estuviesen dispuestos a desembolsar más cantidades. Esta posibilidad se admite expresamente en el Derecho francés, pero la Ley 41/2007 no la ha recogido debido fundamentalmente al dogma de la accesoriedad en nuestro derecho, que implica la imposibilidad de que acreedor hipotecario y acreedor del préstamo sean dos sujetos distintos (57).

2. La Ley 41/2007 regula de forma novedosa la *compensación por riesgo de tipo de interés* (art. 9) en las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias (ampliando, por lo tanto, el ámbito objetivo previsto en la Ley 2/1994). Por el contrario, la Ley presenta los siguientes defectos:

- a) Excluye la posibilidad de que la entidad prestamista pueda percibir indemnización cuando el tipo de interés fuera a ser objeto de modificación en un período igual o inferior a un año (art. 9.1). Por consiguiente, la Ley intenta dar solución a los conflictos que se originan cuando se pacta un interés fijo y el préstamo resulta amortizado anticipadamente, voluntaria u obligatoriamente, pero excluye implícitamente a los intereses variables. Aunque el daño de refinanciación resarcible en estos casos es considerablemente inferior a cuando existe un tipo de interés fijo, no deja de ser un daño potencialmente resarcible a favor de la entidad prestamista. En este sentido, la Ley 41/2007 crea un notable perjuicio a los prestamistas al ver como por vía contractual no van a poder exigir cantidad alguna al prestatario por este concepto, aunque quedaría expedita la vía extracontractual (art. 1.902 CC). No obstante, este daño podría considerarse como un «riesgo de mercado» y, por lo tanto, no resarcible (58).

Además, se prevé una compensación en favor de la entidad prestamista cuando el tipo de interés fuera a ser inferior (lo que provocaría una pérdida), pero no se establece qué sucede cuando el tipo de interés fuera a ser superior (lo que provocaría un beneficio a la entidad) (59).

---

(57) La enmienda número 95 del Congreso de los Diputados por parte del Grupo Parlamentario Popular apoya tal posibilidad: «Ahora bien, esta figura de la hipoteca recargable puede dar lugar a que se produzca una limitación a la posibilidad de obtener financiación de otra entidad de crédito si no se prevé que la recarga pueda hacerse acudiendo a otro acreedor».

(58) Podría incluso discutirse si el daño de refinanciación debería ser o no resarcible en caso de amortización anticipada, sea cual sea el tipo de interés, pues entraría dentro del riesgo de mercado (de hecho, tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia, *riesgo hay en todas las actividades de la vida* (STS de 17 de julio de 2003 [RJ 2003/6575])).

(59) ¿Acaso el banco repercute este beneficio al deudor? ¿Le informa adecuada y transparentemente de que ha obtenido un beneficio gracias a su amortización anticipada del préstamo hipotecario? El artículo 9.3 restringe la aplicación de la Ley a cuando existe una pérdida por parte de la entidad. Si existe una ganancia, la Ley se limita a señalar que «La entidad acreedora no podrá percibir compensación por riesgo de tipo de interés en el caso de que la cancelación del crédito o préstamo genere una ganancia de capital a su favor».

- b) En la Ley 41/2007 desaparece la comisión por amortización anticipada, que a partir de su entrada en vigor resultará inexigible por parte del acreedor (art. 7), pero resulta sustituida por dos tipos diferentes de compensaciones: la compensación por desistimiento y la compensación por riesgo de tipo de interés. Las funciones de ambas compensaciones se recogen en la Exposición de Motivos de la Ley: la primera tiene por objeto resarcir los costes de originación del préstamo; mientras que la segunda pretende resarcir el daño de refinanciación que ya hemos comentado (60). Diversas apreciaciones deben realizarse respecto a esta nueva regulación:
- a) La primera comisión no tiene por objeto resarcir los costes de originación del préstamo, pues ya se han compensado por la comisión de apertura del préstamo hipotecario. Así, sólo deberían ser resarcibles los costes que realmente se originan con la cancelación del préstamo, es decir, los que se derivan de su cancelación.
  - b) Además, esta compensación por desistimiento no tiene en cuenta el valor real de los costes de administración de la entidad prestamista, pues se fija una comisión máxima del 0,5 por 100 si se realiza dentro de los cinco primeros años de la vida del crédito o préstamo y 0,25 por 100 en el resto de casos, que reduce considerablemente las comisiones actuales de la praxis bancaria (art. 8). Nos encontramos ante una presunción *iures et de iure* de un daño emergente cuya cuantificación es aleatoria. Pensemos que únicamente es necesario proceder a la cancelación del préstamo en el Registro de la Propiedad, aparte de los costes de tiempo en que pueda incurrir la entidad bancaria (los costes asociados a la nueva inversión, por ejemplo, notario, los asumirá el nuevo prestatario a través de la comisión de apertura). La Ley 41/2007 debería haber exigido a cada entidad prestamista que probase cuáles son realmente los costes de administración ocasionados por la amortización anticipada del préstamo y repercutirlos al deudor.
  - c) La compensación por riesgo de tipo de interés sí que intenta realizar una previsión más acorde con la realidad del lucro cesante, es

---

(60) «Esta Ley cambia, en primer lugar, la denominación de la comisión por amortización anticipada por la de compensación, al ser ésta más acorde con su naturaleza. En segundo lugar, se divide esta compensación por amortización anticipada entre la compensación que se hace a la entidad por desistir de un contrato y generarle una pérdida por los costes de originación del préstamo, y la compensación por el riesgo de tipo de interés de la entidad cuando se amortiza anticipadamente en coyunturas de bajadas en los tipos de interés».

decir, la ganancia dejada de percibir por parte del prestamista. En este caso, deberán cumplirse los requisitos que exige el Tribunal Supremo para acreditar el lucro cesante, que ha de ser perfectamente delimitado (61).

- d) No define la Ley los «tipos de interés de mercado» (únicamente se refiere a que el tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente previsión, art. 9.2), que sí resultan definidos en los contratos de préstamos hipotecarios al tratar del daño de refinanciación. Teniendo en cuenta la presencia casi absoluta del EURIBOR en esta clase de operaciones bien podría valer como definición la siguiente: «Los tipos de mercado serán los EURIBOR para importes similares, correspondiente a los plazos comprendidos entre el día de la amortización anticipada y las fechas en que se deberían de haber pagado los intereses y amortizaciones. Si no existiese cotización para dichos plazos, se adoptarán los tipos EURIBOR correspondientes a la interpolación lineal de los tipos EURIBOR para las duraciones inmediatamente superiores y de los aplicables para las duraciones inmediatamente inferiores disponibles en el mercado en aquel momento para cada periodo, lo que se calculará por el prestamista de la forma más objetiva posible».

3. El artículo 11.4 de la Ley introduce un nuevo artículo, el 153 bis LH, que regula una nueva variante de hipoteca de máximo que ha sido bautiza-

---

(61) En este sentido, ver la STS de 4 de febrero de 2005 [RJ 2005/945]: «La doctrina jurisprudencial sobre el lucro cesante no tanto mantiene un criterio restrictivo, sino más bien exige —como todo hecho base de la aplicación de una norma— la prueba del mismo, excluyendo los «sueños de fortuna». Tal como dicen las sentencias de 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8404), 2 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2590) y 28 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7208), recogiendo la doctrina jurisprudencial: «El lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, sentencia de 10 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3530]), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, sentencia de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, sentencia de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, sentencia de 30 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 9222]) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir —lucro cesante— y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, sentencias de 8 de julio de 1996 [RJ 1996, 5662] y 21 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7235]).». Lo cual coincide, en sentido idéntico, con la doctrina que plasman las sentencias de 15 de julio de 1998 (RJ 1998, 5550) y 29 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1474)».

da como «hipoteca empresa» o hipotecas flotantes puras» (62). Sin embargo, no puede ser considerada *stricto sensu* una hipoteca flotante, hasta ahora no admitida en el Derecho español, sino que se trata de una *hipoteca de máximo sin pacto novatorio final* (63). De acuerdo con la Ley, deja de existir la necesidad de un pacto novatorio expreso de las obligaciones garantizadas y debe especificarse la *descripción general de los negocios jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*. El principal problema es ver si la Dirección General mantendrá el criterio restrictivo que ha mantenido desde 1987, aunque no tendrá más remedio que interpretar el precepto de una forma flexible (64).

De esta manera, se mantiene la relación obligacional básica pero en términos muy genéricos. No obstante, la Ley podría haber ido más allá y prescindir de la descripción general o relación obligacional básica.

4. La Ley 41/2007 introduce modificaciones a la Ley 2/1994 (art. 13). Los aspectos más importantes son los siguientes:

- a) Se sustituye el término «mejora» del Anteproyecto de Ley de 2006 por el de «modificación» en las escrituras de modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario o de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas (art. 13.2). Esta previsión ha sido objeto de fuertes críticas (por ejemplo, por parte de la AHE) (65), pues el término

---

(62) GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, *La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia*, pág. 9. Se puede consultar en <http://www.notariosyregistradores.com/>, 04-XI. En la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 encontramos la misma idea: «En el Capítulo VI se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes”». De acuerdo con RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> Goñi, «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes puras», en *RCDI*, núm. 701, mayo-junio de 2007: «Afortunadamente, el Consejo de Ministros, en fecha de 2 de marzo de 2007, ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Refoma del Mercado Hipotecario, con una nueva redacción. En lo que concierne al artículo 153.bis, se vuelve a la redacción que se estableció en el primitivo borrador. Es decir, se incorpora la frase —fundamental—, de «sin necesidad de pacto novatorio»; por lo tanto, si la futura Ley se aprueba sin modificaciones, se estará dando carta de naturaleza a la posibilidad de las hipotecas flotantes puras», pág. 1345.

(63) Desde la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 [*RJ* 1987/9722]. La hipoteca flotante tiene tal consideración cuando no tiene ni relación obligacional básica ni pacto novatorio final.

(64) En la Exposición de Motivos de la Ley encontramos la misma idea: «En el Capítulo VI se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente «flotantes», pág. 6.

(65) En el Informe del Presidente a la Asamblea General de la AHE (junio de 2007): «Otro error grave que debe ser corregido por el Parlamento es devolver a la Ley de subrogación su texto original al establecer como requisito necesario la “mejora” de las condiciones y no su “modificación”. En primer lugar, porque ese era el espíritu del legislador y se trasluce de todo el texto de la Ley, tal como reconocen los Tribunales que se

modificación podría dar a entender que las nuevas condiciones del préstamo hipotecario podrían ser incluso perjudiciales para el prestatario. Sin embargo, en el *corporate finance* no necesariamente un tipo de interés superior supone un perjuicio para la contraparte. Si al mismo tiempo se produce una modificación sustancial de los plazos de amortización (por ejemplo, dejando un *balloon* —último plazo— superior al final del período) el prestatario puede resultar favorecido.

- b) El artículo 13.2 de la Ley incide de forma directa sobre la novación de los préstamos hipotecarios, añadiendo al artículo 4.º de la Ley 2/1994 un segundo y tercer párrafo (66), de tal forma que *de facto* se va a poder modificar todo el clausulado del contrato de préstamo y soluciona el alto grado de incertidumbre sobre qué cláusulas tienen naturaleza real.

5. Los *beneficios fiscales* de la Ley sólo inciden en los honorarios del notario y del registrador de la propiedad (art. 10), pero dejan intacto el AJD. Esto supone mantener una de las causas esenciales que provoca la ausencia de garantía hipotecaria en el momento inicial de vida del préstamo.

## VI. LA EUROHIPOTECA COMO EL INSTRUMENTO MÁS FLEXIBLE PARA LOS PRÉSTAMOS SINDICADOS

### 1. INTRODUCCIÓN

La idea de una eurohipoteca no es novedosa. El primer documento que propuso una garantía real no accesoria a imagen de la deuda territorial alemana para superar los problemas de préstamos transfronterizos data de 1966, conocido como «El Informe Segré» (en honor al presidente de la Comisión, el

---

han pronunciado en la materia. En segundo lugar, porque es la única forma de proteger al consumidor y garantizarle que en un proceso de subrogación no a va a salir perjudicado a medio plazo, como ha ocurrido en un porcentaje muy elevado de casos. Y en tercer lugar, porque es principio general del derecho que el plazo se establezca a favor de ambas partes y, de no haber una causa objetiva de interés social reconocida por la ley, se estaría ante un caso de expropiación de negocio injustificada». También ha sido objeto este precepto de una enmienda (núm. 94) en el Congreso de los Diputados por parte del Grupo Parlamentario Popular.

(66) «2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: i) la ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales».

Profesor Claudio Segré). Con posterioridad se sucedieron diversas propuestas al respecto (67), que han cristalizado en las *Basic Guidelines for a Eurohypothec* (68) elaboradas por el Grupo de Investigación de la Eurohipoteca (69). Estas *Basic Guidelines* giran en torno a un *derecho real de naturaleza «contractualmente dependiente» del crédito*, comentada en el presente trabajo, lo que viene a reflejar la tendencia doctrinal, e incluso legal en España, de flexibilizar la hipoteca a través de suavizar el dogma de la accesoriedad (70).

(67) La evolución de los esfuerzos doctrinales en torno a la Eurohipoteca, desde el Informe Segré hasta nuestros días, pueden consultarse en STÖCKER, Otmar, «La Eurohipoteca», traducción de CASERO MEJÍAS, Manuel, en *RCDI*, enero-febrero, núm. 620, 1994, pág. 118 y sigs.; MUÑIZ ESPADA, Esther, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 111 y sigs.; SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, «La Eurohipoteca», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2003, pág. 4279 y sigs.; NASARRE AZNAR, S., y STÖCKER, O., *ob. cit.*, pág. 917 y sigs., y NASARRE AZNAR, S., «La reforma del Derecho Registral inglés», en *RCDI*, año núm. 78, núm. 671, 2002, pág. 1303 y sigs. Ver también WOLFSTEINER, Hans y STÖCKER, O., «A non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe», en *Notarius International*, vol. 8, 1-2/2003: «The objective of the present discussion paper is to put forward a proposal for a non-accessory security right over real property that can also be used to secure debts», pág. 118 y sigs. La traducción al español puede consultarse en NASARRE AZNAR, S., y STÖCKER, O., «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de Europa central», en *RCDI*, núm. 671, mayo-junio, 2002, pág. 930 y sigs.

(68) Edited by Agnieszka Drewicz-Tulodziecka, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005. Una traducción al castellano y artículos complementarios en MUÑIZ ESPADA, E.; SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>a</sup> E., y NASARRE AZNAR, S., *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de España, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2008, pág. 39 y sigs.

(69) Ver [www.eurohypothec.com](http://www.eurohypothec.com).

(70) Aunque algunos autores entienden que la Eurohipoteca tiene que tener una naturaleza accesorio, manteniendo así la tradición jurídica de los Estados con esta modalidad de hipoteca: «Les efforts d'harmonisation ponctuels comportent le risque de régler de nombreuses question en entrant dans les détails, en y perdant la vue d'ensemble des principes généraux de base du droit euopén. En plus, les réglementations sont souvent peu harmoniques entre elles. Une réglementation européenne dans le domaine des garanties de crédit devrait donc se baser sur les principes de structure largement reconnus dans la tradition juridique euopéene. L'accessoriété, la publicité, la spécialité et la priorité devraient donc constituer les structures portantes d'un droit de gage immobilier euopéen», ver WACHTER, Thomas, «La garantie de crédit transfrontailier sur les immeubles au sein de l'Union Euopéenne», en *Notarius International*, vol. 4, 1999, págs. 183 a 185; ver también GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La reforma hipotecaria...», *ob. cit.* El autor expone las ideas principales del Ministerio de Justicia al respecto, considerando que la Eurohipoteca es favorable, sí, pero añade que el modelo alemán no es el mejor ni el único y defiende el modelo español basado en la accesoriedad de la hipoteca una vez entre en vigor la reforma prevista en la ya Ley 41/2007: «4.º El modelo español se ha demostrado eficaz, tanto desde la perspectiva de la defensa de los intereses del acreedor y del fomento del crédito territorial, como desde la perspectiva del consumidor, en un justo equilibrio que puede servir de modelo; no obstante, cada vez es más apremiante una reforma previa del mercado hipotecario que flexibilizara el principio de accesoriedad [...] 6.º Una vez hecha esta reforma, el modelo español será buen referente para un modelo europeo de hipoteca»,

Tras casi cuarenta años de estudio en este campo, finalmente la Comisión Europea decidió someter a debate lo que recibió el nombre de «Eurohipoteca», a través del Libro Verde sobre el crédito hipotecario en la UE (Bruselas, 19-7-2005) (71), citando como un posible modelo a las *Basic Guidelines* elaboradas por el Grupo de Investigación de la Eurohipoteca junto con el resto de organismos citados con anterioridad. La idea de una Eurohipoteca ha sido acogida positivamente por los diversos organismos y operadores jurídicos europeos (72). Recientemente ha salido a la luz el Libro Blanco que concreta los objetivos a perseguir por la Unión Europea y que hace referencia explícita o implícitamente a la Eurohipoteca (73).

---

págs. 48 y 49. La misma idea se refleja en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Eurohipoteca: El sistema hipotecario español como modelo de referencia», en LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.), *Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 946 y 947.

(71) Contenida específicamente en sus apartados 47 y 48: «(47) La idea de una Eurohipoteca no es nueva. Es un intento por crear un instrumento a escala comunitaria para *garantizar los préstamos* sobre la propiedad, es decir, para la *garantía real* hipotecaria, que puede utilizarse de manera flexible. Los que proponen la idea defienden que su aspecto central —el debilitamiento del vínculo (la accesibilidad) entre la *garantía real* hipotecaria y el crédito hipotecario— facilitaría la creación y transferencia de hipotecas, lo cual repercutiría de forma beneficiosa en el mercado del crédito hipotecario en conjunto, en especial en su financiación. (48) La Comisión tiene conocimiento de proyectos de participantes en el mercado y de los dirigidos por medios académicos, encaminados a concebir un modelo de Eurohipoteca realizable bajo la forma de un 26.º régimen. La Comisión revisará cómo proponen estas iniciativas que se trate un asunto tan complejo, que afecta a muchos otros ámbitos relacionados».

(72) No sólo los Estados miembros han dado su apoyo a la Eurohipoteca, como Chipre o Hungría («The introduction of a 26th regime could be crucial from the point of view of integrating both the primary market of home loans and the secondary market of mortgage backed securities»), sino también organismos muy representativos en el ámbito del mercado hipotecario europeo, como el Citigroup Inc. («Citigroup is strongly in favour of the Euromortgage initiative. It is a basic building step towards the emergence of a single market for mortgage lending and funding»). Información disponible en la siguiente página web: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/home-loans/comments\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/comments_en.htm). Los dos únicos órganos comunitarios que contestaron fueron el Banco Central Europeo y el Comité Económico y Social. Para un estudio completo sobre estas reacciones, ver NASARRE AZNAR, S., «Reacciones al Libro Verde de la Unión Europea sobre el crédito hipotecario en torno a la Eurohipoteca», en MUÑOZ ESPADA, E., y SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E., y NASARRE AZNAR, S., «Un modelo para...», *ob. cit.*, pág. 125 y sigs.

(73) White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets —COM(2007) 807—, de 18 de diciembre de 2007, que no hace una referencia expresa a la Eurohipoteca, pero sí en otros documentos que acompañan al Libro Blanco. En este sentido se pronuncia NASARRE AZNAR, S., «Eurohypothech & Eurotrust. Two instruments for a true European Mortgage Market alter the EC White Paper 2007 on the integration of EU Mortgage Credit Markets». Working Paper for ZERP, Uni Bremen, 1-1-2008: «h. The Eurohypothech expressly appears in two Annexes of the White Paper: Annex 2 Process (Commission Staff Working Document-Accompanying the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credits Markets-Impact assessment), just for saying that the Eurohypothech («Euromortgage», they call it) is a matter of study alter the Green paper 2005 release. Annex 3: Impact

## 2. SU APLICACIÓN A LOS PRÉSTAMOS SINDICADOS

La Eurohipoteca permitiría: a) solucionar el problema de incluir nuevos acreedores en los préstamos sindicados gracias a su naturaleza contractualmente accesoria del crédito (74), y b) la posibilidad de que el banco agente designado ostentase la garantía fiduciariamente en beneficio del resto. En consecuencia, una regulación de la Eurohipoteca debería ir acompañada a su vez de una normativa que regulase la institución de los patrimonios fiduciaros con facultades de *trust*. La Eurohipoteca permitiría agilizar las operaciones de préstamos transfronterizas en los siguientes aspectos:

1. La sindicación ordinaria sería posible de forma óptima con la Eurohipoteca tanto a un nivel nacional como europeo. Una vez fijada en su constitución una cantidad máxima en el Registro de la Propiedad en garantía de una determinada obligación, existe la posibilidad por parte del propietario de redimir o recuperar la Eurohipoteca (75). De esta forma, cuando parte del préstamo sindicado se encuentre parcialmente amortizado y las entidades prestamistas tengan la voluntad de realizar una ampliación del préstamo sindicado, no sólo no va a ser necesario alterar la cifra de responsabilidad hipotecaria y hacer frente al AJD, aspecto que ya permite la Ley 41/2007, sino que

---

assessment on specific issues (Commission Staff Working Document-Accompanying the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credits Markets-Impact assessment, págs. 168 y 169), in the field of transfer of mortgage portfolios, a solution would be «to issue a recommendation to Member States [...], to issue legislation or to create an “Eurohypothech”, as an alternative instrument for securing loans on property to existing national concepts of collateral (bold is mine) and recommends further research», pág. 9.

(74) De acuerdo con las *Basic Guidelines for a Eurohypothech*: «La Eurohipoteca es un gravamen inmobiliario no accesorio que atribuye a su titular el derecho al pago de una suma de dinero sobre un inmueble. Generalmente se emplea en combinación con un contrato de garantía». El contrato de garantía es el nexo de unión entre garantía y obligación, lo que permite hablar de una accesoriidad contractual en vez de legal. La Eurohipoteca, en este caso, sí que es accesoria, pues no hay que confundir la accesoriidad de la hipoteca, que supone única y exclusivamente la mayor o menor vinculación del derecho real respecto a la obligación (en nuestro derecho, esta conexión deriva directamente de la ley); con la causa de la hipoteca, que no es más que la relación que existe entre la relación obligacional que origina el deber de constituirla y su posterior transmisión real al acreedor, que justifica para el derecho objetivo la disminución del patrimonio del propietario en beneficio del acreedor, ver SOERGEL, O., y STÖCKER, O., «EU Enlargement and Property Law», en *Notarius International*, 3-4/2002, pág. 239. Ver también NASARRE AZNAR, S., y STÖCKER, O., «Un pas més en la “movilització” de la hipoteca: la naturalesa i la configuració jurídica d’una hipoteca independent», en *Revista Catalana de Dret Privat*, Volum I, 2002, pág. 58 y sigs.; y STÖCKER, O., «The Eurohypothech - Accessoriness as legal dogma?», en *Basic Guidelines for...*, *ob. cit.*, pág. 44.

(75) «En el caso de que no exista un contrato de garantía válido, o si todas las obligaciones garantizadas hubieran sido reembolsadas al acreedor, el garante tiene derecho a solicitar la redención de la Eurohipoteca o de parte de ésta. Tiene derecho a decidir la forma de redención, que podría consistir en la extinción de la Eurohipoteca o en su transmisión al garante o, a elección de éste, a un tercero».

también podrían incluirse dentro del sindicato a uno o más acreedores ajenos al préstamo primitivo.

En puridad, esta facultad correspondería en exclusiva al propietario de la finca gravada, inscribiéndose al nuevo titular y cediéndose la parte correspondiente de la Eurohipoteca en escritura pública y unidad de acto, haciendo constar ambos extremos en el Registro de la Propiedad.

2. Esta posibilidad implica que tendría que resolverse la prioridad de cada uno de los acreedores sindicados dentro de la misma Eurohipoteca. Desde un punto de vista legal, podría optarse por una igualdad de rango en base al artículo 227 RH (76), lo que provocaría que los acreedores dentro de la misma Eurohipoteca fueran preferentes de rango, o simplemente considerar a los titulares que concurran bajo la misma Eurohipoteca como acreedores mancomunados (arts. 1.137 y 1.138 CC), aplicando analógicamente la regla del artículo 1.139 del Código Civil en virtud de la cual si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podría hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores.

3. Si finalmente acabara por regularse la institución del *patrimonio fiduciario o el trust*, no sería incluso necesario inscribir al nuevo titular ni pagar de nuevo el AJD por la escritura pública de redención y posterior cesión de la hipoteca. Además, no haría falta fijar reglas de prioridad pues el banco agente tendría fiduciariamente la hipoteca en beneficio del resto de acreedores sindicados, cuyos pactos no diferirían demasiado del actual contenido del *intercreditor agreement* (de hecho, el banco agente actúa como mandatario del resto de entidades participantes y lleva el peso de la operación, con lo que la fiducia no encontraría obstáculos en la *praxis* para su implementación). El modelo sería parecido al anglosajón (77). La representación gráfica sería la siguiente (78):

---

(76) «Se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor».

(77) DE GISPER PASTOR, M. T.<sup>a</sup>, «Los créditos sindicados...», *ob. cit.*, págs. 11 y 12: «En la práctica anglosajona, el tema se resuelve normalmente mediante el recurso a la figura del *trust*. Si los miembros de un sindicato bancario exigen el aseguramiento del crédito mediante hipoteca (o alguna otra clase de garantía real), lo habitual es que la titularidad de la misma sea asumida por el Banco Agente en calidad de *trustee* (401). Es decir, el crédito hipotecario es ostentado únicamente por éste, pero la existencia del *trust* predetermina que debe adquirirlo, conservarlo y ejercerlo, en beneficio de los demás miembros del consorcio», accesible en <http://www.vlex.com/vid/285182>.

(78) Ver NASARRE AZNAR, S., «El patrimonio fiduciario y el *trust*. La experiencia internacional aplicada a Cataluña. El III Congreso de Derecho Civil Catalán 2005», en NASARRE AZNAR, S. y GARRIDO MELERO, Martín, *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, págs. 743 y 744. En este sentido, el autor expone la utilidad de la Eurohipoteca en los préstamos sindicados apoyado con una regulación fiduciaria: «podría efectuarse un préstamo sindicado con una sola hipoteca que garantizaría

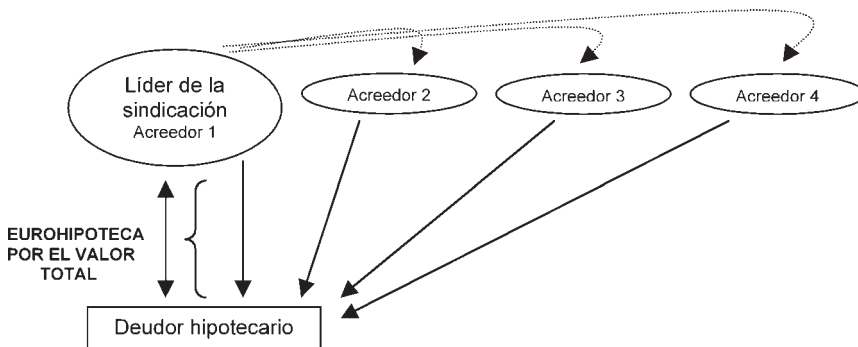


Figura 2. Préstamo sindicado con Eurohipoteca.

El negocio fiduciario existente en el Derecho español no permite adoptar esta estructura, al no tener el fiduciario propiamente un derecho real (79).

4. En cuanto a la posibilidad de sindicación sobrevenida inversa, se solucionarían los problemas que conlleva la actual Ley 2/1994. Uno de los inconvenientes citados por la doctrina respecto a la implementación de una Eurohipoteca radica en que esta Ley rige en España sin que exista una de

todos los créditos, pero que la tendría el líder del sindicato, para él en la parte de su crédito y en fiducia para el resto de acreedores en sus respectivos créditos [...] Gracias a la fiducia, la parte de la hipoteca que es tenida fiduciariamente por el líder del sindicato, en caso de concurso de éste será separada de su masa concursal, puesto que se deberá considerar de titularidad ajena (art. 80 LC)».

(79) De acuerdo con las SSTs de 26 de abril de 2001 [RJ 2001/2037] y 26 de julio de 2004 [RJ 2004/6633], las líneas básicas de este derecho son las siguientes: «1.º La transmisión en garantía es un negocio fiduciario del tipo de la fiducia *cum creditore*. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola, a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario. 4.º La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación. 5.º El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo. 6.º La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o “venta en garantía” es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la “venta en garantía” como un negocio en fraude de ley (art. 6.4.º CC)».

igual contenido en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea (80). Si bien ello es cierto, la Eurohipoteca no tiene nada que ver con la existencia o inexistencia de esa norma.

La nueva entidad que desee subrogarse en un determinado crédito no debería acudir al procedimiento previsto en la Ley 2/1994 puesto que simplemente a través de la amortización del préstamo nacería automáticamente el derecho a favor del propietario de recuperar de la garantía, lo que permitiría ceder la Eurohipoteca al nuevo acreedor y pactar las nuevas condiciones del préstamo sin la vinculación al resto de cláusulas, las cuales deberían novarse en un momento posterior con la regulación actual una vez el banco se haya subrogado modificando el tipo de interés o los plazos de amortización, o ambos (art. 4 de la Ley 2/1994).

5. La Eurohipoteca no debería adoptar un sistema de responsabilidad solidaria cuando la hipoteca recayese sobre diversas fincas (la denominada *joint mortgage*, en donde cada una de ellas respondería por el montante total del préstamo hipotecario —en el caso estudiado, los inmuebles situados en Reino Unido, España y Polonia—. Es preferible, como sucede en España, mantener el sistema de distribución de responsabilidad (la Ley Hipotecaria lo exige en el art. 119 LH, y la jurisprudencia y la doctrina se muestran reacios a adoptar la solidaridad) (81), lo que desde luego permiten las *Basic Guidelines* (82).

6. La Eurohipoteca es el único instrumento que gracias a su certeza y transparencia puede posibilitar que cada uno de los acreedores del sindicato provengan de países diferentes de la Unión Europea, facilitando consorcios óptimos y transnacionales paneuropeos.

## VII. CONCLUSIONES

I. Los problemas estructurales en los préstamos sindicados bajo derecho español no se solucionan con la Ley 41/2007. Aún así, y a pesar de que su redacción es mejorable en algunos aspectos, es un paso adelante en la modernización del Derecho Hipotecario español. Puede afirmarse que esta Ley supone cierta flexibilización en cuanto a la financiación de particulares se refiere, pues gracias a la hipoteca recargable se van a poder desembolsar nuevas cantidades utilizando la misma garantía hipotecaria con distintos fines, como la financiación de viajes de ocio, coches, mobiliario y otras necesidades secundarias.

---

(80) Ver las RRDGRN de 15 de junio de 1993 [*RJ* 1993/5345] y 3 de mayo de 2000 [*RJ* 2000/5829]; y ROCA-SASTRE, R. M.<sup>a</sup> y ROCA SASTRE, L., *ob. cit.*, vol. VIII, pág. 219 y sigs.

(81) Ver, por ejemplo, la RDGRN de 3 de mayo de 2000 [*RJ* 2000/5829].

(82) Ver NASARRE AZNAR, S., «Eurohypothec & Eurotrust...», *ob. cit.*, pág. 13.

A su vez, a través de la hipoteca flotante o «empresa», se da una respuesta eficiente a un segundo estadio de relaciones jurídicas en donde intervienen sociedades y empresas para las que el volumen de negocio y, por ende, del préstamo concedido, es mayor, pero sin llegar a la necesidad de constituir un consorcio de acreedores.

Sin embargo, la Ley 41/2007 es insuficiente para solucionar los problemas actuales en el *corporate finance*: sólo puede solucionarse a través de una herramienta aún más flexible y, sobretudo, paneuropea. No puede entenderse la Eurohipoteca partiendo de una mentalidad local o nacional. La Eurohipoteca no tiene como prioridad atender las necesidades de los consumidores que desean acceder al mercado de la vivienda ni a las pequeñas y medianas empresas. Ello no comporta en ningún caso la exclusión de la Eurohipoteca para estas finalidades. Además, la Eurohipoteca es el único instrumento que permitiría un mercado interior europeo real a través de la potenciación de préstamos transfronterizos, pues la Ley 41/2007 sólo está pensado para el mercado español, lo que no está en consonancia con los principios comunitarios.

La estructura del caso estudiado de préstamo sindicado resulta inviable desde un punto de vista práctico, pues sería necesario constituir tantas hipotecas como bienes inmuebles existan, sujetas en su constitución a legislaciones y sistemas registrales distintos. Ello provoca que en la práctica sea la empresa sucursal de cada país la que conceda el préstamo hipotecario, pero a falta de una sucursal el coste de investigación de la seguridad y características de la hipoteca —*workflow*— resulta en ocasiones demasiado considerable para llevar a cabo la operación.

II. La gran mayoría de préstamos en el *corporate finance* son sindicados, y en muchos de ellos no se constituye una hipoteca para evitar la aplicación del impuesto. Sería deseable que el AJD no constituyera una barrera infranqueable en el mercado hipotecario. La Eurohipoteca otorgaría la seguridad jurídica necesaria para garantizar operaciones de préstamo transnacionales a través de bienes inmuebles situados en estados miembros con un tipo impositivo menor, lo que provocaría indirectamente que los diversos Estados miembros modificaran su legislación fiscal.

Por otra parte, disminuiría el riesgo de las entidades bancarias para desembolsar un préstamo de gran cuantía y fomentaría la libre competencia entre los prestamistas de diversos estados miembros, lo que repercutiría en beneficio del prestatario que podría conseguir unos tipos de interés más atractivos.

Uno de los motivos que se ha argüido en contra de la implementación de una Eurohipoteca es la protección de consumidores y usuarios, que, se dice, pueden verse perjudicados si someten el contrato de préstamo a una legislación distinta de la propia y con una menor protección legal. Esta situación ha sido puesta de relieve por el Libro Verde sobre la transformación del Conve-

nio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (83).

Aunque ello es muy discutible, en cualquier caso para lo que hoy nos ocupa, las empresas que actúan como prestatarias en el *corporate finance* no tienen tal condición de consumidores y usuarios con lo que no se plantearían problemas de este tipo en este ámbito determinado. Es más, es difícil que surjan problemas en los contratos de préstamo cuyas cláusulas se encuentran enormemente estandarizadas. Si realizamos una comparación entre un modelo de préstamo estándar al amparo del Derecho español y un contrato basado en el modelo anglosajón, no se observan profundas diferencias más allá de la genuina estructura que presentan este último tipo de contratos (84). En el caso

---

(83) Bruselas, 14-1-2003 COM (2002) 654: «Ciertamente, gracias a numerosas directivas comunitarias, todos los consumidores residentes en la Unión Europea disfrutan hoy en día de un estándar mínimo comunitario de protección. Conviene, no obstante, tener presente que estas directivas no abarcan todas las normas de Derecho que garantizan la protección del consumidor. Además, pueden seguir existiendo diferencias de un país a otro, en particular, en caso de no transposición de una Directiva por un Estado miembro: debido a la falta de efecto directo horizontal de las directivas, el consumidor no puede alegar, en sus relaciones con la otra parte contratante el beneficio de una disposición no incorporada al ordenamiento jurídico nacional. Por último, diversas directivas comunitarias sólo introducen un estándar mínimo de protección que se queda por debajo de la protección concedida al consumidor en algunos Estados miembros», págs. 31 y 32.

(84) La estructura de un *Facility Agreement* bajo el Derecho anglosajón sigue un mismo patrón, pero su contenido está sujeto a variaciones dependiendo de la garantía que se haya constituido para garantizar la operación. Comenzando con una descripción de las partes (*Agent*, *Arrangers* y los *Obligors*) se procede a realizar un extenso glosario del significado de los términos financieros más representativos del contrato. Así, es común con el contrato de préstamo hipotecario español el régimen de mancomunidad: «The obligations of each Finance Party under the Finance Documents are several. Failure by a Finance Party to perform its obligations under the Finance Documents does not affect the obligations of any other Party under the Finance Documents. No Finance Party is responsible for the obligations of any other Finance Party under the Finance Documents», las cláusulas de disposición precedentes y durante la vida del préstamo (*Conditions precedent* y *Further conditions precedent*), la irrevocabilidad de la orden de reembolso efectuada por el prestatario para disponer del fondo («Each Utilisation Request for a Loan is irrevocable and will not be regarded as having been duly completed unless...»), la cláusula de ilegalidad: «If it becomes unlawful in any applicable jurisdiction for a Lender to perform any of its obligations as contemplated by this Agreement or to fund, issue or maintain its participation in any Utilisation: that Lender, shall promptly notify the Agent upon becoming aware of that event; upon the Agent notifying the Company, the Commitment of that Lender will be immediately cancelled; and the Company shall repay that Lender's participation in the Utilisations on the last day of the Interest Period for each Utilisation occurring after the Agent has notified the Company or, if earlier, the date specified by the Lender in the notice delivered to the Agent (being no earlier than the last day of any applicable grace period permitted by law); las cláusulas de amortización anticipada voluntaria o obligatoria (*voluntary or mandatory prepayment*): «Upon the occurrence of: a Change of Control; or the sale of all or substantially all of the assets of the Group whether in a single transaction or a series of related transactions»; la cláusula *No misleading information* («Save as disclosed in writing to the Agent and the Arranger prior to the date of this

de una implementación de la Eurohipoteca, los modelos de contrato de préstamo anglosajones coparían casi con total seguridad la inmensa mayoría de operaciones de préstamo transfronterizas.

Una armonización a través de la Eurohipoteca sí que tendría que comportar la armonización de otras áreas íntimamente vinculadas, como el daño de refinanciación, los diferentes sistemas de valoración de inmuebles y el difícil acceso a los sistemas de información sobre solvencia (85).

III. La Eurohipoteca no debería ser tratada como un elemento intrusivo en cada uno de los Ordenamientos Jurídicos existentes en la Unión Europea, pues en cualquier caso cada Estado Miembro seguiría manteniendo sus propias modalidades de hipoteca (en el caso de España, las hipotecas ordinaria y de seguridad) (86). A la espera de su regulación, la Eurohipoteca es un modelo ideal al cual deberían tender los diversos Estados Miembros para flexibilizar sus respectivas hipotecas nacionales en una primera etapa.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, Francisco; DEL RÍO, Ana, y BLANCO, Roberto: «Créditos hipotecarios a tipo de interés fijo frente a tipo variable: comparación de riesgos e implicaciones macroeconómicas», en *Boletín económico - Banco de España*, pág. 80.
- AURIOLES MARTÍN, Adolfo J.: *Créditos sindicados con interés variable*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, pág. 19.
- ÁLVAREZ CANAL, Pilar, y GÓMEZ DE MIGUEL, José Manuel: «La estructura de tipos de interés en los préstamos hipotecarios sobre viviendas», en *Boletín económico - Banco de España*, núm. 7-8, 2003, págs. 99-104.
- BASIC GUIDELINES FOR A EUROHYPOTHEC (Edited by Agnieszka Drewicz-Tulodziecka, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005).
- DE GISPERT PASTOR, María Teresa: *Los créditos sindicados. Su integración en el sistema jurídico español*, Bosch Editor, Barcelona, 1986. Accesible a través de [www.vlex.com](http://www.vlex.com) (<http://www.vlex.com/vid/285182>, pág. 10; y <http://vlex.com/vid/285178>, pág. 3).
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNGARA, Luis: «Los préstamos y créditos sindicados con interés variable», en BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar (Coord.): *Contratos Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 864 y sigs. y págs. 876 y 877.

---

Agreement any factual information contained in the Information Package was true and accurate in all material respects as at the date of the relevant document containing the information or (as the case may be) as at the date the information is expressed to be given»); el tipo de interés (EURIBOR); en materia de *Financial Covenants* —compromisos financieros— como el *Gearing Ratio*, de parecido contenido al LTV (GAV/TOTAL NET DEBT) o el *Secured Rental Assets Ratio*; etc...

(85) Extraídas en parte de la clasificación que realiza GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Eurohipoteca: el sistema...», *ob. cit.*, págs. 928 y 989.

(86) Vid. *supra*.

- FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena Bellod: *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 17.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «La Eurohipoteca: El sistema hipotecario español como modelo de referencia», en LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.): *Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 946 y 947.
- *La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia*. Se puede consultar en <http://www.notariosyregistradores.com/>, 04-XI, pág. 9; págs. 48 y 49.
- INFORME ANUAL DE LA FEDERACIÓN HIPOTECARIA EUROPEA DE 2006. El documento puede consultarse en [www.hypo.org](http://www.hypo.org).
- MURO VILLALÓN, Jesús Víctor: *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1993, pág. 177 y sigs. y págs. 183 a 186.
- MUÑIZ ESPADA, E.; SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>a</sup> E., y NASARRE AZNAR, S.: *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de España, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2008, pág. 39 y sigs.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 111 y sigs.
- «Hacia la superación de las deficiencias jurídicas y económicas de algunos sistemas hipotecarios: el ejemplo del Derecho francés», en MUÑIZ ESPADA, E.; SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>a</sup> E., y NASARRE AZNAR, S.: *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de España, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2008, pág. 182 y sigs.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «El patrimonio fiduciario y el trust. La experiencia internacional aplicada a Cataluña. El III Congreso de Derecho Civil Catalán 2005», en NASARRE AZNAR, Sergio y GARRIDO MELERO, Martín: *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, págs. 743 y 744.
- *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 443 y sigs.
- «La reforma del Derecho Registral inglés», en *RCDI*, año núm. 78, núm. 671, 2002, pág. 1303 y sigs.
- «Eurohypothec & Eurotrust. Two instruments for a true European Mortgage Market alter the EC White Paper 2007 on the integration of EU Mortgage Credit Markets». Working Paper for ZERP, Uni Bremen, 1-1-2008, págs. 9 y 13.
- *Securitisation & mortgage bonds; Legal aspects and harmonisation in Europe*, Gostick Hall Publications, Saffron Walden, 2004, pág. 5 y sigs.
- «Reacciones al Libro Verde de la Unión Europea sobre el crédito hipotecario en torno a la Eurohipoteca», en MUÑIZ ESPADA, E.; SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>a</sup> E., y NASARRE AZNAR, S.: *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de España, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2008, pág. 125 y sigs.
- NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar: «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de Europa central», en *RCDI*, núm. 671, mayo-junio, 2002, pág. 930 y sigs.
- «Un pas més en la “movilització” de la hipoteca: la naturalesa i la configuració jurídica d'una hipoteca independent», en *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. I, 2002, pág. 58 y sigs.

- «Eurohypothech and Eurotrust. Future elements of a pan-European mortgage market», en *Innovation in securitisation*. Yearbook, 2006, DE BRIES, Jan Job, y ALI, Paul (Coords.), The Hague, 2006, ed. Kluwer Law International.
- *Securitisation & mortgage bonds; Legal aspects and harmonisation in Europe*, Gostick Hall Publications, Saffron Walden, 2004, pág. 5 y sigs.
- PRESIDENTE DON GREGORIO MAYAYO. Informe de la Asamblea General de la AHE, junio de 2006 y 2007.
- ROCA SASTRE, Ramon María, y Roca SASTRE, Luis, *Derecho Hipotecario*, 8.<sup>a</sup> ed., Tomo VII, Barcelona, Bosch, 1995-1999, pág. 287 y sigs.; y pág. 289.
- Vol. VIII, págs. 322 y 323; y pág. 219 y sigs.
- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> Goñi: «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes puras», en *RCDI*, núm. 701, mayo-junio de 2007, pág. 1345.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «La Eurohipoteca», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2003, pág. 4279 y sigs.
- SOERGEL, O., y STÖCKER, O.: «EU Enlargement and Property Law», en *Notarius International*, 3-4/2002, pág. 239.
- STÖCKER, Otmar: «La Eurohipoteca», traducción de CASERO MEJÍAS, Manuel, en *RCDI*, enero-febrero, núm. 620, 1994, pág. 118 y sigs.
- «The Eurohypothech - Accessoriness as legal dogma?», en *Basic Guidelines for a Eurohypothech* (Edited by Agnieszka Drewicz-Tulodziecka, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005), pág. 44.
- TEJEDOR BARTOLOMÉ, Cristina: «Los préstamos sindicados como alternativa a la financiación tradicional», en *Estrategia financiera*, núm. 218, 2005, pág. 34 y sigs.
- WACHTER, Thomas: «La garantie de crédit transfrontailleur sur les immeubles au sein de l'Union européenne», en *Notarius International*, Vol. 4, 1999, págs. 183 a 185.
- WOLFSTEINER, Hans, y STÖCKER, Otmar: «A non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe», en *Notarius International*, Vol. 8, 1-2/2003, pág. 118 y sigs.

## RESUMEN

### PRÉSTAMOS SINDICADOS

El pasado mes de diciembre entró en vigor la Ley 41/2007, del mercado hipotecario, cuya promulgación tuvo lugar, entre otros fines, para legalizar y flexibilizar algunas de las operaciones que en la práctica bancaria se venían realizando con asiduidad (por ejemplo, la hipoteca inversa, la hipoteca «recargable», o la bautizada por la Exposición de Motivos de la Ley como hipoteca «flotante»). Sin embargo, la nueva regulación no ha solucionado la problemática que se suscita en torno a aquellos préstamos que

## ABSTRACT

### SYNDICATED LOANS

In December last Act 41/2007 on the mortgage market went into force. Among other purposes, it was enacted to legalise and give greater flexibility to some of the operations that the banking industry had been performing assiduously (e.g., reverse mortgages, rechargeable mortgages and what the act's preamble calls «floating» mortgages). However, the new regulation has not solved the problems concerning loans whose large size and purpose (corporate financing) make it best for a number of banks to be involved

*son desembolsados por una pluralidad de bancos debido a su cuantía y finalidad (financiación corporativa). Son los préstamos sindicados, que en ocasiones se encuentran garantizados con una hipoteca inmobiliaria. El presente trabajo analiza la realidad de los préstamos sindicados en el Derecho español vigente (por ejemplo, la modalidad de hipoteca empleada —ordinaria o de seguridad— o la posibilidad de incorporar nuevos acreedores al consorcio con posterioridad a su creación); y se ofrece una herramienta que ayude a superar los diversos problemas jurídicos que se plantean: la Eurohipoteca, una garantía contractualmente accesoria del crédito que puede posibilitar una sindicación segura, flexible y paneuropea.*

*in providing the money. These are syndicated loans, which are sometimes secured by real estate mortgages. This paper analyses the real situation of syndicated loans in current Spanish law (e.g., the mode of mortgage used —ordinary or security mortgage— and the possibility of bringing new lenders into the consortium after its creation); and it suggests a tool to help address the various legal problems: the euromortgage, a guarantee that is contractually accessory to the loan and can pave the way to secure, flexible, pan-European loan syndication.*

*(Trabajo recibido el 13-05-08 y aceptado para su publicación el 20-03-09)*

# DERECHO COMPARADO



# La protección del menor en el seno familiar: El *stato de filiazione* 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 *STATUS* DE HIJO LEGÍTIMO.
2. LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN. TÍTULO DE ESTADO Y POSESIÓN DE ESTADO.
3. LAS ACCIONES DE ESTADO LEGÍTIMO.
4. EL DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD.
5. LA IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMIDAD.
6. LA RECLAMACIÓN DE LA LEGITIMIDAD.
7. EL RECONOCIMIENTO DEL HIJO NATURAL:
  - 7.1. NATURALEZA DEL RECONOCIMIENTO.
  - 7.2. EFECTOS.
  - 7.3. CAPACIDAD PARA EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO.
  - 7.4. LA FORMA DEL RECONOCIMIENTO.
8. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD.
9. LA FILIACIÓN NO RECONOCIBLE.
10. LA LEGITIMACIÓN DEL HIJO NATURAL.

## 1. EL STATUS DE HIJO LEGÍTIMO

Paradójicamente, el Ordenamiento jurídico italiano, pese a asegurar una presumible igualdad plena entre los hijos nacidos de progenitores casados entre sí y los hijos de progenitores que no lo están, sigue manteniendo una diferencia incuestionable entre las categorías de hijo legítimo e hijo natural (1).

Según se desprende de la normativa vigente, hijos legítimos son aquellos cuya procreación tiene lugar entre los cónyuges constante matrimonio (2). El Ordenamiento reconoce, de hecho, al matrimonio la capacidad de determinar el *status* personal de los hijos concebidos entre los cónyuges, toda vez que comporta la obligación de fidelidad y con ella la exclusión de otras relaciones sexuales, permitiendo al legislador afirmar que «*el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio*» (art. 231 CC).

En este sentido, deben ser considerados presupuestos de legitimidad de la filiación, el matrimonio de los progenitores, el parto de la mujer, la concepción constante matrimonio y la paternidad del marido. Algunas de estas circunstancias son plenamente comprobables: así, la celebración del matrimonio resulta de la constancia en el Registro Civil, y el parto de la mujer de la declaración realizada ante el encargado del Registro Civil en el momento de proceder a la inscripción del nacimiento, cuya veracidad se encuentra penalmente protegida. Sin embargo, la fecha de la concepción y la paternidad del marido son, de por sí, inciertas, viniendo por ello determinadas mediante las presunciones contempladas en los artículos 231 y 232 del Código Civil italiano.

En cuanto al primer requisito, el matrimonio de los padres puede ser civil o religioso con efectos civiles. Sin embargo, no es necesario que el matrimonio sea válido, pues conforme al artículo 128 del Código Civil: «*Los efectos del matrimonio válido se producen también respecto de los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio declarado nulo, así como respecto de los hijos nacidos antes del matrimonio y reconocidos con anterioridad a la sentencia que declara la nulidad*». Respecto de los hijos, los efectos del matrimonio válido se producen también aunque cualquiera de los dos cónyuges hubiera actuado de mala fe, salvo que la nulidad proceda por causa de bigamia o de incesto.

En relación con el segundo presupuesto, la comprobación de la maternidad debe ponerse de manifiesto que no necesariamente la mujer que ha dado a luz un hijo resulta jurídicamente la madre. La ley impone que, dentro de los diez días siguientes al nacimiento, se realice por los sujetos legitimados la relativa

---

(1) BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2005. DOSETTI: «La disciplina dello status di figlio», en *FPS*, 2006, pág. 416. SESTA, M., *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 2007, pág. 239 y sigs.

(2) BUCCIANTE: Voce «Filiazione legittima», en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989. COSSU, «Filiazione legittima», en *Riv. Dir. Civ.*, 1981, I.

declaración, en base a la cual el encargado del Registro Civil practica la inscripción de nacimiento (3). En esta inscripción deberán constar el lugar, año, mes, día y hora del nacimiento, los datos personales, la nacionalidad y la residencia de los progenitores legítimos, así como los de aquellos que realicen la declaración de reconocimiento de filiación natural. También deberá constar el sexo de nacido y el nombre que se le impone (4). En consecuencia, el declarante debe necesariamente expresar algunas circunstancias, mientras otras, en concreto aquellas relativas a la maternidad y a la paternidad, pueden ser recogidas en la inscripción solamente si el nacimiento procede de una unión legítima, por ejemplo, si la madre está casada, salvo la obligación del declarante de respetar la eventual voluntad de la mujer de no ser mencionada (5).

El artículo 231 del Código Civil establece que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio; se trata de una presunción en base a la cual la paternidad del hijo nacido de una mujer casada viene atribuida por ley, sin que sea necesaria declaración alguna por parte del marido, y mucho menos una investigación concreta de la efectiva paternidad. El artículo que comentamos se integra con aquellos que regulan la inscripción de nacimiento. Si el declarante menciona en la inscripción a la madre, lo que sólo es posible si consta que está casada, viene automáticamente determinada la paternidad del marido; desde el momento en que la madre, aunque esté casada, no venga mencionada, no se podrá realizar la atribución de paternidad del marido.

La presunción de paternidad del marido opera sólo con respecto al hijo concebido durante el matrimonio. La determinación del momento de la concepción, que reviste una importancia decisiva toda vez que condiciona la atribución de la paternidad, se alcanza también a través de una presunción. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 232 del Código Civil, se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido cuando hayan transcurrido ciento ochenta días desde la celebración y siempre que no hayan transcurrido todavía los trescientos días siguientes a su nulidad, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio (6). En aplicación del *favor legitimitatis*, la ley (art. 233 CC) considera también legítimo, salvo desconocimiento de la paternidad, al hijo nacido antes de que hayan transcurrido los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

Con respecto a la presunción de la concepción constante matrimonio, debe recordarse que, por aplicación del artículo 232.2 del Código Civil, la misma no opera transcurridos los trescientos días siguientes a la sentencia

---

(3) Artículo 30, d. p. r. (Decreto del Presidente de la República), 3 de noviembre de 2000, n. 396, que disciplina el ordenamiento del Registro Civil.

(4) Artículo 29.2, d. p. r. n. 396/2000.

(5) Artículo 30.1, d. p. r. n. 396/2000.

(6) BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002.

judicial de separación, o desde la separación acordada de mutuo acuerdo, o desde la fecha de la comparecencia de los cónyuges ante el Juez cuando los mismos han sido autorizados a vivir separadamente tras el juicio de separación o después del juicio previsto en el primer párrafo de este artículo.

La adquisición de la condición de hijo legítimo por haber nacido antes de que hayan transcurrido los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio puede ser impugnada, según la previsión del artículo 233 del Código Civil, mediante el ejercicio de la acción de desconocimiento. En este caso, algunos autores estiman que el actor deberá probar simplemente que el hijo ha nacido antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio; sin embargo, para otros deberá dar un resultado negativo en las pruebas de paternidad.

Con el artículo 234 del Código Civil, el legislador ha regulado el caso del hijo nacido *«después de los trescientos días siguientes a la nulidad, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio (...) a la sentencia de separación judicial o de la separación acordada de mutuo acuerdo, o desde la fecha de la comparecencia de los cónyuges delante del Juez cuando los mismos han sido autorizados a vivir separadamente por mor del juicio de separación»*. La solución acogida es que el hijo nacido después de los trescientos días no adquiera el *status* de legitimidad, salvo que se pruebe que el embarazo ha tenido una duración excepcional.

## 2. LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN. TÍTULO DE ESTADO Y POSESIÓN DE ESTADO

En orden a la prueba de la filiación, cabe destacar la pluralidad de mecanismos admitidos por el Ordenamiento jurídico italiano, toda vez que la filiación legítima puede ser probada por medio de la inscripción de nacimiento y, faltando ésta, mediante la posesión de estado o recurriendo a los otros medios de prueba previstos en los artículos 241 y 242 del Código Civil. Estos medios de prueba se encuentran jerárquicamente ordenados, de modo que la posesión de estado adquiere relevancia solamente a falta de la correspondiente inscripción de nacimiento (art. 236.2 CC); los demás medios de prueba son tomados en consideración a falta de la inscripción de nacimiento y la posesión de estado (art. 241.1 CC) (7).

El artículo 236 del Código Civil establece que la filiación legítima se prueba a través de la correspondiente inscripción de nacimiento en el Registro Civil. Esta inscripción prueba legalmente la filiación legítima, proporcionando con ello la prueba de todos los elementos que la constituyen: ma-

---

(7) MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, Milano, 2002.

ternidad, matrimonio, concepción constante matrimonio y paternidad, esta última atribuida por ley en base a la inscripción misma (8). La inscripción de nacimiento en el Registro Civil es el título del estado de filiación, pero no tiene carácter constitutivo, de modo que, a falta de dicha inscripción, la filiación legítima puede ser probada mediante la posesión de estado continuada del *status* de hijo legítimo (arts. 236.2 y 237 CC).

Por su parte, el artículo 237 del Código Civil dispone que «*la posesión de estado resulta de una serie de actos que vienen a demostrar las relaciones de filiación y de parentesco entre una persona y la familia a la cual se pretende que pertenezca*». Las figuras de la posesión de estado y de la inscripción de nacimiento se diferencian desde un punto de vista estructural, toda vez que la primera se resume en un conjunto de actos que, a su vez, deben ser probados, mientras la segunda es una prueba documental. Sin embargo, ambas se parecen desde un punto de vista funcional, pues son pruebas legales del estado de hijo legítimo y en este ámbito se encuentran en una relación de subsidiariedad, ya que la posesión de estado vale como prueba del *status* de hijo legítimo solamente en ausencia de la inscripción de nacimiento.

La posesión de estado está constituida por una serie de indicios que el legislador valora como prueba suficiente a los fines de atribuir a un sujeto el *status* de hijo legítimo. En esta serie de actos que viene a demostrar la existencia de la posesión de estado deben, en todo caso, concurrir los tres requisitos previstos por el artículo 237.2 del Código Civil, es decir, *nomen, tractatus y fama*.

En orden a la legitimación, del artículo 237 del Código Civil, referido a la demostración de las relaciones de filiación y parentesco entre una persona y la familia a la cual se pretende que pertenezca, se desprende que para que el hijo sea legitimado se requiere una sentencia que admita la existencia de la correspondiente posesión de estado.

Cuando falta la inscripción y la posesión de estado o el hijo haya sido inscrito bajo un nombre falso o como nacido de padres desconocidos, la prueba de la filiación legítima puede estar constituida por un testimonio, como dispone el artículo 241 del Código Civil. No obstante, dicha prueba resulta condicionada en su admisibilidad, exigiendo el principio de prueba por escrito (art. 242 CC). Un supuesto ulterior de admisión de la prueba constituida por el testimonio tiene lugar cuando existan presunciones o indicios lo bastante importantes como para determinar la admisión de esta prueba.

---

(8) DOSSETTI, *op. cit.*, 2006, pág. 216. MUSACCHIO, *Manuale di diritto minorile*, CEDAM, 2007, pág. 122.

### 3. LAS ACCIONES DEL ESTADO LEGÍTIMO

Con la expresión acción de estado se está haciendo referencia al mecanismo a través del cual se solicita del Juez una sentencia sobre el *status* de la persona (9).

Las acciones de estado legítimo reguladas por las leyes son: las acciones de desconocimiento de la paternidad; las acciones de impugnación de la legitimidad y las acciones de reclamación de la legitimidad. Todas se dirigen a obtener un pronunciamiento judicial sobre el *status* de hijo legítimo.

Estas acciones presentan entre sí diferencias considerables, y los principios comunes a todas ellas se reducen hasta el punto de no permitir la formulación de una categoría unitaria. Únicamente subrayar el principio general de indisponibilidad de la situación familiar, del que se desprende la aplicabilidad a las controversias seguidas sobre el estado civil de los artículos 1.966, 2733.2 y 2934.2 del Código Civil.

Desde el punto de vista procesal conviene recordar lo dispuesto por el artículo 9 CPC (10) que reserva a la exclusiva competencia de los Tribunales todas las causas relativas al estado civil de la persona, así como los artículos 806 a 819 CPC, que prohíben someter al arbitraje las controversias que se refieran a las cuestiones de estado civil.

De las acciones de estado se diferencian las acciones de rectificación de las inscripciones del Registro Civil (reguladas, entre otras disposiciones, por los arts. 454 y 455 del Código Civil y 95 y sigs. del d. p. r. n. 396/2000). Estas últimas, en líneas generales, se diferencian netamente de las primeras en cuanto que se dirigen esencialmente a la corrección de los errores materiales o a completar asientos incompletos. También, desde el punto de vista procesal, las dos categorías de acciones resultan netamente diferentes en cuanto a la legitimación y procedimiento.

### 4. EL DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD

La acción de desconocimiento de la paternidad (arts. 233 y 235 CC) se dirige a privar al hijo del estado de legitimidad que le ha atribuido la presunción prevista en los artículos 231, 232 y 233 del Código Civil; precisamente esta acción tiene como finalidad destruir la presunción de paternidad, pretendiendo, quien la ejerce, demostrar dicha falsedad (11).

---

(9) SEDA, *op. cit.*, 2007, pág. 244.

(10) Codice di Procedura Penale.

(11) BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 373, dice que la acción de desconocimiento de la paternidad se dirige a remover el estado de hijo legítimo, en contra de la presunción legal de paternidad, en las dos hipótesis de hijo nacido antes o después de que hayan transcu-

Las acciones de desconocimiento de la paternidad son dos, unificadas bajo una misma expresión pero fundamentadas en diferentes presupuestos: una, regulada por el artículo 233 del Código Civil, permite el desconocimiento del hijo nacido antes de que hayan transcurrido los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y, por tanto, concebido también con anterioridad; otra, prevista en el artículo 235 del Código Civil, se ejercita en el caso del hijo concebido, con base en la presunción legalmente prevista, durante el matrimonio (12).

Antes de la reforma de 1975, la legitimación para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad correspondía exclusivamente al marido (presunto padre). Se decía que el marido tenía el «monopolio» de la acción, subrayándose la absoluta discrecionalidad que la ley le atribuía para valorar la oportunidad de ejercitarla o no. Hoy en día la legitimación para ejercitar esta acción corresponde también al hijo y a la madre (13).

Partiendo de la disposición contenida en el artículo 244 *in fine*, la acción puede ser, por otra parte, promovida por un curador especial, nombrado por el Juez, una vez adquirida cierta información, a instancia del hijo que haya cumplido dieciséis años, o del Ministerio Fiscal cuando se trate de menores con edad inferior. Sobre este particular ha existido un interesante debate doctrinal y jurisprudencial, considerándose que el Tribunal, antes de proceder al nombramiento del curador, deberá valorar si el ejercicio de la acción de desconocimiento es conveniente al menor.

Por otra parte, el ejercicio de la acción de desconocimiento está subordinado a la concurrencia de dos presupuestos: el nacimiento del hijo y la existencia del título de *status* de hijo legítimo.

Doctrina (14) y jurisprudencia (15), salvo excepciones aisladas, están de acuerdo en considerar, como presupuesto de la acción, el nacimiento del hijo vivo, no considerándose un obstáculo para el ejercicio de la acción de desconocimiento la muerte del hijo nacido vivo, incluso aunque haya fallecido súbitamente después del parto. Sin embargo, sí está excluida la posibilidad de ejercitar esta acción antes del nacimiento, porque la inexistencia del título

---

rido los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Vid. MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 129.

(12) TORRENTE, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2006.

(13) Dice BONILINI, G., *Manuale di Diritto di Famiglia*, UTET, Torino, 2005, pág. 247, que promoviendo esta acción se permite probar que el hijo nacido constante matrimonio no ha sido verdaderamente engendrado por el marido, haciendo así prevalecer la realidad en contra de una situación derivada de una presunción legal. La ampliación de la categoría de los legitimados para proponer la acción testimonia que, pese a la importancia del *favor legitimitatis*, prevalece el *favor veritatis*.

(14) FINOCCHIARO, *Diritto di Famiglia*, Milano, 1994.

(15) Cass. 10-10-1992, n. 11073, en *DFP*, 1993, I, pág. 468. Cass. 29-12-1990, n. 12211, en *FI*, 1992, I, pág. 198; Cass. 1988, n. 4281. Cass. 21-4-2000, n. 5248, en *FD*, n. 6/2000, pág. 562.

impide el nacimiento de los intereses tutelados por la acción. De hecho, presupuesto para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad es la existencia del título de *status* de hijo legítimo (o de la posesión de estado). Se considera que, hasta que no se haya verificado el acto de nacimiento —que es título de estado, en tanto contiene la certeza de la maternidad y da eficacia a la presunción de paternidad del art. 231 del Código Civil—, no surge estado de legitimidad que desconocer. De esto se desprende que la acción sólo será admitida si se dirige a contestar un *status* cierto y documentado del acto del nacimiento.

El artículo 235 del Código Civil permite el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio en los siguientes casos: *a*) si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento (16); *b*) si durante el período anteriormente expuesto el marido estaba afectado por impotencia (17); *c*) si en el antedicho período la mujer ha cometido adulterio o ha tenido oculto al marido el propio embarazo y nacimiento del hijo.

Mientras en los dos primeros supuestos, demostración de ausencia de relaciones sexuales o de impotencia, la carga de la prueba corresponde al actor, en el último supuesto, el adulterio o la ocultación del embarazo o del nacimiento pueden de por sí excluir la efectiva paternidad del marido. El texto de la norma, artículo 235 del Código Civil, precisa que *en tales casos*, es decir, probado el adulterio o la ocultación, podrá el actor proceder a demostrar que el hijo presenta características genéticas o del grupo sanguíneo incompatibles con las del presunto padre, o cualquier otro hecho tendente a excluir la paternidad.

La Corte constitucional ha declarado recientemente *illegittimo* el artículo 235.1.3. del Código Civil (18), en la parte que subordina la apreciación de la prueba genética a la previa demostración del adulterio de la mujer. Recogiendo las críticas presentadas casi unánimemente por la doctrina, la Corte ha establecido que esta subordinación probatoria es, de una parte, irracional, con la consiguiente violación del artículo 3 de la Constitución italiana, atendida

---

(16) SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 247, entiende que por lo que respecta a esta primera hipótesis, es necesario y suficiente probar la ausencia de cohabitación y, por tanto, la ausencia de relaciones íntimas entre los cónyuges durante todo el período legalmente previsto para la concepción. A diferencia de lo establecido por el artículo 235.3 del Código Civil, el legislador no ha mencionado, con respecto a la falta de cohabitación, la posibilidad de recurrir a la prueba genética, por lo que la doctrina la considera inadmisibles.

(17) SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 248, pone de manifiesto que, en el caso de que el marido impotente haya consentido la inseminación heteróloga de la mujer —pese a la prohibición legal—, no podrá ejercitar la acción de desconocimiento.

(18) Corte cost., 6-5-1985, n. 134, en *FI*, 1985, I, 1905, 2532 con nota de AMATUCCI; en *GI*, 1985, I, 1, 1153, con nota de DE CUPIS; en *DFP*, 1985, 397, con nota de ADAMI. Corte cost. 14-5-1999, n. 170, en *GorG*, 1999, 1097, con nota de CARBONE; en *FD*, n.4/1999, 313, con nota de FIGONE.

la irrelevancia de la prueba del adulterio a los efectos de admitir la demanda de desconocimiento interpuesta por el padre y, de otra, implica un impedimento sustancial para el ejercicio del derecho a la tutela judicial previsto por el artículo 24 de la Constitución.

Por otra parte, el párrafo inicial del artículo 235 establece que «*la sola declaración de la madre no excluye la paternidad*», principio que deriva del carácter indisponible de la acción y, por tanto, de la irrelevancia de la confesión. No obstante, aunque a la declaración de la madre no se le puede reconocer eficacia de prueba plena y determinante, esto no excluye que dicha declaración pueda ser valorada por el Juez como otro elemento de prueba, en el marco de las otras actuaciones procesales.

El tiempo de prescripción para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad está regulado en el artículo 244 del Código Civil de manera notablemente diferente para cada uno de los sujetos activamente legitimados para su ejercicio (19).

Así, la madre debe proponer la acción dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo. El marido (presunto padre) puede desconocer la filiación en el plazo de un año, que comenzará a computarse desde el día del nacimiento, cuando se encuentre al tiempo de éste en el lugar en que haya nacido el hijo, o desde el día de su regreso al lugar en el que haya nacido el hijo o donde se encuentre la residencia familiar si, al tiempo del nacimiento, se encontraba ausente. La ley admite en todo caso que, si el padre prueba que no tenía conocimiento del nacimiento, el plazo se compute desde el día en que haya tenido noticia del mismo. La acción podrá ser promovida por el hijo en el año siguiente al cumplimiento de su mayor edad o desde el momento en el que tenga conocimiento de los hechos de los que se deriva el desconocimiento.

## 5. LA IMPUGNACIÓN DE LEGITIMIDAD

La acción de impugnación de legitimidad, prevista por el artículo 248 del Código Civil, se dirige a declarar la inexistencia del estado de filiación legítima del sujeto contra quién se ejercita, estado que resulta del acta de nacimiento (20).

---

(19) Señala MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 133, que la acción de desconocimiento de la paternidad está sujeta a plazo de prescripción (*termini di decadenza*), que se justifica por la preocupación de garantizar la certeza jurídica de las relaciones familiares y de proteger los intereses de los menores. Vid. Cass. 21-4-2000, n. 5248, en *GC*, 2000, I, 1637. Corte europea diritti dell'uomo, 24-11-2005, n. 74826, en *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 2, 188.

(20) Vid. BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 370; SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 251; CATTANEO, *op. cit.*, 1988, pág. 224 y sigs.

No habiendo el legislador italiano establecido un elenco de los casos en los que esta acción es procedente, sostiene la doctrina (21) que podrá ser ejercitada en la hipótesis de impugnación de la maternidad, en la que se debe practicar la prueba de suposición del parto o de sustitución de recién nacido; en el caso de falsedad o error en la determinación de los progenitores legítimos en la inscripción de nacimiento; en el supuesto de filiación legítima resultante de la inscripción de nacimiento aunque no subsista la presunción de paternidad por haber nacido el hijo después de los trescientos días siguientes a la separación de los cónyuges y, finalmente, en el caso de falta de vínculo matrimonial entre los padres.

Con respecto al primer caso, la impugnación de la maternidad, cobran particular importancia la suposición del parto o la sustitución del recién nacido: la acción de impugnación se dirigirá de hecho a oponerse a los datos del acta de nacimiento, en la que consta no sólo el hecho del parto sino también la identidad de la mujer. El actor se dirige, entonces, a probar que la mujer que aparece como madre de un determinado sujeto no es en realidad la madre biológica.

La acción de impugnación de la legitimidad tiene carácter residual con respecto a la acción de desconocimiento de paternidad antes expuesta. Por tanto, la impugnación de la legitimidad del hijo que se presume concebido constante matrimonio, en relación al presupuesto de la paternidad, puede ser efectuada sólo con la acción de desconocimiento prevista por el artículo 235 del Código Civil y, por tanto, por parte de los sujetos, en los términos y con las condiciones antes expuestas (22).

Tampoco en los casos en los que haya sido declarada la nulidad del matrimonio (salvo el caso de matrimonio contraído de mala fe) es procedente el ejercicio de la acción de impugnación de la legitimidad, en los términos previstos por el artículo 248 del Código Civil, toda vez que no tiene incidencia sobre el *status* de los hijos (23).

La legitimación activa está reconocida a quienes constan como padres en el acta de inscripción del nacimiento y, en general, a cualquiera que pueda tener interés. En tan amplia expresión se encuentra indudablemente comprendido el hijo, porque quien tiene un título de estado de hijo legítimo tiene siempre interés en conservarlo, aun cuando dicho título documente un *status*

---

(21) BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 370 y sigs.

(22) Esta es la tesis mantenida por MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 142, y Cass. 24-3-2000, n. 3529, en *FI*, 2000, I, 3206. En sentido contrario, SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 251 y sigs.

(23) Entiende SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 251, que el caso en el que la invalidez del vínculo matrimonial permite la admisión de la acción de impugnación es el de nulidad del vínculo, contraído de mala fe por parte de ambos cónyuges, procediendo la nulidad de bigamia o de incesto y habiendo sido declarada en juicio. Todas las demás razones de nulidad no repercuten sobre el *status* de hijo.

que no es el suyo. La acción de impugnación tiene siempre carácter independiente de una eventual acción de reclamación. No incumbe a quienes ejercitan esta acción la carga de probar sus intereses, que pueden ser de naturaleza patrimonial o de índole exclusivamente moral (24). La legitimación pasiva corresponde a quienes son titulares de estas relaciones, es decir, en el juicio deben ser llamados ambos progenitores y el hijo, constituyendo un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario.

La acción es imprescriptible, por tanto, su ejercicio no está sujeto al plazo de prescripción previsto para la acción de desconocimiento de la paternidad.

La sentencia que admita la demanda declarará la inexistencia del estado de hijo legítimo, con los consiguientes efectos retroactivos y de modificación del apellido.

## 6. LA RECLAMACIÓN DE LEGITIMIDAD

La acción de reclamación de la legitimidad, expresamente mencionada en el artículo 249 del Código Civil, aparece regulada en los artículos 241 a 243 del Código Civil, sin que dichos preceptos hayan experimentado modificación alguna desde que fueron redactados en 1942 (25).

Los presupuestos de hecho de los que surge el interés protegido por la acción de reclamación, contemplados por el artículo 241 del Código Civil son, en primer término, la falta de inscripción de nacimiento o de posesión de estado, o existiendo dicha inscripción, que el hijo aparezca en ésta como de origen desconocido o, por último, que haya sido inscrito bajo un nombre falso de modo que los verdaderos progenitores no son los que aparecen registrados (26).

En los supuestos contemplados en la primera y segunda hipótesis no existe título alguno de estado civil de filiación, de modo que la acción de reclamación es desde luego procedente. Sin embargo, en el tercer supuesto, el reclamante aparece siempre provisto de un título de estado civil, el de hijo legítimo de las personas mencionadas como padres en la inscripción, de modo que se considera necesaria la remoción de este título mediante el ejercicio de la acción de impugnación de la legitimidad.

---

(24) MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 143, dice que la presencia de estos intereses puede cotejarse en relación con el hijo y con aquellos que deban percibir alimentos o se vean perjudicados en sus derechos sucesorios.

(25) Vid. BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 368 y sigs.; SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 253 y sigs.; CATTANEO, *op. cit.*, 1988, pág. 224.

(26) MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 143, pone de manifiesto que la norma del artículo 249 del Código Civil presupone la falta o la invalidez de un título de estado y tiende a la obtención de una declaración judicial que ponga de relieve la existencia del estado reclamado con la consiguiente modificación de la situación jurídica preexistente.

El ejercicio de la acción que analizamos no le está permitido a quienes sean titulares de un estado de filiación legítima derivado de una adopción plena, ya que ésta, haciendo cesar todos los vínculos con la familia de origen, hace inviable la interposición de cualquier demanda dirigida a la determinación de la filiación natural (art. 27.3, Ley 4 de mayo de 1983, n. 184).

Aquél que reclama el estado de hijo legítimo debe probar todos los presupuestos necesarios para la existencia de tal estado: la maternidad, el matrimonio entre los padres, la concepción constante matrimonio y la paternidad (27). El matrimonio entre los padres se prueba con la inscripción del mismo practicada en el Registro Civil (art. 130 CC); no basta con probar la posesión de estado de cónyuges, porque esta prueba, en materia de filiación legítima, conlleva tan sólo los efectos contemplados en el artículo 240 del Código Civil. Faltando la inscripción, serán de aplicación los artículos 132 y 133 del Código Civil. La prueba de la maternidad se practica probando el parto de la mujer que pretende ser la madre y la identidad del hijo, suyo y del reclamante. La prueba de la concepción constante matrimonio se resolverá contrastando la fecha de nacimiento con la fecha de celebración o de disolución del matrimonio. De hecho, también resulta aplicable a la hipótesis de la reclamación de la filiación legítima la presunción de la concepción en los términos previstos en el artículo 232 del Código Civil. Si el hijo ha nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, tendrá la carga de probar la paternidad del marido; si ha nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, debe procederse a probar que el embarazo ha tenido una duración excepcional.

El artículo 241 del Código Civil, después de haber establecido que, a falta de constancia registral del nacimiento o en presencia de inscripción del hijo como de origen desconocido o bajo un nombre falso, la prueba de la filiación puede consistir en un testimonio, dispone, en su segundo párrafo, que esta prueba no puede ser admitida sino cuando se practique respetando el principio de prueba por escrito o cuando las presunciones y los indicios resulten lo suficientemente graves como para determinar la admisión de esta prueba. El principio de prueba por escrito, que en definitiva está subordinado al ejercicio de la acción, resulta de la documentación de la familia, del Registro, de documentos privados del padre o de la madre, así como de actas públicas o privadas de cualquiera de las partes que se encuentran implicadas en la controversia o de otra persona, que, si estuviese viva, deberá ser titular de algún interés en la misma (art. 242 CC).

En cuanto a la legitimación, la acción de reclamación corresponde al hijo y a sus descendientes, si aquél no la hubiera ejercitado y hubiese fallecido

---

(27) Trib. Parma 17-10-1998, en *NGC*, 1999, I, pág. 46, con nota de BONILINI, y en *DFP*, 1999, pág. 221.

durante la menor edad o dentro de los cinco años siguientes a haber alcanzado la mayoría de edad.

La acción no podrá ser ejercitada por aquél que, en virtud de título, resulte progenitor y que, por tanto, sea titular de la patria potestad sobre el menor. En este caso, la acción de reclamación presupone el ejercicio previo de la acción de impugnación de la legitimidad que, una vez admitida, disminuye los poderes de representación del progenitor (28). En cambio, en los casos en que el hijo sea menor emancipado o mayor inhabilitado, la acción podrá ser autónomamente ejercitada, sin necesidad de asistencia alguna.

La acción ha sido considerada imprescriptible respecto del hijo. Deberá ser ejercitada contra ambos progenitores, si están vivos, y en caso de fallecimiento de uno de ellos o de ambos, contra sus herederos (art. 249 CC). Legitimados pasivos son los padres y, en ausencia de los mismos, sus herederos, constituyendo, pues, un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. En última instancia, será siempre necesaria, bajo pena de nulidad apreciable de oficio, la intervención del Ministerio Fiscal (art. 70.3 CPC) (29).

## 7. EL RECONOCIMIENTO DEL HIJO NATURAL

### 7.1. NATURALEZA DEL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento del hijo natural es un acto unilateral, espontáneo e irrevocable del progenitor, que puede ejercitarse en el momento de practicar la inscripción de nacimiento o en la pertinente declaración posterior al nacimiento o a la concepción en la forma prevista en el artículo 245 del Código Civil, en virtud de la cual un sujeto declara la propia maternidad o paternidad con respecto a una determinada persona (30).

---

(28) Expone BONILINI, *op. cit.*, 2005, pág. 255, que en algunos casos puede ser necesario remover, con carácter previo, el estado de filiación natural resultante de la inscripción de nacimiento, para proceder a ejercitar después la acción de reclamación de la filiación legítima. Se admite la reunión, en un único procedimiento, de la pluralidad de acciones concurrentes.

(29) Codice di Procedura Civile.

(30) Superando las discriminaciones existentes en la anterior legislación, dispone hoy el artículo 30 de la Constitución italiana que «La ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda la tutela jurídica y social compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima». Con la reforma del Derecho de Familia de 1975 se ha dado plena actualización a los principios constitucionales, y la filiación natural está equiparada a la filiación legítima. De hecho, se ha suprimido la prohibición de reconocer a los hijos nacidos fuera del matrimonio y se ha sancionado el principio de que el reconocimiento comporta para el progenitor la asunción de todos los derechos y deberes que tiene respecto de sus hijos legítimos; se reconoce, además, que ambos progenitores naturales tienen la patria potestad sobre sus hijos, del mismo modo que se reconoce a la familia legítima en

Constituye una característica del reconocimiento la espontaneidad, por tratarse de una decisión basada en la discrecionalidad del progenitor para efectuarlo (31). Sin embargo, se trata de una discrecionalidad condicionada: ante todo, porque presupone la veracidad de una relación biológica (art. 264 CC; art. 483 CP); de otra parte, porque la falta de reconocimiento permite la declaración judicial de paternidad (art. 269 CC); por último porque, a falta de reconocimiento por parte de ambos progenitores, se abre, como regla general, el procedimiento de adopción.

Ha sido objeto de amplia discusión por parte de la doctrina si puede hablarse de un derecho del progenitor al reconocimiento. La cuestión se plantea en la jurisprudencia a propósito de la disposición contenida en el artículo 250.3 del Código Civil, que establece que el reconocimiento del hijo que no haya alcanzado los dieciséis años no procederá sin el consentimiento del otro progenitor que ya haya efectuado el reconocimiento (32).

La posibilidad de reconocer al hijo natural menor de dieciséis años, ya reconocido por uno de los progenitores, constituye, según una consolidada jurisprudencia de la Corte Constitucional (33), un derecho subjetivo del otro progenitor, constitucionalmente garantizado (art. 30 de la Const.) y suprimible solamente si dicho reconocimiento compromete gravemente y de manera irreversible el desarrollo del menor.

Por ello, no podemos olvidar que este derecho a la paternidad se encuentra limitado, no sólo por lo que se refiere a la prevalencia del interés del menor (arts. 250.2 y 3 y 251.2 CC) sino también por razones derivadas del Orden público y de las buenas costumbres (arts. 251.1 y 253 CC). No cabe duda, pues, de que una interpretación conjunta de esta norma permitiría confirmar la prioridad de los intereses del menor respecto del también existente derecho del progenitor al reconocimiento (34).

El reconocimiento es un acto jurídico en sentido estricto, es decir, un acto humano autónomo en el que el elemento volitivo resulta circunscrito a la

---

el artículo 316 del Código Civil. Vid. BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 315 y sigs.; FERRANDO, *La filiazione naturale*, Torino, 1997, pág. 96 y sigs.

(31) CRISCUOLI GRIPPAUDO, «Status genitoriale e riconoscimento del figlio naturale», en *Dir. Fam.*, 1987.

(32) AMATO, «Convenienza del riconoscimento e procedimento giudiziale ex art. 250», en *Giur. It.*, 1988, I, 1. COSCIA, «Problematiche del riconoscimento della filiazione naturale nella più recente legislazione», en *Stato Civ. It.*, 1984.

(33) Cass. Nn. 2878/2005, 21088/2004; 11949/2003; 14894/2002; 6470/2001. También Cass. 11-1-2006, n. 395, en *FI*, fasc. 9, sett. 2006, I, 2356; Cass. 11-2-2005, n. 2878, en *MFI*, 2005.

(34) El derecho a la paternidad puede, por tanto, ser condicionado y sacrificado en aras del interés del menor —dice la Corte Suprema, Cass. 16-11-2005, n. 23074, en *MFI*, 2005, 1705— sólo en presencia de un hecho de importancia proporcional al valor del derecho sacrificado, o sea, sólo cuando subsista el peligro de un perjuicio tan grave para el menor que comprometa seriamente su desarrollo psicofísico.

realización del acto y no a sus efectos, toda vez que la voluntad nada puede hacer en relación con la regulación de los mismos, por encontrarse enteramente predeterminados por la ley (35). No se trata, por tanto, de una mera declaración de ciencia, sino, como recoge el artículo 254 del Código Civil, de *una apposita dichiarazione*, de una declaración pertinente de procreación, procedente en el caso de que el reconocimiento no se haya hecho en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil.

## 7.2. EFECTOS

El artículo 258.1 del Código Civil dispone que el reconocimiento no produce efectos respecto del progenitor por el cual ha sido hecho, salvo en los casos previstos por la ley. La regla, por tanto, es que la relación de filiación se instaura entre el progenitor y el hijo; en el caso de que el reconocimiento sea efectuado por ambos progenitores, entre ellos no surgen ninguna relación jurídica, constituyéndose dos relaciones de filiación distintas (36).

El principio de exclusividad de los efectos del reconocimiento, previsto por el artículo 258.1 del Código Civil, confirma el carácter autónomo de cada una de las relaciones de filiación, en el sentido de que el reconocimiento efectuado por uno de los progenitores no produce efectos respecto del otro, que no quiera o no pueda efectuar dicho reconocimiento. Y, de hecho, en los apartados siguientes, la norma pone en conexión el principio de voluntariedad del reconocimiento y su carácter individual con la exigencia de tutelar el derecho a la reserva del progenitor que no quiera efectuar el reconocimiento, precisando que el acto de reconocimiento no puede contener indicaciones relativas al otro progenitor y que, de ser hechas, deberán ser obviadas (arts. 258. 2 y 3 CC).

De la imposibilidad de que la relación de filiación extienda sus efectos más allá de la relación entre progenitor e hijo, llega la doctrina a la convicción de la inexistencia de vínculos jurídicos entre el hijo natural y los parientes del progenitor que lo ha reconocido (37).

---

(35) Sobre la naturaleza del acto de reconocimiento, parte de la doctrina sostiene que es un acto jurídico en sentido estricto, y no un negocio, ya que la situación jurídica en la que incide, esto es, el *status* de hijo, se encuentra regulada por la ley (MAJELLO, *op. cit.*, 1982, pág. 28; SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 255 y sigs.). Otros consideran que el derecho del hijo a un *status* ha restado importancia a la concepción de que la relación jurídica de filiación dependa de la voluntad del progenitor y, por tanto, sostienen que el reconocimiento es un acto de declaración espontánea de la filiación que considera superflua la declaración judicial (BIANCA, *op. cit.*, 2005, pág. 353).

(36) PETRONE, «Riconoscimento del figlio naturale», en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XL, Roma, 1989.

(37) Entiende SESTA, *op. cit.*, 2007, pág. 258, que la cuestión nace realmente de la ausencia en el Ordenamiento de una norma que atribuya al hijo natural un *status* familiar

Según lo dispuesto por el artículo 250 del Código Civil, el hijo natural puede ser reconocido por el padre y por la madre, aunque se hallen unidos en matrimonio con otra persona en la época de la concepción. Por tanto, la ley, superando antiguas prohibiciones, permite el reconocimiento del hijo adultérino; dicha facultad está atribuida tanto al padre como a la madre. El reconocimiento del hijo nacido de padres ligados por vínculos de parentesco, es decir, los casos de filiación incestuosa, son admitidos sólo en determinados casos (art. 251 CC).

Se permite también el reconocimiento del hijo premuerto, cuyos efectos se verificarán a favor de sus descendientes legítimos y de sus hijos naturales reconocidos (art. 255 CC).

### 7.3. CAPACIDAD PARA EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento del hijo natural puede ser efectuado sólo por el progenitor. De lo expuesto en los artículos 30.1 y 12.7, d. p. r. n. 396/200, se desprende que la declaración de reconocimiento simultánea al acto de inscripción de nacimiento en el Registro Civil puede ser hecha por un *procuratore speciale*, con tal que conste en documento público el consentimiento del progenitor para constar registralmente como tal.

En relación con la capacidad del progenitor que efectúa el reconocimiento, se le requiere la capacidad de obrar legalmente prevista, si bien, en aplicación del artículo 250, *in fine*, también al menor que haya cumplido los dieciséis años se le permitirá realizar dicho reconocimiento, siempre que haya alcanzado la madurez necesaria, aplicándose por analogía el artículo 84 del Código Civil, en materia de edad para contraer matrimonio, aunque en esta última situación esté prevista la autorización del Tribunal para el menor.

A fin de evitar el riesgo de que el hijo de un menor de dieciséis años sea, por este solo hecho, adoptado, el artículo 11.3 de la Ley de 4 de mayo de 1983, n. 184, «Derecho del menor a una familia», establece que, en los casos en los que no sea posible el reconocimiento por defecto de edad de los progenitores, se aplaze el procedimiento de adoptabilidad (*Procedura di adottabilità*) hasta que el progenitor haya cumplido los dieciséis años, siendo, entre tanto, el hijo asistido por dicho progenitor o por parientes hasta el cuarto grado (38).

---

relativo no sólo al progenitor sino también a los parientes de éste. Un reciente proyecto de ley, en materia de filiación, en el empeño por eliminar toda diferencia residual entre el tratamiento jurídico de la filiación natural y legítima, recoge explícitamente la exigencia de que el reconocimiento produzca efectos también respecto de los parientes del progenitor que lo efectúa.

(38) MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 151, expone que, al cumplir los dieciséis años, el progenitor puede solicitar una prórroga de dos meses. Si en este plazo efectúa el reco-

#### 7.4. LA FORMA DEL RECONOCIMIENTO

El Ordenamiento jurídico italiano viene a admitir una pluralidad de formas para el reconocimiento. En concreto, el primer apartado del artículo 254 del Código Civil dispone que el reconocimiento del hijo natural puede ser hecho en el acto de inscripción del nacimiento, o a través de la declaración pertinente, con posterioridad al nacimiento o a la concepción, ante el encargado del Registro Civil o ante el Juez, o en documento público, o en testamento, cualquiera que sea la forma de éste.

La exigencia de documento público se dirige a garantizar el mayor grado posible de certeza en orden al tiempo y autor del reconocimiento, así como a llamar la atención del declarante en relación con la importancia del acto que está realizando.

El documento del reconocimiento adquiere la publicidad pertinente a través de la inscripción en el Registro Civil, desde el momento en que sea recibido por el encargado del Registro, separadamente de la declaración de nacimiento (art. 28, d. p. r. n. 396/2000); o mediante la constancia en el mismo Registro cuando haya sido recibido de otro funcionario público (art. 46.1, d. p. r. n. 396/2000). Cuando el documento público de reconocimiento se presente mediante acto separado de la declaración de nacimiento, se practicará la correspondiente anotación en la inscripción de nacimiento (art. 49, d. p. r. n. 396/2000).

De lo dispuesto en el artículo 258.2 del Código Civil, que impide hacer referencia en el documento de reconocimiento al otro progenitor, se desprende la imposibilidad por parte del padre de efectuar el reconocimiento del hijo *nasciturus*, a no ser que éste haya sido reconocido por la madre, bien con anterioridad o simultáneamente.

El carácter irrevocable del reconocimiento comporta que éste adquiera firmeza no obstante la revocación del testamento en el que haya sido realizado (art. 256 CC) (39).

---

nocimiento, debe declararse concluido el procedimiento de adoptabilidad, puesto que no se produce el abandono moral y material del hijo. Si transcurren los dos meses sin que se haya efectuado el reconocimiento, se procede sin necesidad de ninguna otra formalidad al pronunciamiento del estado de adoptabilidad.

(39) Cuando el reconocimiento esté contenido en el testamento tendrá efecto desde el día de la muerte del testador, incluso aunque el testamento haya sido revocado. El reconocimiento de la paternidad natural, contenido en un testamento, aunque no sea idóneo para constituir el *status* de hijo natural, por ineficacia derivada de la circunstancia de que el testador esté todavía vivo (art. 256 CC), contiene la admisión del acto de la procreación y, como tal, puede ser utilizado, como elemento de convicción, en la causa promovida para la declaración judicial de dicha paternidad natural (Cass. 30-5-1989, n. 2646, en *MFI*, 1989).

## 8. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

La ley de reforma del Derecho de familia de 1975, además de suprimir la prohibición de reconocer a los hijos adulterinos, ha venido a ampliar el ámbito de aplicabilidad de la acción de declaración judicial de la paternidad, equiparándola a la de maternidad; ambas son admitidas en todos los casos en los que proceda el reconocimiento (art. 269 CC) (40). Tomando como base una reciente sentencia de la Corte Constitucional, la declaración es, además, admitida, aunque el reconocimiento esté prohibido, con respecto a los progenitores incestuosos (41).

Como consecuencia de la eliminación de los presupuestos taxativos a los que se limitaba el ejercicio de la acción de declaración judicial de la paternidad, la prueba pertinente puede ser realizada a través de cualquier medio, reafirmandose así el principio de la responsabilidad de la procreación.

Por tanto, el acto de la concepción es considerado desde un punto de vista objetivo, independientemente de cuál sea el vínculo con la voluntariedad de los sujetos implicados; el dato biológico, gracias al principio de libertad de prueba, revalorizado como consecuencia de los progresos científicos, se convierte en condición necesaria y suficiente a fin de que sea declarada la paternidad (42), a salvo el supuesto en que se declare preferente el interés del hijo (43). Necesaria, porque la veracidad de la generación es elemento fundamental en la declaración requerida; suficiente, porque el sistema legal despoja de toda trascendencia al elemento volitivo, de suerte que no se podrá invocar como eximente que no se deseaba el hijo, o que la madre le había asegurado que la concepción no era posible o que ésta habría podido, queriéndolo, interrumpir el embarazo.

En cualquier caso, puede decirse que la situación del hombre y de la mujer se encuentran completamente invertidas. Esta última, pudiendo adoptar medidas dirigidas a impedir la concepción, o decidiendo la interrupción del

---

(40) Cass. Sez. U. 8-5-1986, n. 3078, en *GC*, 1986, I, 2111.

(41) Corte cost., 28-11-2002, n. 494, en *FD*, n. 2/2003, 119, con nota de DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*.

(42) Las más recientes declaraciones de la Corte Constitucional —así la Corte Cos. 10-2-2006, n. 50 (*Fam. Pers. Succ.*, 2006, 5, 403), que ha declarado inconstitucional el artículo 274 del Código Civil, que regula la fase preliminar de la admisibilidad de la acción de declaración judicial de la paternidad o maternidad natural, y la Corte Cost. 6-7-2006, n. 266 (*Guida al dir.*, 2006, n. 30), que ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 235 del Código Civil, en la parte en que, con relación a la acción de impugnación de la paternidad, subordina la apreciación de las pruebas genéticas a la previa demostración del adulterio de la mujer han atribuido definitivamente a los resultados de las indagaciones genéticas-hematológicas un papel probatorio central en los juicios en cuestión.

(43) El Juez no podrá prescindir, en ningún caso, de la valoración de los intereses del menor. Corte Cost. 20-7-1990, n. 341, en *GI*, 1991, I, 1, 625. Cass. 10-11-1999, n. 12456, en *MFI*, 1999. Cass. 16-3-1999, n. 2338, seguida de Cass. N. 6011/2001.

embarazo o no reconociendo al hijo o abandonándolo, con la consiguiente apertura automática del proceso de adopción especial que impedirá la posterior declaración de maternidad natural (art. 11.2 de la Ley 4 de mayo de 1983, n. 184), puede, de cualquier modo, decidir sobre su *status* de madre. En cambio, ante la evidencia de las pruebas biológicas, el padre no podrá, en ningún caso, sustraerse a la declaración de paternidad (44).

Por lo que se refiere a la legitimación activa, el artículo 270 del Código Civil prevé que la acción para obtener la declaración judicial de paternidad o maternidad sea promovida por el hijo, teniendo con respecto a éste carácter imprescriptible. En caso de fallecimiento anterior al ejercicio de la acción, ésta podrá ser ejercitada por sus descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos, dentro de los dos años siguientes a la muerte; si la acción ha sido ya ejercitada por el hijo, y éste fallece, podrá ser continuada por sus descendientes legítimos, legitimados o naturales reconocidos.

También en relación con la legitimación activa, el artículo 273 del Código Civil permite que la acción de declaración pueda ser ejercitada, en interés del menor, por el progenitor que ostente el ejercicio de la patria potestad en los términos previstos por el artículo 316 del Código Civil o por el tutor, este último previa autorización del Juez. Ahora bien, dicha norma requiere el consentimiento del hijo que haya cumplido dieciséis años para promover o continuar el ejercicio de la acción. Al respecto, la jurisprudencia ha decidido que dicho consentimiento puede prestarse válidamente con carácter sobrevenido, a lo largo del desarrollo del proceso, constituyendo un requisito de la legitimación cuya concurrencia debe ser verificada por el Juez en el momento de tomar su decisión (45).

En orden a la legitimación pasiva cabe decir que la demanda para la declaración judicial de paternidad o maternidad natural debe ser interpuesta respecto del presunto progenitor o, a falta del mismo, respecto de sus herederos (art. 275 CC) (46).

La imprescriptibilidad de la acción es una novedad introducida tras la última reforma normativa; bajo la regulación anterior, la acción debía ser ejercitada por el hijo dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad.

---

(44) LUCCIOLI, «La dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità naturale e il disconoscimento di paternità», en *CSM, Diritto di famiglia*, Roma, 1994.

(45) Cass. 14-5-2005, n. 10131, en *MFI*, 2005, 625; Cass. 10-4-1998, n. 3721, en *GCM*, 1998, 786; Cass. 6-5-1995, n. 4982, en *CorG*, 1995, 665.

(46) Se considera un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario entre todos los herederos del presunto progenitor natural. Cass. 3-4-1996, n. 3111, en *FD*, 1996, 320, con nota de VULLO. No son considerados legitimados pasivos los herederos de los herederos del presunto progenitor, como titulares de un interés contrario a la admisibilidad de la demanda, reconociéndoseles sólo la facultad de intervenir en juicio para tutelar los intereses de aquéllos (Cass. Sez. U., 3-11-2005, n. 21287, en *FI*, 2006, I, 740).

El principio de imprescriptibilidad de la acción permite que la sentencia que declare el *status* de filiación natural actúe, incluso, después de la muerte del progenitor, resultando, por tanto, incierto si, transcurridos diez años de la apertura de la sucesión, el hijo pueda aceptar la herencia. Siendo la norma general que el tiempo para la prescripción comienza a contarse desde el día en que el derecho pueda hacerse valer (art. 2.935 CC), la prescripción no puede comenzar hasta el momento en que sea dictada en juicio la sentencia que declara la filiación: por tanto, cuando la declaración sea posterior a la muerte del progenitor, el hijo podrá solicitar su parte en la herencia y la acción comenzará a prescribir desde que se haya dictado la sentencia que declara su *status* con respecto a la filiación.

## 9. LA FILIACIÓN NO RECONOCIBLE

La reforma de Derecho de Familia de 1975, pese a haber ampliado la posibilidad de reconocer a los hijos nacidos fuera del matrimonio, extendiéndola también a los hijos adulterinos, y de haber abolido la dicción de hijos «ilegítimos», sustituyéndola con la expresión «hijos naturales» del artículo 250 del Código Civil, ha dejado subsistente la categoría de hijos no reconocibles, también llamados hijos incestuosos.

El artículo 251 del Código Civil define como tales a los hijos nacidos de personas entre las cuales existe un vínculo de parentesco, en línea recta hasta el infinito y en línea colateral hasta el segundo grado, o bien un vínculo de afinidad en línea recta. En estos casos no podrán ser reconocidos por sus padres, salvo que, en el tiempo de la concepción, ignorasen el vínculo existente entre ellos o que haya sido declarado nulo el matrimonio del que deriva la afinidad. Cuando uno solo de los progenitores hubiese actuado de buena fe, el reconocimiento del hijo le corresponderá sólo a él.

La condición de hijo no reconocible aparece regulada por las disposiciones contenidas en los artículos 278 y 279 del Código Civil. La ley, con pleno respeto a la fórmula constitucional, atribuye también a estos hijos no reconocibles el derecho al mantenimiento, a la instrucción, a la educación e incluso, alcanzada la mayoría de edad o, más exactamente, la independencia económica en relación con la condición de los obligados, a los alimentos, atendiendo a su estado de necesidad (47).

---

(47) DOGLIOTTI, «Sulla filiazione incestuosa», en *FD*, 1990, pág. 190. Expone MUSACCHIO, *op. cit.*, 2007, pág. 189, que el artículo 279.1 del Código Civil dispone que: «En aquellos casos en los que no pueda ejercitarse la acción para la declaración judicial de paternidad o de maternidad, el hijo natural pueda solicitar el mantenimiento, la instrucción y la educación. El hijo natural, si es mayor de edad o se encuentra en estado de necesidad, podrá también solicitar alimentos». Después de la reforma de Derecho de Familia de 1975

En relación con el efectivo contenido de los derechos reconocidos al hijo, y siempre que no surjan problemas derivados del mantenimiento y de la instrucción, cabe cuestionarse cómo es posible el ejercicio del derecho relativo a la educación, que presupone una influencia en la vida cotidiana del menor y, en general, el ejercicio de los poderes derivados de la patria potestad, si el progenitor que no ha reconocido al hijo está privado de ella. Entiende la doctrina que la determinación de las prestaciones no patrimoniales derivadas de la obligación de instrucción y de educación corresponde a aquél que ejercita la patria potestad o que tiene a su cargo a la persona (el otro progenitor que ha procedido al reconocimiento o quien haya sido declarado tutor), sin perjuicio de las funciones de control atribuidas al Tribunal de Menores (art. 333 CC) o al Juez tutelar (art. 371.1 CC).

En el ámbito sucesorio, a los hijos privados de *status* les será de aplicación el tratamiento previsto en el artículo 580 del Código Civil que, cerrando la disciplina relativa a la sucesión legítima de los parientes, establece que a los hijos naturales titulares del derecho al mantenimiento, a la instrucción y a la educación, en virtud del artículo 279 del Código Civil, les corresponde una pensión vitalicia igual a la parte de la herencia a la que tendrían derecho si la filiación hubiese sido declarada o reconocida. Los hijos naturales tienen derecho a obtener, a petición suya, la capitalización de la pensión que les corresponde en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior, en dinero, o, a elección de los legítimos herederos, en bienes de la herencia. Además, el artículo 594 del Código Civil obliga a los herederos, legatarios y donatarios, en proporción a cuanto hayan recibido, a atribuir a los hijos privados de *status* una pensión vitalicia dentro de los límites establecidos por el artículo 580 del Código Civil, siempre que el progenitor no haya dispuesto por donación o por testamento a favor de dichos hijos.

En cuanto a la legitimación activa, del artículo 279 del Código Civil se derivan dos problemas relacionados con la determinación de los sujetos a quienes dicha legitimación corresponde. De una parte, se trata de determinar si la acción puede ser ejercitada por los hijos reconocibles pero que no hayan sido en concreto reconocidos por los progenitores. Parece prevalecer la opinión afirmativa, en consideración al hecho de que, en caso contrario, se permitiría a los padres el incumplimiento de los deberes previstos por el artículo 30 de la Constitución.

El otro problema que se pone de relieve es si la acción podrá ser ejercitada también en el caso en que el reclamante tenga el *status* de hijo legítimo de otra persona y, por tanto, no pueda declararse la paternidad natural, en

---

y del pronunciamiento de la Consulta n. 494/2002, la acción derivada del artículo 279 del Código Civil se refiere hoy, según una interpretación literal de la norma, sólo a los hijos incestuosos no reconocibles que no hayan ejercitado la acción de declaración judicial de la paternidad o maternidad.

atención a la prohibición del artículo 253 del Código Civil. La Corte Suprema ha considerado que, entre los casos en los que no puede ejercitarse la acción para la declaración judicial de paternidad y maternidad, se engloba también el supuesto de quien no resulta reconocible porque omitió a su tiempo el ejercicio de la acción de impugnación. No puede, por tanto, impedirse que quien tiene el estado de hijo legítimo de otro pueda hacer valer frente a su verdadero progenitor natural los derechos contemplados en los artículos 580 a 594 del Código Civil y los previstos en el artículo 279, siempre que, en este último caso, el mantenimiento, la educación y la instrucción no se encuentren ya garantizados por su progenitor legítimo.

## 10. LA LEGITIMACIÓN DEL HIJO NATURAL

La legitimación es la institución en virtud de la cual se atribuye a la persona nacida fuera del matrimonio la cualidad de hijo legítimo (art. 280 CC). Esta figura ha tenido una considerable importancia en el pasado, constituyendo el mecanismo ofrecido a los hijos naturales para alejarse de la situación de inferioridad en la que se encontraban con respecto a los hijos legítimos (48). La reforma del Derecho de Familia, equiparando, aunque no de manera absoluta, la posición jurídica de los hijos naturales y de los hijos legítimos, ha reducido ciertamente la trascendencia de esta institución desde un punto de vista funcional. Desde hace algún tiempo se viene discutiendo si la conservación de esta figura encuentra alguna justificación a la luz del actual régimen de la filiación o si, como ha ocurrido en otros Ordenamientos, no sería más correcta su derogación. Estas consideraciones cobran, si cabe, mayor actualidad a la vista de la eventual aprobación del proyecto de ley que se dirige a establecer una igualdad plena entre los hijos nacidos del matrimonio y los nacidos de uniones no matrimoniales.

El Código Civil italiano contempla dos formas distintas de legitimación: a través del subsiguiente matrimonio de los padres del hijo natural o por concesión de la autoridad judicial (art. 280.2 CC) (49). La segunda modalidad representa la evolución del anterior instituto de la legitimación de naturaleza administrativa, concedida discrecionalmente por decreto presidencial, y que ha sido eliminada mediante la devolución de esta competencia al Juez.

---

(48) FIGONE, «Riconoscimento del figlio naturale», en *FD*, 2005, pág. 57. FERRANDO, *op. cit.*, 1997, pág. 96 y sigs.

(49) No obstante, se debe precisar que no pueden ser legitimados los hijos que no puedan ser reconocidos (art. 281 CC) y que se admite la legitimación de los hijos premuertos, también a favor de sus descendientes legítimos o de sus hijos naturales reconocidos (art. 282 CC).

El matrimonio celebrado con posterioridad entre los padres tiene el efecto de legitimar automáticamente y con independencia de la voluntad de los cónyuges a los hijos nacidos con anterioridad al mismo.

El artículo 283 del Código Civil requiere expresamente que el hijo haya sido reconocido por ambos progenitores, para el caso en que no lo hayan hecho simultáneamente (50). La disposición que examinamos prevé la posibilidad de que el reconocimiento sea efectuado con anterioridad a la celebración del matrimonio, en el acto del mismo, o incluso posteriormente, estableciendo, en este caso, que los efectos se produzcan a partir del reconocimiento. Si el reconocimiento fuese simultáneo, la correspondiente declaración se incluirá en el documento que formalice el matrimonio, pero manteniendo respecto del mismo completa autonomía, de tal manera que, si concurriesen eventuales vicios sustanciales o de forma en el matrimonio, no afectarían a la validez del reconocimiento.

La legitimación por concesión judicial, de carácter subsidiario a la obtenida por el matrimonio de los progenitores, está prevista para aquellos casos en los que sea imposible o concurra un obstáculo grave a la legitimación por matrimonio.

El artículo 284 del Código Civil, modificado tras la reforma de 1975, introduce algunas innovaciones relevantes, entre las cuales destaca la valoración prioritaria del interés del hijo, invirtiendo la *ratio* de la normativa anterior que se dirigía a tutelar la dignidad del progenitor que no pudiera contraer matrimonio. Fijada esta perspectiva, el legislador deja al Juez cierto margen de discrecionalidad para la valoración de estos intereses, que no deberán ser apreciados a través de criterios generales y abstractos, sino con respecto a cada caso concreto. En general, y a salvo siempre aquellos casos en los que concurren circunstancias específicas que evidencien el carácter perjudicial, el interés por la legitimación puede presumirse, toda vez que de la misma se desprende un régimen jurídico más amplio y completo para la protección del hijo (51).

De los términos del artículo 284 del Código Civil se desprende que la legitimación podrá ser concedida por disposición judicial si, además de convenir al interés del menor, están presentes las otras condiciones exigidas por la norma, a saber, la demanda, presentada separada o conjuntamente por uno o por ambos progenitores, siempre que sean mayores de dieciséis años

---

(50) Presupuesto necesario de la legitimación del hijo natural por el subsiguiente matrimonio de sus padres es el reconocimiento del mismo por parte de ambos progenitores, en las formas previstas por el artículo 254 del Código Civil o en el acto de matrimonio (Cass. 9-4-1992, n. 4351, en *VN*, 1992, 1154).

(51) La jurisprudencia ha considerado que el interés del menor por la legitimación judicial no puede ser negado sino en presencia de circunstancias tales que permitan entender la legitimación como perjudicial para el legitimando y, por tanto, incompatible con sus intereses (App. Roma, 15-6-2004; Cass. 7-9-1991, n. 9446; Cass. 9-12-1985, n. 6211).

(art. 284.1 CC); la imposibilidad u obstáculo grave de la legitimación de la prole a través del subsiguiente matrimonio de sus progenitores (art. 284.2 CC); el asentimiento del cónyuge del reclamante, si aquél estuviese casado y no separado legalmente (art. 284.3 CC); el consentimiento del legitimando mayor de dieciséis años, o del otro progenitor o de un curador especial, si el hijo es menor de dicha edad y, finalmente, en el que caso en que existan hijos legítimos o legitimados del reclamante, audiencia de los mismos si fueran mayores de dieciséis años (art. 284, párrafo 2 CC).

La demanda de legitimación puede ser también interpuesta, en caso de muerte del progenitor, por sus ascendientes legítimos, salvo el caso en que dicho progenitor hubiese expresado su voluntad en contra de tal reconocimiento (art. 286 CC).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMATO: «Convenienza del riconoscimento e procedimento giudiziale ex art. 250», en *Giur. It.*, 1988, I, 1.
- BIANCA: *La famiglia*, Milano, 2005.
- BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO: *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 2002.
- BONILINI, G.: *Manuale di Diritto di Famiglia*, UTET, Torino, 2005.
- BUCCIANTE: Voce «Filiazione legittima», en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989.
- COSCIA: «Problematiche del riconoscimento della filiazione naturale nella più recente legislazione», en *Stato Civ. It.*, 1984.
- COSSU: «Filiazione legittima», en *Riv. Dir. Civ.*, 1981, I.
- COSTANZA: «Filiazione naturale», en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989.
- CRISCUOLI GRIPPAUDO: «Status genitoriale e riconoscimento del figlio naturale», en *Dir. Fam.*, 1987.
- DOGLIOTTI: «Sulla filiazione incestuosa», en *FD*, 1990; «La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa».
- DOSETTI: «La disciplina dello status di figlio», en *FPS* 2006.
- FERRANDO: *La filiazione naturale*, Torino, 1997.
- FIGONE: «Riconoscimento del figlio naturale», en *FD*, 2005.
- FINOCCHIARO: «Diritto di famiglia», Milano, 1994; «Il disconoscimento di paternità», en *CSM*, «Diritto di famiglia», 1994. «Il secondo riconoscimento: interesse del minore, diritto-dovere del genitore, onere della prova», en *Giust. Civ.*, 1984.
- GERMANO: «Potestà dei genitori e diritti fondamentali dei minori», en *CSM*, «Rapporti personali nella famiglia», Roma, 1980.
- LOIACONO: «Alcuni rilievi sul nuovo testo dell'art. 250 comma 4», en *Dir. Fam.*, 1978.
- LUCCIOLI: «La dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità naturale e il disconoscimento di paternità», en *CSM*, «Diritto di famiglia», Roma, 1994.
- MANTOVANI: *I fondamenti della filiazione*, Milano, 2002.
- MUSACCHIO: *Manuale di diritto minorile*, CEDAM, 2007, pág. 122.

PETRONE: «Riconoscimento del figlio naturale», en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XL, Roma, 1989.

SACCHETTI: *Commentario dell'adozione e dell'affidamento*, Rimini, 1986.

SESTA, M.: *Manuale di Diritto de Famiglia*, 2.<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 2007.

TORRENTE: *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2006.

VERCELLONE: *La filiazione*, Torino, 1988.

## RESUMEN

### MENOR DE EDAD

El Ordenamiento jurídico italiano, pese a asegurar una presumible igualdad plena entre los hijos nacidos de progenitores casados entre sí y los hijos de progenitores que no lo están, sigue manteniendo una diferencia incuestionable entre las categorías de hijo legítimo e hijo natural. Según se desprende de la normativa vigente, hijos legítimos son aquellos cuya procreación tiene lugar entre los cónyuges constante matrimonio. El Ordenamiento reconoce al matrimonio la capacidad de determinar el status personal de los hijos concebidos entre los cónyuges, toda vez que comporta la obligación de fidelidad y con ella la exclusión de otras relaciones sexuales, permitiendo al legislador afirmar que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio.

En orden a la prueba de la filiación, cabe destacar la pluralidad de mecanismos admitidos por el Ordenamiento jurídico italiano, toda vez que la filiación legítima puede ser probada por medio de la inscripción de nacimiento y, faltando ésta, mediante la posesión de estado o recurriendo a los otros medios de prueba previstos en el Código Civil. Estos medios de prueba se encuentran jerárquicamente ordenados, de modo que la posesión de estado adquiere relevancia solamente a falta de la correspondiente inscripción de nacimiento; los demás medios de prueba son tomados en consideración a falta

## ABSTRACT

### MINOR

Even though Italian law ensures presumable full equality between the children born of parents married to one another and the children born of parents not married to one another, it continues to uphold an unquestionable difference between the categories of legitimate child and natural child. It may be gathered from current legislation that legitimate children are those whose procreation takes place between spouses within a marriage. The law recognises that marriage can determine the personal status of any children conceived by the spouses, as marriage entails the obligation of fidelity and with it the exclusion of other sexual relations. This permits legislation to affirm that the husband is the father of any child conceived in marriage.

Italian law accepts a plethora of mechanisms for proving filiation. Legitimate filiation can be proved by registration of the birth or, in lieu thereof, by the child's possession of status as a child of the family, or by the other means of proof provided for in the Civil Code. These means of proof are organised hierarchically; thus, possession of status as a child of the family acquires relevance only when there is no proper registration of birth, and the other means of proof are taken into consideration if there is no registration of birth or possession of status.

Lastly, the expression «action to establish status» refers to the mechanism

de la inscripción de nacimiento y la posesión de estado.

Por último, con la expresión acción de estado se está haciendo referencia al mecanismo a través del cual se solicita del Juez una sentencia sobre el status de la persona. Las acciones de estado legítimo reguladas por las leyes son: las acciones de desconocimiento de la paternidad; las acciones de impugnación de la legitimidad y las acciones de reclamación de la legitimidad. Todas se dirigen a obtener un pronunciamiento judicial sobre el status de hijo legítimo.

whereby a court is asked for a ruling on the status of a person. The types of action regulated by law for the establishment of legitimate status are: action in ignorance of paternity, action to challenge legitimacy and action to claim legitimacy. They are all aimed at obtaining a judicial pronouncement on status as a legitimate child.

(Trabajo recibido el 22-01-09 y aceptado  
para su publicación el 20-03-09)

# Pluralidad de deudores y acreedores en los Principios de Derecho Contractual Europeo

por

MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA

*Abogado*

*Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*

## SUMARIO

### 1. INTRODUCCIÓN:

- 1.1. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO.
- 1.2. LA PLURALIDAD DE DEUDORES Y ACREEDORES.

### 2. PLURALIDAD DE DEUDORES:

- 2.1. LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE DEUDORES: PROBLEMA TERMINOLÓGICO.
- 2.2. LAS OBLIGACIONES PARCIARIAS.
- 2.3. LAS OBLIGACIONES EN MANO COMÚN.
- 2.4. LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS:
  - 2.4.1. *Introducción.*
  - 2.4.2. *Presunción de la solidaridad:*
    - 2.4.2.1. *Introducción.*
    - 2.4.2.2. *Presunción de la solidaridad de las obligaciones derivadas de un mismo contrato.*
    - 2.4.2.3. *Presunción de la solidaridad de las obligaciones derivadas de un mismo daño.*
  - 2.4.3. *Derecho de regreso.*
  - 2.4.4. *Liberación de los deudores solidarios.*
  - 2.4.5. *Extensión de efectos.*
  - 2.4.6. *Excepciones oponibles.*

### 3. PLURALIDAD DE ACREEDORES:

- 3.1. INTRODUCCIÓN.
- 3.2. CRÉDITOS PARCIARIOS.
- 3.3. CRÉDITOS EN MANO COMÚN.
- 3.4. CRÉDITOS SOLIDARIOS.

### BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Este trabajo tiene por objeto el estudio de las reglas sobre pluralidad de deudores y acreedores contenidas en la Parte III de los Principios de Derecho Contractual Europeo («Principles of European Contract Law», en adelante «PECL»), publicada en inglés en el año 2003 por la editorial Kluwer Law Internacional.

La Parte III de los PECL viene a completar el trabajo desarrollado por la Comisión de Derecho Europeo de Contratos para fomentar la unificación del Derecho Contractual en el ámbito de la Unión Europea, teniendo su origen, al igual que las Partes I y II, en las Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 (DOCE núm. C 158/401, de 26 de junio de 1989) y de 6 de mayo de 1994 (DOCE núm. 205/519, de 25 de julio de 1994), en las que se solicitaba la iniciación de los trabajos preparatorios para la redacción de un Código Europeo de Derecho Privado.

Partiendo de esta legitimación, y con un cierto espíritu profesoral, en cuanto que las reglas de los PECL son fruto del estudio en profundidad del Derecho de contratos comparado, estos principios albergan la pretensión de constituir un primer paso hacia una progresiva armonización del Derecho de contratos en la Unión Europea.

Como obstáculo a tal actividad armonizadora, LEGRAND ha hablado de una «fosa epistemológica» (1) entre los sistemas de Derecho continental («civil law») y de Derecho anglosajón («common law»), por la existencia de una tradición lógica, sistemática y deductiva en el «civil law» y una tradición pragmática, asistemática e inductiva en el «common law», haciendo hincapié por tanto, no ya en la existencia de diferentes soluciones jurídicas frente a unos mismos problemas, sino incluso a una profunda diferencia metodológica y de razonamiento jurídico.

Sin embargo, no parece que las diferencias entre los sistemas de «civil law» y de «common law» sean tan significativas como para convertir en

---

(1) LEGRAND, P., «Sens et non sens d'un Code Civil Européen», en *RICD*, 4-1996, pág. 781.

estéril cualquier intento de armonización de las soluciones jurídicas adoptadas en los mismos. De hecho, existe un claro sustrato común entre ambos sistemas, de forma que la mayoría de los autores que se han ocupado del tema han concluido que la «noble isolation» del Derecho inglés necesita de una revisión fundamental. Así, MAITLAND afirmó que un sistema jurídico no puede explicarse a sí mismo, y menos aún su propia historia, (2) (3) y como señaló BURKE, las leyes de todas las naciones de Europa derivan de unas mismas fuentes (4) (5). A su vez, MARKESINIS se refiere a una «convergencia gradual», y GORDLEY a una «diferencia evanescente» entre ambos sistemas (6).

En cuanto al alcance de los PECL, probablemente nunca podrá lograrse una unificación del Derecho de contratos en Europa en sentido estricto, en la forma de un Código Civil europeo vinculante para los Estados miembros, en cuanto que ello entrañaría un problema de soberanía al constituir el Derecho de contratos un claro identificador nacional que se refuerza en el actual contexto de globalización. En España, además, veríamos aparecer un nuevo suplicio de Tántalo, como afirma SÁNCHEZ LORENZO citando a CÁMARA LAPUENTE: «disgregación nacional *versus* armonización internacional» (7).

También puede discutirse si la adopción de tal Código como norma vinculante es verdaderamente conveniente o si es preferible que los operadores económicos puedan elegir, a la hora de determinar la ley aplicable a sus relaciones contractuales, entre diversos ordenamientos jurídicos en función de sus particulares circunstancias y necesidades.

En todo caso, las anteriores consideraciones no restan un ápice de valor a los PECL, ya que éstos albergan diversos objetivos, algunos más ambiciosos y otros más pragmáticos, pero todos complementarios y razonables. En particular, Ole LANDO y Hugh BEALE destacan como objetivos que tratan de servir los Principios de Derecho Contractual Europeo los siguientes: a) Servir de base jurídica para la futura legislación europea; b) Ser útiles para las partes de diferentes Estados que deseen que sus relaciones jurídicas se basen en unas reglas neutras que no sean específicas de ningún ordenamiento jurídico nacional; c) Constituir una formulación moderna de la *lex mercatoria* que se pueda aplicar por árbitros para los contratos que se rijan por principios aceptados a nivel internacional; d) Servir de punto de partida para el desarrollo judicial

---

(2) ZIMMERMAN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 31.

(3) «An isolated system cannot explain itself, still less explain its history».

(4) ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1995, Preface, pág. VIII.

(5) «...the laws of all the nations are derived from the same sources».

(6) ZIMMERMAN, R., *Estudios...*, cit., pág. 41.

(7) SÁNCHEZ LORENZO, S., «¿Hacia un Código Civil Europeo?», en *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho Privado en Europa*, coordinada por SÁNCHEZ LORENZO, S., y MOYA ESCUDERO, M., Dykinson, 2003, Madrid, pág. 397.

y legislativo del modelo de contratos; y *e*) Servir de base para la armonización del derecho de contratos (8).

Esta diversificación de objetivos parece garantizar su éxito por anticipado. En particular, la elaboración de un conjunto de principios que puedan ser utilizados en arbitrajes internacionales por contratantes procedentes de diversas tradiciones jurídicas, al modo de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, ya es un paso importante.

También cabe la posibilidad de que la adopción de los principios no se realice formalmente por los Estados miembros, sino que con el tiempo, algunas de las soluciones adoptadas en los PECL sean incorporadas como propias en los distintos ordenamientos jurídicos europeos. La europeización del Derecho Privado no sólo debe hacerse desde arriba, sino que también debe haber un progresivo acercamiento de los Derechos nacionales al Derecho europeo de contratos.

Hasta ahora la armonización se ha venido haciendo a través de las Directivas comunitarias, pero si realmente se pretende una verdadera armonización jurídica e incluso se contempla como un objetivo plausible la existencia de un Código Civil europeo, es necesario que, como paso previo, los Códigos Civiles nacionales también se acerquen al Derecho europeo (9).

## 1.2. LA PLURALIDAD DE DEUDORES Y ACREEDORES

La Parte III de los PECL contiene ocho capítulos, en los que se regulan la pluralidad de deudores y acreedores (Capítulo 10), la cesión de créditos (Capítulo 11), la sustitución del nuevo deudor y la cesión de contrato (Capítulo 12), la compensación (Capítulo 13), la prescripción (Capítulo 14), la ilegalidad (Capítulo 15), las condiciones (Capítulo 16) y la capitalización de los intereses (Capítulo 17).

El orden de estos capítulos se justifica en los comentarios a los PECL en que es razonable tratar la pluralidad de deudores y acreedores antes que otros supuestos en los que las partes cambian como consecuencia de la cesión de un crédito, la sustitución de un nuevo deudor o la cesión de un contrato. Igualmente, se considera más lógico regular estos supuestos, en los que todavía existe una obligación en vigor, antes que aquellos en los que, como en el

---

(8) LANDO, O., y BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II* (Los Trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»), trad. de Pilar BARRES BENLLOCH, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pág. 30 y sigs.

(9) ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho Privado», en *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho Privado en Europa*, coordinada por SÁNCHEZ LORENZO, S., y MOYA ESCUDERO, Dykinson, 2003, Madrid, pág. 322.

caso de la compensación o la prescripción, se modifica sustancialmente o se pone término a dicha obligación. Por último, en cuanto a los Capítulos 15, 16 y 17, los mismos se incluyen al final porque se prevé que habrán de ser incorporados en otros lugares más apropiados de los PECL, y se estima conveniente no alterar la numeración de los capítulos anteriores (10).

Como se ha adelantado, serán objeto de atención específica las normas contenidas en el Capítulo 10 sobre la pluralidad de deudores y acreedores, con la particularidad de que, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, dicho capítulo dedica una regulación separada a la pluralidad de deudores (Sección 1) y a la pluralidad de acreedores (Sección 2). Por razones sistemáticas, se seguirá el mismo orden en estas líneas. En todo caso, es obvio que pueden concurrir ambas pluralidades, supuesto en el que procedería la aplicación de las reglas correspondientes a ambos institutos, con las adaptaciones procedentes.

En los siguientes apartados se transcriben traducidos al español los artículos sobre la pluralidad de deudores y acreedores de las versiones inglesa y francesa de los PECL, que son las que han sido redactadas por la Comisión del Derecho Europeo de Contratos y editadas por Ole LANDO, Eric CLIVE, André PRÜM y Reinhard ZIMMERMAN, y por tanto las únicas que tienen verdadero valor.

Los artículos de la Parte III de los PECL que se transcriben en estas líneas aparecen traducidos al español por el que escribe para facilitar su lectura, pero no puede obviarse la posibilidad de que en la traducción de los mismos se hayan omitido matices de las versiones originales en inglés y en francés que alguien pudiera considerar relevantes, motivo por el cual cada vez que aparece un artículo traducido se incluye junto al mismo una nota al pie con el texto original de las versiones en inglés y en francés que han sido aceptadas por la Comisión del Derecho Europeo de Contratos.

## 2. PLURALIDAD DE DEUDORES

### 2.1. LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE DEUDORES: UN PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Lo primero que se plantea el estudioso de la pluralidad de partes en la obligación es la necesidad de utilizar términos que sirvan para identificar los distintos supuestos de forma clara y unívoca. El estudio de las reglas contenidas en los PECL no puede iniciarse sin aludir brevemente a los problemas

---

(10) LANDO, O.; CLIVE, E.; PRUM, A., y ZIMMERMANN, R., *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, pág. xvii.

terminológicos que ya se han planteado en otros ordenamientos jurídicos al tratar la materia.

Así, por ejemplo, en cuanto al Derecho español, el Código Civil regula las obligaciones «mancomunadas», «solidarias» e «indivisibles» de forma confusa, ya que parece que las obligaciones indivisibles se configuran simplemente como una modalidad de las obligaciones mancomunadas en las que la prestación es indivisible (el art. 1.150 habla de la «obligación indivisible mancomunada»), pero parece poco apropiado el intento de coordinar dos caracteres poco compatibles como la mancomunidad, que tiende a la disgregación, y la indivisibilidad, que impone la cohesión, como afirma GUILARTE ZAPATERO citando a MANRESA (11).

Por otro lado, la utilización del término «mancomunidad» parece dar a entender que el Código se está refiriendo a las obligaciones «en mano común» de corte germánico que aluden a la existencia de una titularidad colectiva, pero eso no es lo que resulta de la regulación contenida en su articulado.

Si tales problemas terminológicos se plantean a la hora de estudiar la regulación del Código Civil español, con mayor razón estarán presentes en el caso de unos principios que, como los PECL, tratan de armonizar las reglas sobre pluralidad de partes contenidas en los principales ordenamientos jurídicos europeos.

La doctrina suele identificar tres clases de obligaciones con pluralidad de sujetos, según que: (i) cada uno de los sujetos esté facultado para reclamar el cumplimiento íntegro de la prestación o esté obligado a su total cumplimiento; (ii) cada uno esté facultado para exigir o esté obligado a prestar sólo la parte que le corresponda del objeto de la obligación; o (iii) sea necesaria la actuación conjunta de todos los acreedores o deudores para reclamar o cumplir la prestación.

En la versión inglesa de los PECL se califican tales obligaciones, respectivamente, con los términos «solidary», «separate» y «comunal», abandonando los términos consagrados en el Derecho inglés de «joint and several», «several» y «joint».

En cuanto a la versión francesa, las obligaciones con pluralidad de sujetos se califican con los términos «solidaire», «disjointe» y «commune», prescindiendo por tanto de la tradicional denominación de «obligations conjointes» y sustituyéndola por la de «obligations disjointes», que refleja mejor la idea del cumplimiento separado de la prestación, de acuerdo con CARBONNIER (12).

En las líneas que siguen las tres clases de obligaciones con pluralidad de partes que han sido mencionadas serán traducidas al español con los términos

---

(11) GUILARTE ZAPATERO, V., «De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, pág. 196.

(12) CARBONNIER, J., *Droit Civil*, Tome 4, *Les Obligations*, 2000, pág. 602.

«solidarias», «parciarias» y «en mano común», evitando utilizar el término de «obligaciones mancomunadas», dado que su verdadero significado (el de obligaciones de titularidad colectiva o en mano común) no se corresponde con la regulación de esta clase de obligaciones en el Código Civil español. Por ello, se emplea la expresión «parciarias» sugerida por Díez-PICAZO, con la intención de no caer en la confusión terminológica en la que incurre el Código Civil español en esta materia. De acuerdo con lo anterior, el artículo 10:101 (13) de los PECL dispone lo siguiente:

- [1] *Las obligaciones son solidarias cuando todos los deudores están obligados a cumplir una misma prestación y el acreedor puede reclamar de cualquiera de ellos su total cumplimiento.*
- [2] *Las obligaciones son parciarias cuando cada deudor está obligado a cumplir sólo una parte de la prestación y el acreedor sólo puede reclamar a cada uno su parte.*
- [3] *La obligación es en mano común cuando todos los deudores están obligados a cumplir la misma prestación de forma conjunta y el acreedor sólo puede reclamar la ejecución de todos ellos.*

En este artículo se habla de «obligaciones» solidarias y parciarias y de «obligación» en mano común, con lo cual se parte implícitamente de que la pluralidad de sujetos conduce a una pluralidad de relaciones obligatorias en el caso de las obligaciones solidarias y parciarias, pero no en el caso de las obligaciones en mano común, en cuanto que éstas sólo pueden reclamarse o cumplirse de forma conjunta.

---

(13) **ARTICLE 10:101: SOLIDARY, SEPARATE AND COMMUNAL OBLIGATIONS**

- [1] *Obligations are solidary when all the debtors are bound to render one and the same performance and the creditor may require it from any one of them until full performance has been received.*
- [2] *Obligations are separate when each debtor is bound to render only part of the performance and the creditor may require from each debtor only that debtor's part.*
- [3] *An obligation is communal when all the debtors are bound to render the performance together and the creditor may require it only from all of them.*

**ARTICLE 10:101: OBLIGATIONS SOLIDAIRES, DISJOINTES ET COMMUNES**

- [1] *Les obligations sont solidaires lorsque tous les débiteurs sont tenus d'exécuter une seule et même prestation et que le créancier peut la réclamer à chacun d'eux jusqu'à complète exécution.*
- [2] *Les obligations sont disjointes lorsque chacun des débiteurs n'est tenu d'exécuter qu'une part de la prestation et que le créancier ne peut réclamer à chacun que sa part.*
- [3] *L'obligation est commune lorsque tous les débiteurs sont tenus d'exécuter ensemble la prestation et que le créancier ne peut en réclamer l'exécution qu'à tous.*

Así, en relación con las obligaciones parciarias, la existencia de tantas obligaciones como sujetos deriva de la propia naturaleza de la parciariedad, en virtud de la cual la deuda o el crédito se consideran divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya.

En cuanto al supuesto de la solidaridad, también existen tantas obligaciones como sujetos, pero en este caso cada una de las obligaciones tiene por objeto no una parte de la prestación, sino la prestación en su integridad, siendo por tanto la prestación que ha de cumplirse idéntica para todos los sujetos. Lo anterior no obsta a que la relación obligatoria se encuentre unificada e institucionalizada en torno a su función económico-social, manteniendo tal relación obligatoria, como se ha afirmado por Díez-PICAZO, un «evidente grado de unidad» (14).

Por otro lado, este artículo se refiere específicamente a las obligaciones solidarias, parciarias y en mano común, pero no regula ni las obligaciones indivisibles ni las obligaciones *in solidum*.

Algunos ordenamientos jurídicos regulan las obligaciones indivisibles al tratar de las obligaciones solidarias. Así, por ejemplo, los artículos 1.217 a 1.224 del Código Civil francés, los artículos 1.149 a 1.151 del Código Civil español o el parágrafo 431 del BGB alemán, que también se refiere específicamente a las obligaciones indivisibles mencionando que dan lugar a la responsabilidad solidaria.

La obligación indivisible, en su conceptualización originaria, sancionada por el Derecho Común y el Código Civil francés, supone que cada acreedor de la obligación está facultado para exigir la prestación en su integridad y que cada uno de los deudores viene obligado a su cumplimiento total. Por este motivo se ha afirmado que coincide con la solidaridad desde la perspectiva de la exigencia y cumplimiento, aunque se distancia de ella en que los efectos no son los mismos para todos los implicados cuando la obligación se convierte en divisible (15). En los PECL se prefiere prescindir de esta categoría, desconocida en numerosos ordenamientos jurídicos, y regular únicamente los supuestos previstos en el artículo 10:101.

También se prescinde de la categoría de las obligaciones *in solidum*, creada en Francia por vía doctrinal y jurisprudencial con el fin de garantizar la indemnidad de las víctimas de daños extracontractuales mediante la aplicación en estos casos de unas reglas parecidas a las de las obligaciones solidarias. La doctrina encuentra aplicación no sólo cuando varios sujetos han sido responsables de un hecho causante de un mismo daño, sino también cuando hechos distintos han contribuido a causar una daño único. Y supone la aplicación de los principales efectos de la obligación solidaria (el acreedor

---

(14) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Introducción, Teoría del Contrato, Las relaciones obligatorias*, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 404.

(15) GUILARTE ZAPATERO, V., *De las obligaciones mancomunadas...*, cit., pág. 206.

puede reclamar la prestación de forma íntegra y el pago realizado por un deudor libera a todos los demás), pero no los llamados efectos secundarios (como la eficacia colectiva de la constitución en mora, la interrupción de la prescripción o la cosa juzgada relativa a un deudor).

Como se ha afirmado por TERRÉ, la obligación *in solidum* es una solidaridad edulcorada, reintroducida después de la renuncia a una aplicación extensiva de las reglas de la solidaridad *stricto sensu* por parte de la Jurisprudencia, como consecuencia del claro tenor literal del artículo 1.202 del Código Civil francés que consagra la regla de la no presunción de la solidaridad en las obligaciones (16). Es una solidaridad que no puede decir su nombre y que la Jurisprudencia aplica allí donde el legislador ha omitido preverla, con pequeñas diferencias (17).

En relación con la posible incorporación de dicha doctrina en el Derecho español, y partiendo de que la Jurisprudencia española había admitido claramente la solidaridad de los obligados a responder por un acto ilícito común, JORDANO BAREA afirmó que «huelga inventarse una nueva categoría obligacional para huir de la regla de la mancomunidad (arts. 1.137 y 1.138 del Código Civil) como se hiciera en Francia para eludir así el artículo 1.202 del Code Napoléon» (18).

Por tanto, teniendo en cuenta que las obligaciones *in solidum* constituyen una categoría creada para mitigar el rigor de la regla general de la no presunción de solidaridad de las obligaciones en el Derecho francés, resulta plenamente coherente que, adoptándose una regla radicalmente distinta en los PECL sobre la materia, como es la presunción de la solidaridad, tal categoría carezca de interés y utilidad en el caso de los PECL.

## 2.2. LAS OBLIGACIONES PARCIARIAS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10:101 transcrito, las obligaciones son parciarias cuando cada deudor está obligado a cumplir sólo su parte de la prestación y el acreedor sólo puede reclamar a cada uno la suya. Por tanto, se aplica el principio *concurso partes fiunt*, siendo la consecuencia fundamental de las obligaciones parciarias su conversión en una pluralidad de obligaciones de carácter independiente entre sí, aunque subsista cierto grado de unidad en la relación obligatoria, tal y como se ha expuesto. En

---

(16) El artículo 1.202 del Código Civil francés dispone lo siguiente: «*La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée...*».

(17) TERRÉ, F.; SIMMLER, P., y LEQUETTE, YVES, *Droit Civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, 2005, pág. 1205.

(18) JORDANO BAREA, J. B., «Las obligaciones solidarias», en *ADC*, julio-septiembre de 1992, pág. 866.

cuanto al reparto de la responsabilidad entre los deudores parciarios, el artículo 10:103 (19) presume que los deudores son responsables en partes iguales, estableciendo lo siguiente:

*Los deudores obligados en virtud de una obligación parciaria son responsables en partes iguales a menos que el contrato o la ley dispongan lo contrario.*

La anterior regla no tiene más que carácter relativo o *iuris tantum*, en cuanto que puede resultar cualquier otra distribución de la responsabilidad de acuerdo con la ley o las estipulaciones del contrato entre las partes. La misma no parece admitir especiales dificultades y se recoge también en diversos ordenamientos jurídicos, como el español, cuyo artículo 1.138 establece que «*si del texto de las obligaciones, a que se refiere el artículo anterior, no resulta lo contrario, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros*».

La estructura y naturaleza de las obligaciones parciarias se reflejan en los efectos que se derivan del incumplimiento de la obligación por cualquiera de los deudores parciarios, efectos que difieren claramente de los propios del incumplimiento de las obligaciones solidarias y de las obligaciones en mano común, supuestos a los que se aludirá más adelante. Y es que en las obligaciones parciarias el incumplimiento por uno de los deudores da lugar sólo a una resolución parcial, ya que esta clase de obligaciones encajan dentro de la categoría de los contratos de ejecución fraccionada a los que se refiere el artículo 9:302 de los PECL, que establece que:

*En un contrato de ejecución fraccionada, la parte perjudicada puede ejercer su facultad resolutoria, conforme a esta sección, sobre aquella parte del contrato que se hubiera incumplido de manera esencial y respecto de la que pueda determinarse el porcentaje de contraprestación a que afecta dicho incumplimiento. El perjudicado únicamente podrá resolver el contrato en su totalidad si el incumplimiento resulta esencial para el conjunto del mismo.*

De igual forma, al amparo del principio *exceptio non adimpleti contractus*, el acreedor también puede suspender la ejecución de la prestación por el

---

(19) ARTICLE 10:103: LIABILITY UNDER SEPARATE OBLIGATIONS

*Debtors bound by separate obligations are liable in equal shares unless the contract or the law provides otherwise.*

ARTICLE 10:103: RÉGIME DES OBLIGATIONS DISJOINTES

*Les débiteurs liés par des obligations disjointes sont tenus envers le créancier par des parts égales, à moins que le contrat ou la loi n'en disposent autrement.*

incumplimiento de la obligación del deudor parciario, pero sólo de forma parcial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9:201 [1], que establece que:

*«una parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender el ejercicio de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias».*

### 2.3. LAS OBLIGACIONES EN MANO COMÚN

Las obligaciones en mano común o conjuntas son un reflejo de la idea germánica de la comunidad, y se caracterizan por constituir un supuesto de cotitularidad colectiva claramente diferenciable de las obligaciones parciarias y solidarias. En éstas, la pluralidad subjetiva implica en todo caso una actuación individualizada (20), bien respecto a una parte de la prestación, bien respecto a dicha prestación en su conjunto, mientras que en las obligaciones en mano común es esencial la existencia de una actuación no individualizada sino conjunta por parte de todos los deudores para cumplir la obligación.

Por tanto, la diferencia fundamental respecto de las obligaciones solidarias es que cada uno de los deudores no está obligado a cumplir individualmente la totalidad de la prestación, y respecto de las obligaciones parciarias, que los deudores no pueden quedar liberados frente al acreedor cumpliendo su prestación de forma independiente, sino que deben cumplirla de forma conjunta.

Los comentarios a los PECL se refieren expresamente a la necesidad de diferenciar las obligaciones en mano común de las reglas de comunidad de gananciales propias de los regímenes económicos-matrimoniales, en cuanto que la obligación en mano común no implica, de acuerdo con los PECL, la existencia de una masa patrimonial común a los deudores. Es decir, que la determinación de si una obligación es en mano común habrá de realizarse atendiendo a la existencia de un vínculo colectivo de naturaleza unitaria entre los deudores, y no al hecho de que la responsabilidad recaiga sobre un patrimonio común.

La consecuencia natural de la estructura de las obligaciones en mano común es que el incumplimiento por parte de uno de los deudores necesariamente afecta al contrato en su conjunto, por lo que el acreedor estará legitimado para resolver el contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 9:301 de los PECL (21), incluso en el caso de que el incumplimiento fuera exclusivamente imputable a uno sólo de los deudores.

(20) GUILARTE ZAPATERO, V., *De las obligaciones mancomunadas...*, cit., pág. 199.

(21) El artículo 9:301 [1] de los PECL establece que *«una parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte».*

De igual forma, el acreedor también podría suspender la ejecución de la prestación de forma total, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9:201 [1] que ya ha sido transcrito, incluso en el mencionado caso que sólo uno de los deudores en mano común hubiera incumplido.

Por otro lado, el artículo 10:104 (22) contiene una regla especial para el supuesto de que lo que se reclame en la obligación en mano común de que se trate sea una cantidad dineraria (la versión inglesa habla de «money» y la francesa de «dommages-intérêts»), estableciendo lo siguiente:

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10:101 [3], cuando se reclame el abono de una cantidad dineraria por la falta de cumplimiento de una obligación en mano común, los deudores serán solidariamente responsables frente al acreedor.*

Esta regla se considera en los comentarios a los PECL como una consecuencia natural de la naturaleza de las obligaciones en mano común, en la medida en que, dado que los deudores están vinculados de forma colectiva, es lógico que asuman plena responsabilidad en el caso de incumplimiento imputable a uno de ellos. Sin embargo, la indemnización por daños y perjuicios, como cantidad dineraria, es divisible, pudiendo ser abonada por cualquiera de los deudores en mano común, motivo por el cual la relación se transforma en solidaria. Una regla similar se contiene en el artículo 1.150 del Código Civil español al tratar de las obligaciones indivisibles, estableciendo que «*la obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso*», si bien se matiza afirmándose que los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos «*no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiera la obligación*».

Obviamente, el deudor que pague tendrá derecho a ejercitar las acciones que procedan contra el deudor que incumplió, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8:101 de los PECL, y en particular podrá reclamar el abono de la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante a que, en su caso, tenga derecho (arts. 9:501 y 9:502).

---

(22) ARTICLE 10:104: COMMUNAL OBLIGATIONS: SPECIAL RULE WHEN MONEY CLAIMED FOR NON-PERFORMANCE

*Notwithstanding Article 10:101 [3], when money is claimed for non-performance of a communal obligation, the debtors are solidarily liable for payment to the creditor.*

ARTICLE 10:104: OBLIGATION COMMUNE: RÈGLE SPÉCIALE EN CAS DE DOMMAGES-INTÉRÊTS DUS POUR INEXÉCUTION

*Nonobstant l'article 10:101, alinéa 3, les débiteurs d'une obligation commune sont tenus solidairement à l'égard du créancier lorsque l'inexécution de l'obligation se résout en dommages-intérêts.*

## 2.4. LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

### 2.4.1. Introducción

El artículo 10:101 de los PECL define las obligaciones solidarias como aquellas en que todos los deudores están obligados a cumplir una misma prestación y el acreedor puede reclamar de cualquiera de ellas su total cumplimiento.

Como se ha adelantado previamente al tratar de la pluralidad de deudores de forma genérica, la cuestión de la configuración jurídica de las obligaciones solidarias parece resolverse de forma implícita en los PECL a favor de la doctrina que considera que entre el acreedor y los distintos codeudores existe una pluralidad de vínculos obligatorios, ya que en el caso de las obligaciones parciarias y solidarias se habla genéricamente de «obligaciones», mientras que en el caso de las obligaciones en mano común se alude simplemente a la «obligación».

Esta posición ya parecía estar consolidada en la doctrina española. Así, aunque se ha defendido la teoría de la unidad de la obligación afirmando que la pluralidad de sujetos no implica necesariamente pluralidad de obligaciones, sino a lo sumo pluralidad de relaciones subjetivas dentro de una unidad (23), en el Derecho español actualmente parece aceptarse sin discusión la existencia de una pluralidad de vínculos obligatorios, de acuerdo con la teoría de la pluralidad de obligaciones defendida por Antonio HERNÁNDEZ-GIL (24).

Lo anterior no obsta a la existencia de una cierta unidad en la relación obligatoria solidaria, también reconocida por la doctrina, ya que, como afirmó LARENZ, «la relación obligatoria que comprende a todos los partícipes se nos presenta como una relación obligatoria de orden superior, que encierra en sí una pluralidad de relaciones obligatorias singulares (de orden inferior), ciertamente aptas para ser de distinta naturaleza, pero vinculadas permanentemente entre sí por el hecho de estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor y estar supeditadas a la subsistencia de la relación obligatoria solidaria» (25).

Por tanto, el contenido de la prestación es tan unitario como si sólo hubiese un acreedor y un deudor (26), por lo que en cualquier obligación

---

(23) Como afirma JORDANO BAREA, desde el punto de vista histórico, la teoría de la unidad de las obligaciones solidarias está vinculada a una pretendida categoría de las llamadas obligaciones «correales», que serían una subespecie de las obligaciones solidarias, caracterizadas por la unidad del vínculo obligatorio y la pluralidad de sujetos.

(24) JORDANO BAREA, J. B., *Las obligaciones solidarias...*, cit., pág. 853.

(25) LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 504 y sigs.

(26) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1959, tomo I, vol. II, pág. 177.

solidaria aparecen los caracteres de la unidad de objeto y de pluralidad de vínculos (27). La obligación es una con relación a su objeto, pero con relación a los sujetos hay tantas obligaciones como personas obligadas.

Haciendo un repaso de las distintas teorías sobre la naturaleza de las obligaciones solidarias (doctrina de la representación o del mandato tácito, doctrina del afianzamiento, doctrina de la alternatividad subjetiva, doctrina de la unidad de débito con pluralidad de responsabilidades, doctrina de la titularidad fiduciaria o doctrina de la unidad de la prestación) (28), JORDANO BAREA distingue entre las relaciones externa e interna, concluyendo que en la relación externa entre los codeudores y el acreedor, el mecanismo de la solidaridad podría explicarse a la luz de la legitimación, y en la relación interna entre los codeudores o coacreedores, por la doctrina del enriquecimiento injusto.

Como afirma el citado autor, «he aquí que la seguridad y justicia, los dos polos fundamentales a que el Derecho tiende, se combinan en la dinámica de las obligaciones solidarias, superponiéndose como mecanismo de cobertura una legitimación meramente externa sobre la pluralidad obligacional de ordinario subyacente, y tratándose de corregir después internamente los resultados injustos a que ello en definitiva conduciría a través de una pretensión de enriquecimiento injusto».

Con acierto se ha colocado la esencia de la solidaridad pasiva en la existencia de una extensión del área de responsabilidad, ya que cada uno de los deudores asume la responsabilidad de su propio deber y también de los deberes de sus codeudores. Ello permite aproximar la institución a su verdadera función económica, que es una función de garantía, al conseguir el refuerzo de la posición del acreedor (29).

Respecto al supuesto de incumplimiento de la obligación, como se establece en los comentarios a los Principios, si el deudor incumple, el acreedor tiene derecho a ejercitar cualesquiera de los remedios por falta de cumplimiento previstos en los PECL.

Así, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 9:301 si el incumplimiento es «esencial». Igualmente, puede suspender la ejecución de la prestación al amparo de lo dispuesto en el artículo 9:201, que consagra el principio *exceptio non adimpleti contractus* estableciendo que «la parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender la ejecución de su

---

(27) SOTO NIETO, F., «Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva», en *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas, julio-agosto de 1980, pág. 788.

(28) De acuerdo con Antonio HERNÁNDEZ-GIL, no es preciso definir un concepto por otro para explicar la naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias, sino que la obligación de cada uno de los deudores de satisfacer la prestación íntegramente, o unidad de prestación, tiene suficiente virtualidad jurídica para explicar los efectos de la solidaridad.

(29) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 420.

*prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente».*

En los anteriores supuestos, los codeudores siempre podrían evitar el resultado de la resolución o suspensión de la ejecución de la prestación cumpliendo la obligación por el codeudor incumplidor, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7:106, que establece que el acreedor no puede rechazar el cumplimiento por un tercero si éste tiene un interés legítimo en la ejecución y el deudor no ha cumplido o resulta manifiesto que no cumplirá al tiempo del vencimiento de la obligación.

#### 2.4.2. *Presunción de la solidaridad*

##### 2.4.2.1. Introducción

Una vez definidas las obligaciones solidarias, parciarias y en mano común, los PECL establecen una presunción de solidaridad en el artículo 10:102 (30), a tenor del cual:

- [1] *Si varios deudores están obligados frente a un acreedor a cumplir una misma prestación en virtud de un mismo contrato, son solidariamente responsables, a menos que la Ley o el contrato dispongan lo contrario.*
- [2] *Las obligaciones también son solidarias cuando varias personas son responsables de un mismo daño.*
- [3] *El hecho de que los deudores no sean responsables en los mismos términos no supone un obstáculo a la solidaridad.*

En los siguientes apartados se hará referencia específica a la solidaridad a la que se alude en los apartados [1] y [2] del anterior artículo. En cuan-

---

#### (30) ARTICLE 10:102: WHEN SOLIDARY OBLIGATIONS ARISE

- [1] *If several debtors are bound to render one and the same performance to a creditor under the same contract, they are solidarily liable, unless the contract or the law provides otherwise.*
- [2] *Solidary obligations also arise where several persons are liable for the same damage.*
- [3] *The fact that the debtors are not liable on the same terms does not prevent their obligations from being solidary.*

#### ARTICLE 10:102: SOURCES DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES

- [1] *Lorsque plusieurs débiteurs sont tenus envers un créancier d'une seule et même prestation en vertu d'un même contrat, ils sont codébiteurs solidaires, à moins que le contrat ou la loi n'en disposent autrement.*
- [2] *Les obligations sont solidaires également lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même préjudice.*
- [3] *Des modalités différentes de l'obligation ne font point obstacle à la solidarité.*

to a la regla contenida en el apartado [3], en virtud de la cual «*el hecho de que los deudores no sean responsables en los mismos términos no supone un obstáculo a la solidaridad*», la misma tiene precedentes en diversos ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el artículo 1.140 del Código Civil español, que establece que «*la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones*».

Simplemente supone la consagración de la solidaridad no uniforme o varia, que tiene lugar cuando la obligación común no ha sido asumida homogéneamente por todos, sino que la posición de cada uno de los deudores se singulariza por la existencia de ciertos elementos accidentales. La regla contenida en el artículo 10:102 [3] es que los efectos de la solidaridad, y la aplicación de las reglas sobre la misma contenidas en los PECL, no resultarán afectadas por el hecho de que los deudores no estén vinculados de modo uniforme.

No obstante, debe interpretarse que la heterogeneidad de los vínculos no debe ser tal que resulte afectada la unidad e identidad de la prestación, puesto que si la misma es sustancialmente diferente para los distintos codeudores, entonces no podría hablarse de la existencia de una verdadera obligación solidaria al no existir una «misma prestación» conforme al mencionado artículo 10:102.

#### 2.4.2.2. Presunción de la solidaridad de las obligaciones derivadas de un mismo contrato

Es conocido el auge que en los últimos tiempos han adquirido las posiciones que, partiendo de ciertas ideas sociales, propugnan la extensión de la solidaridad para ofrecer seguridad en las relaciones del tráfico.

El individualismo en cuyo contexto surgieron las distintas codificaciones de Derecho Privado ha sido sustituido por un clima claramente favorable a la solidaridad, hasta el punto de que si el principio *favor debitoris* primaba en la época de la codificación, actualmente prima claramente el principio *favor creditoris*, es decir, la protección del acreedor y el reforzamiento del crédito. Para ella, la solidaridad de deudores se presenta como un instrumento idóneo, ya que, como afirmó CASTÁN (31), mediante ella puede obtenerse una forma de garantía personal más enérgica todavía que la fianza, en cuanto que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores sin necesidad de fraccionar su reclamación.

Como se afirmó con acierto por HERNÁNDEZ-GIL, «el individuo cada vez actúa menos por sí solo», siendo cada vez más habitual la actuación en el

---

(31) SOTO NIETO, F., *Caracteres...*, cit., pág. 800.

tráfico a través de grupos que gozan de cierta cohesión por la existencia de una comunidad de fines entre sus miembros. Y la regla de la no presunción de la solidaridad «no goza de muy sólida consistencia ni en el orden histórico, ni en el económico, ni en el del Derecho Comparado, sin que, por otra parte, se trate de un postulado del Derecho natural que haya de mantenerse» (32).

Con carácter previo al estudio de la solución acogida en los PECL sobre la solidaridad de las obligaciones, es preciso situar tal regla en el contexto de los principales ordenamientos jurídicos europeos. En los comentarios a los PECL se identifican tres soluciones diversas de los principales ordenamientos jurídicos europeos sobre la presunción de solidaridad de las obligaciones.

Por un lado, existen ordenamientos jurídicos que parten de la presunción de no solidaridad de las obligaciones, como sucede en el caso español, cuyo artículo 1.137 es tajante sobre la materia (33), y también en el Derecho griego u holandés. Otros sistemas jurídicos, como por ejemplo el francés (art. 1.202 del Código Civil), distinguen entre obligaciones civiles, en las que no se presume la solidaridad, y obligaciones mercantiles, en las que sí se presume. En tercer lugar, otros ordenamientos jurídicos parten, con algunos matices, de la presunción general de solidaridad de las obligaciones, como es el caso del Derecho alemán (art. 427 BGB), el italiano (art. 1.294 del Código Civil) o el de los países nórdicos.

La regla general procedente del Derecho francés de la no presunción de la solidaridad de las obligaciones tiene su origen en el Derecho Romano Clásico, y fue consagrada legislativamente en la Novela 99 de Justiniano, de la que se ha dicho que fue un fruto típico de la época bizantina, en la que la piedad por el deudor prevalece sobre las necesidades del tráfico. DíEZ-PICAZO también ha explicado esta regla aludiendo a la idea de conservación de un mayor ámbito de libertad («celui que s'oblige ne veut que le moins»), dado que la solidaridad es el régimen más oneroso de los regímenes de pluralidad de deudores (34).

No puede olvidarse la clara inspiración francesa de nuestro Código, heredero de muchas de las reflexiones de POTHIER, que deben ser contextualizadas en la sociedad agraria en la que se fraguó la obra de la codificación. Decía POTHIER que «la solidaridad puede estipularse en todos los contratos de cualquier especie que sean. Mas, por lo común, hay que expresarla; si no,

---

(32) HERNÁNDEZ-GIL, A., «El principio de la no presunción de la solidaridad», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 359, 1947, pág. 96.

(33) Como es sabido, el artículo 1.137 del Código Civil español establece que «la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en la obligación no implica que cada uno de ellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria».

(34) DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 402.

cuando varios han contratado una obligación para con alguien, se presume que cada uno no ha contratado sino por su parte. Esto es lo que decide Papiniano en la ley 11; y es lo que ha sido confirmado por Justiniano en su Novela 99. La razón está en que la interpretación de las obligaciones se hace, en la duda, a favor de los deudores...» (35).

A pesar de la claridad del artículo 1.137, el Tribunal Supremo ha limitado en la medida de lo posible la regla de la no presunción de la solidaridad (36), declarando que tal regla del artículo 1.137 resulta exclusivamente aplicable a las obligaciones que nacen de un contrato, y excluyendo por tanto de su ámbito entre otros supuestos el cobro de lo indebido y la responsabilidad civil extracontractual.

Por otro lado, aunque el artículo 1.137 establece que la obligación sólo será solidaria cuando la misma *expresamente lo determine*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado que no es preciso que se utilice necesariamente el término solidaridad ni ninguno otro determinado, de forma que la solidaridad no requeriría la utilización de términos expresos, sino que bastaría una declaración de voluntad expresa (37).

Yendo aún más lejos, se ha reputado existente la solidaridad fuera de los límites estrictos de la declaración de voluntad expresa, haciéndola derivar de la intención de las partes inferida de las circunstancias concurrentes. En este contexto, HERNÁNDEZ-GIL defendía que la solidaridad podía resultar de la voluntad tácita de las partes, entendida como una voluntad real, cierta y efectivamente manifestada como contenida en ciertos actos, aunque no expresada directamente, pero que no podía resultar de una voluntad presunta, ya que ésta, como todo hecho o efecto jurídico presumido, es «desconocida, normalmente probable, pero no concreta y definitivamente real» (38).

Además, en algunas sentencias del Tribunal Supremo se justifica la solidaridad (a pesar de no haberse pactado en el contrato ni inferirse de las cláusulas del mismo) precisamente aludiendo a «*la necesidad de ofrecer las necesarias garantías a todas las operaciones mercantiles, precisión ésta, además exigida por el acervo comercial de la Unión Europea*» (sentencia de 27 de octubre de 1999, RJ 7627). Particular mención merece la sentencia de 31 de octubre de 2005 (RJ 7351), de la que fue ponente ROCA TRÍAS, en

---

(35) POTHIER, R. J., *Tratado de las Obligaciones*, Trad. por M. C. DE LAS CUEVAS, Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 147.

(36) V. DÍAZ DE LEZCANO, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones*. Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1997; EGUSQUIZA BALMASEDA, «La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial», en *Aranzadi Civil*, 1994, III-2, pág. LXVII y sigs.; MORO ALMARAZ, «Comentario del artículo 1.137» en la obra colectiva *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, II, Granada, 2000, pág. 1923 y sigs.

(37) JORDANO BAREA, J. B., *Las obligaciones solidarias...*, cit., pág. 867 y sigs.

(38) HERNÁNDEZ-GIL, A., *El principio...*, cit., pág. 92.

la que, aludiendo a la interpretación correctora del artículo 1.137 del Código Civil, se menciona expresamente el artículo 10:102 de los PECL como argumento a favor de la solidaridad cuando hay varios deudores obligados.

Esta línea jurisprudencial, que podría ser elogiada desde un punto de vista práctico en cuanto que parece destinada a proteger el tráfico mediante el reforzamiento del crédito, plantea problemas desde un punto de vista estrictamente jurídico. Con razón se ha criticado que en esta materia el Tribunal Supremo podría haber ido más allá de lo que permiten las reglas de interpretación de las normas (39).

En todo caso, la flexibilización del requisito de determinación «expresa» del carácter solidario de la obligación se limita al supuesto de la pluralidad de deudores, es decir, a la solidaridad pasiva, ya que en ella es posible defender con justificación que «la solidaridad se ajusta más al fin perseguido, que es el de asegurar al máximo la protección del interés más digno de ello» (40), no resultando justificado en el caso de la solidaridad de acreedores.

El Derecho francés ocupa un lugar intermedio entre los ordenamientos jurídicos que consagran la presunción de no solidaridad y los que presumen la solidaridad. Por un lado, el artículo 1.202 del Código Civil consagra la regla de la no presunción de la solidaridad y por tanto la necesidad de que ésta sea establecida expresamente (41).

Sin embargo, esta regla se considera aplicable sólo en el ámbito civil, y no en el mercantil, donde se presume la solidaridad cuando hay una pluralidad de deudores en una misma obligación, alegándose como justificación la necesidad de un mayor reforzamiento del crédito en el caso de las obligaciones mercantiles.

Dejando a un lado la cuestión relativa a la posible falta de justificación actual de la distinción entre las obligaciones civiles y mercantiles, al haberse producido, en palabras de GIRÓN TENA, «la desaparición del significado distinto del comercio, en el conjunto de la organización económica, por la generalización del fundamento de fondo de su especialidad» (42), resulta que en los ordenamientos jurídicos en los que se ha consagrado por la obra de la codificación, tal distinción ha servido para escapar de la falta de adaptación de algunas normas civiles a las necesidades del tráfico. Y un ejemplo paradigmático de lo anterior lo constituye la regla de la no presunción de la

---

(39) CAFFARENA LAPORTA, J., «La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen», en *Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, coordinada por CAFFARENA LAPORTA, J., y ATAZ LÓPEZ, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 35.

(40) Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1986 (RJ 683).

(41) El artículo 1.202 del Código Civil francés establece que «*La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressement stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi*».

(42) GIRÓN TENA, J., *Tendencias generales en el Derecho Mercantil actual*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1985, pág. 34.

solidaridad, cuya aplicación se ha limitado a las obligaciones civiles en el Derecho francés desde el «arrêt» de la «Chambre de Requêtes», de 4 de julio de 1932, en el que se afirmaba que «*si a tenor del artículo 1.202 del Código Civil la solidaridad no se presume, este artículo no es aplicable en materia comercial; según un uso anterior al Código de Comercio y mantenido después, la solidaridad se justifica por el interés común de las partes*» (43).

Por el contrario, el Derecho alemán no contiene una regla de no presunción de la solidaridad, y la ley recoge expresamente tal solidaridad en numerosos supuestos. Como se ha destacado por CAFFARENA LAPORTA, el artículo 420 del BGB parece recoger una presunción de parciariedad al afirmar que si la prestación es divisible, en la duda cada deudor sólo está obligado a una parte igual y cada acreedor sólo tiene derecho a una misma parte de aquélla, pero las excepciones a esta regla son tan numerosas que es unánime en la doctrina alemana la opinión de que la verdadera regla es la solidaridad (44).

En términos similares, de acuerdo con el artículo 1.294 del Código Civil italiano, los codeudores están obligados solidariamente si de la ley o del título no resulta otra cosa, partiéndose de la regla general de la solidaridad si los deudores lo son en virtud de una misma causa y la prestación es una y la misma para todos.

En cuanto al Derecho inglés, la determinación de qué clase de responsabilidad concurre en cada caso («several», «joint» o «joint and several») se considera una cuestión de interpretación de contrato que habrá de resolverse en cada caso por los tribunales, tal y como se expone en los comentarios a los PECL.

Por tanto, como se ha puesto de manifiesto en líneas anteriores, algunos ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, el alemán o el italiano, contienen en la práctica soluciones equivalentes a una verdadera presunción de solidaridad. Y la respuesta ofrecida en muchos casos por los tribunales de países cuyos ordenamientos jurídicos parten de la presunción de parciariedad, como Francia y España, es la aplicación de la regla de la solidaridad a pesar de lo dispuesto en los Códigos Civiles, para lo cual es preciso crear nuevas categorías jurídicas (como las obligaciones *in solidum* para establecer la regla de la solidaridad en materia de daños en Francia) o forzar la interpretación de los preceptos llevando a cabo una interpretación «correctora», cuando no claramente derogatoria, de normas plenamente vigentes (como, por ejemplo, la limitación de la presunción de la parciariedad a las obligaciones civiles, a pesar del silencio de los códigos de comercio sobre la materia).

Por tanto, quizá sea éste uno de esos supuestos en los que resulta urgente poner el modelo legislativo en armonía con la práctica efectiva, en virtud de

---

(43) HERNÁNDEZ-GIL, A., *El principio...*, cit., pág. 90.

(44) CAFFARENA LAPORTA, J., *La extensión de la solidaridad...*, cit. pág. 23.

una elemental *elegantia iuris* (45) en lugar de abandonar la cuestión cómo-damente a la discreción judicial.

Partiendo de los anteriores antecedentes, los PECL establecen la presunción de solidaridad de las obligaciones en el artículo 10:102 («*si varios deudores están obligados frente a un acreedor a cumplir una misma prestación en virtud de un mismo contrato, son solidariamente responsables, a menos que la Ley o el contrato dispongan lo contrario*»), aduciéndose como motivo principal en los comentarios que otra solución podría operar de formar desproporcionada en perjuicio de los acreedores (46).

La redacción de este artículo 10:102 [1] plantea un primer problema terminológico, ya que en la versión inglesa se utiliza el término «performance» («*if several debtors are bound to render one and the same performance to a creditor...*»), mientras que en la versión francesa se utiliza el término «prestation» («*lorsque plusieurs débiteurs sont tenus envers un créancier d'une seule et même prestation...*»).

Como se ha puesto de relieve por WHITAKER (47), la versión inglesa es menos precisa en este punto que la francesa, quizá porque en el Derecho inglés no se utiliza un concepto equivalente al término «prestation». La palabra «performance» alude al cumplimiento de la obligación, mientras que la palabra «prestation» alude al objeto de la obligación en sí, es decir, a la prestación que ha de ser cumplida. Es la diferencia entre «lo que ha de ser hecho» («prestation»), y «el hacer lo que ha de ser hecho» («performance»). Por ello parece más preciso aludir a que la solidaridad existirá no cuando los deudores estén obligados a un mismo cumplimiento, sino cuando estén obligados a cumplir una misma prestación.

Por otro lado, teniendo en cuenta que en este artículo se consagra la presunción de solidaridad de la obligación de cumplir una misma prestación en virtud de un mismo contrato, adquiere capital importancia la delimitación negativa de tal presunción: la solidaridad no regirá cuando la ley o el contrato dispongan lo contrario (48).

En primer lugar, la presunción de solidaridad de las obligaciones debería ser interpretada restrictivamente, de forma que sólo cuando sea imposible determinar cuál es la naturaleza de la obligación conforme al contrato deberá aplicarse la regla de la solidaridad.

---

(45) CARBONNIER, J., *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 260.

(46) «Any other rule could operate disproportionately to the prejudice of the creditors in contractual obligations».

(47) WHITAKER, S., «A few observations on the «plurality of debtors», and on the effects of release», en *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 31.

(48) («...unless the contract or the law provides otherwise», «...à moins que le contrat ou la loi n'en disposent autrement»).

Análogamente, la referencia a que «el contrato disponga lo contrario» contenida en el artículo 10:102 deberá ser interpretada en sentido amplio, de modo que la regla de la solidaridad no debería aplicarse simplemente porque en el contrato no se mencione de forma expresa la «parciariedad» o el carácter «conjunto» o «en mano común» de la obligación, si del tenor de dicho contrato resulta claramente tal naturaleza. Al contrario, antes de aplicar la presunción establecida en el artículo 10:102 de los PECL deberá procederse a una indagación sobre la verdadera voluntad de las partes, y en su defecto, interpretar el contrato conforme al significado que personas razonables en situación semejante a la de las partes, le habrían dado (art. 5:101).

Además, en esta labor interpretativa deberán tenerse en cuenta especialmente las circunstancias en las que el contrato se celebró, la conducta de las partes anterior, coetánea y posterior a la celebración del contrato, la naturaleza y finalidad de éste, la interpretación que ya se hubiera dado a cláusulas similares por las partes y las prácticas establecidas entre ellas, el sentido que comúnmente se dé a tales cláusulas en los ramos de actividad correspondientes, los usos y la buena fe (art. 5:102).

#### 2.4.2.3. Presunción de la solidaridad de las obligaciones derivadas de un mismo daño

A diferencia de lo que sucede en el campo de las obligaciones, la solidaridad entre los responsables de un mismo daño aparece ampliamente reconocida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, directamente mediante ley o como consecuencia de la interpretación jurisprudencial desarrollada por los Tribunales.

Así, por ejemplo, en el caso de los Derechos francés, belga y luxemburgués, la regla de la solidaridad en los daños se ha introducido a través de la doctrina sobre las obligaciones *in solidum*, a la que ya se ha hecho referencia con anterioridad. Y en cuanto al Derecho español, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consolidado la doctrina de la responsabilidad solidaria por culpa extracontractual, lo que, aunque resulta razonable para asegurar el resarcimiento de la víctima, se ha criticado por constituir una interpretación correctora de lo dispuesto en los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil (49).

La regla de la solidaridad se ha aplicado normalmente por la Jurisprudencia española en aquellos casos en los que el daño es imputable a varios sujetos pero no resulta posible fijar una responsabilidad individual por no

---

(49) GUILARTE ZAPATERO, V., *De las obligaciones mancomunadas...*, cit., pág. 242.

poderse determinar el grado de participación de cada uno respecto al resultado final (50).

En este contexto, el artículo 10:102 («*Las obligaciones también son solidarias cuando varias personas son responsables de un mismo daño*») de los PECL, de acuerdo con la práctica común en los ordenamientos jurídicos europeos, consagra la regla de la solidaridad en el supuesto de que varias personas sean responsables de un mismo daño, pudiéndose dar el supuesto de que varios de los responsables lo sean contractualmente y otros extracontractualmente.

En todo caso, la redacción de este artículo no parece resolver aquellos supuestos en los que se puede establecer que un daño ha sido causado por algunas de las personas pertenecientes a un determinado grupo pero no es posible identificar al concreto causante o causantes. Según Díez-PICAZO, en este caso la responsabilidad también debería ser solidaria, extendiéndose a todos los miembros de tal grupo, «a menos que cada uno de ellos se exonere probando la inexistencia de un vínculo de causalidad o de una imputación objetiva en relación con él» (51).

#### 2.4.3. *Derecho de regreso*

Hasta ahora se ha hecho hincapié principalmente en la relación externa de los deudores frente al acreedor, por la cual el acreedor está legitimado para reclamar de cualquiera de ellos el cumplimiento de la prestación en su integridad. Pero la obligación solidaria se completa con la relación interna entre los codeudores, en virtud de la cual se considera que, aunque el cumplimiento se haya efectuado de forma íntegra por uno de los deudores, cada uno de éstos sólo es deudor exclusivo de la cuota que le corresponde en la obligación, por lo cual el que paga estará legitimado para reclamar de los demás la parte que les corresponda.

Lo anterior ha dado lugar a que se haya afirmado que la relación interna entre los deudores es una simple relación de parciariedad, como hizo POTHIER argumentando que en el caso de que se mantuviese la solidaridad en las relaciones internas entre deudores nos veríamos abocados a un círculo de acciones (52).

Sin embargo, el hecho de que el legislador haya optado por el fraccionamiento interno no significa que en la relación interna se abandone totalmente la idea de la solidaridad, como lo prueba la circunstancia de que la insol-

---

(50) Como se establece, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 1983, «...*solidaridad que ha declarado esta Sala en casos en que participando varias personas en la causación de daños a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una de aquéllas en el evento dañoso*».

(51) Díez-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 167.

(52) POTHIER, R. J., *Tratado...*, cit., pág. 146.

vencia de uno de los deudores la cubren los restantes, lo que no sucedería si existiera una simple relación de parciariedad.

Los PECL regulan las relaciones internas en los artículos 10:105 y 10:106, que establecen la presunción de igualdad en la responsabilidad de los deudores solidarios y consagran el derecho del deudor que pagó a ejercitar la acción de reembolso o la acción subrogatoria. El artículo 10:105 (53) dispone que:

- [1] *Los codeudores solidarios son responsables en partes iguales los unos para con los otros, a menos que el contrato o la ley dispongan lo contrario.*
- [2] *Si dos o más deudores son responsables de un mismo daño conforme a lo dispuesto en el artículo 10:102 [2], su parte de responsabilidad se determinará conforme a la ley que regule el hecho que dio lugar a la responsabilidad.*

La determinación de la responsabilidad atribuible a cada uno de los deudores normalmente se podrá realizar atendiendo a las relaciones jurídicas subyacentes que dieron origen a la solidaridad. Cuando ello no sea posible, y la ley tampoco fije criterio alguno sobre la materia, entrará en juego la regla prevista en el artículo 10:105 [1]. Y es que, como puede apreciarse, este artículo simplemente recoge la presunción, común en los principales ordenamientos jurídicos europeos (54), de que la responsabilidad de los deudores lo es por partes iguales, regla «lógica» y «natural», según los comentarios a los PECL, que podrá quedar desvirtuada cuando la ley o el contrato dispongan lo contrario.

En cuanto a los daños, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos la distribución de la responsabilidad se realiza conforme al criterio de la participación causal en el daño, aunque en ocasiones también se atiende, como

---

(53) *ARTICLE 10:105: APPORTIONMENT BETWEEN SOLIDARY DEBTORS*

- [1] *As between themselves, solidary debtors are liable in equal shares unless the contract or the law provides otherwise.*
- [2] *If two or more debtors are liable for the same damage under Article 10:102 [2], their share of liability as between themselves is determined according to the law governing the event which gave rise to the liability.*

*ARTICLE 10:105: RÉPARTITION DE LA DETTE ENTRE LES CODÉBITEURS SOLIDAIRES*

- [1] *Les codébiteurs solidaires sont tenus, les uns à l'égard des autres, à des parts égales, à moins que le contrat ou la loi n'en disposent autrement.*
- [2] *Si plusieurs personnes sont solidairement responsables d'un même préjudice en vertu de l'article 10:102 alinéa 2, leur part contributive de responsabilité est déterminée selon les règles régissant le fait générateur de responsabilité.*

(54) Por ejemplo, el artículo 1.138 del Código Civil español establece que «si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya».

en Francia, al grado de seriedad de los distintos actos causantes del mismo, o se deja simplemente la cuestión a la discreción judicial, como en Inglaterra (55) (56). Esta disparidad de soluciones contribuye a explicar la parquedad de la regla contenida en el artículo 10:105 [2], que se limita a establecer que la distribución de la responsabilidad habrá de determinarse según la ley aplicable al hecho que dio lugar a la responsabilidad.

Sin embargo, si no existe tal ley o la misma no regula la distribución de la responsabilidad, y resulta imposible determinar la cuota de responsabilidad atribuible a cada uno de los agentes productores del daño, debería poder aplicarse, por analogía con el caso previsto en el artículo 10:105 [1], la presunción de distribución de la responsabilidad por partes iguales, buscando con ello la garantía de indemnidad de la víctima, principio rector que late en las distintas soluciones adoptadas en materia de distribución de la responsabilidad por daños.

En cuanto al artículo 10:106 (57), el mismo establece lo siguiente:

- [1] *El deudor solidario que haya pagado más que su parte puede reclamar el exceso de cualquiera de sus codeudores hasta el*

---

(55) *English Civil Liability Contributory Act 1978.*

(56) LANDO, O.; CLIVE, E.; PRUM, A., y ZIMMERMANN, R., *Principles...*, cit., pág. 68.

(57) ARTICLE 10:106: *RECOURSE BETWEEN SOLIDARY DEBTORS*

[1] *A solidary debtor who has performed more than that debtor's share may claim the excess from any of the other debtors to the extent of each debtor's unperformed share, together with a share of any costs reasonably incurred.*

[2] *A solidary debtor to whom paragraph [1] applies may also, subject to any prior right and interest of the creditor, exercise the rights and actions of the creditor, including accessory securities, to recover the excess from any of the other debtors to the extent of each debtor's unperformed share.*

[3] *If a solidary debtor who has performed more than that debtor's share is unable, despite all reasonable efforts, to recover contribution from another solidary debtor, the share of the others, including the one who has performed, is increased proportionally.*

ARTICLE 10:106: *RECOURS ENTRE LES DÉBITEURS SOLIDAIRES*

[1] *Le débiteur qui a payé plus que sa part peut réclamer l'excédent à l'un quelconque des autres débiteurs dans la limite de la part impayée de chacun, ainsi que la part correspondant aux frais qu'il a engagés.*

[2] *Le débiteur solidaire à qui s'applique l'alinéa précédent peut également, sous réserve des droits qu'aurait pu conserver le créancier, exercer les droits et actions de celui-ci, y compris les sûretés qui s'y attachent, pour répéter contre l'un quelconque des autres débiteurs la part impayée de chacun, à condition de respecter les droits antérieurs du créancier.*

[3] *Lorsque le débiteur solidaire qui a payé plus que sa part n'a pu, en dépit d'efforts raisonnables, répéter sa contribution contre l'un des autres codébiteurs solidaires, la part des autres, y compris celui qui a payé, est augmentée en proportion.*

*límite de la parte incumplida por cada uno, así como la parte que a cada uno corresponda en los gastos en los que se haya razonablemente incurrido.*

- [2] *Sin perjuicio de la existencia de cualquier derecho de preferencia que corresponda al acreedor, el deudor solidario a quien el párrafo [1] se aplique puede también ejercitar los derechos y acciones del aquél, incluyendo derechos de garantía, para reclamar el exceso de cualquiera de sus codeudores hasta el límite de la parte incumplida por cada uno.*
- [3] *Si el deudor solidario que ha pagado más que su parte no consigue, a pesar de sus esfuerzos razonables, que se le pague la parte correspondiente a uno de los deudores solidarios, la parte de los otros codeudores, incluyendo la del que ha pagado, será incrementada proporcionalmente.*

El apartado [1] de este artículo es la consecuencia básica de una de las características de la solidaridad pasiva a la que se ha aludido previamente; aunque cada uno de los deudores está obligado a cumplir la prestación por entero respecto al acreedor, en la relación interna con sus codeudores sólo es deudor exclusivo de la cuota que le corresponde. Como ha señalado LARENZ en relación con el Derecho alemán, «frente al titular de este derecho de reintegro los varios deudores obligados responden ante dicho titular no como deudores solidarios, sino cada uno únicamente por la parte que le corresponda» (58). Por ello, una vez hecho el pago, el deudor puede reclamar de sus codeudores la parte correspondiente a cada uno. De esta forma, se produce un ajuste de cuentas entre los deudores solidarios a fin de que cada uno de ellos no contribuya con más parte que la que efectivamente le corresponde satisfacer en función de su participación en la obligación.

En todo caso, este derecho de regreso es una regla general que no tiene valor absoluto e inderogable, como ha señalado JORDANO BAREA, siendo supletoria de lo que se hubiera previsto en el título de la obligación, de forma que la división no tendrá lugar si se demuestra que la obligación sólo fue contraída en interés de algunos codeudores. Además, el derecho de regreso podría ser objeto de renuncia, siempre que tal renuncia fuera posible (en España, por no contrariar el interés o el orden público o perjudicar a terceros, conforme al art. 6.2 del Código Civil), habiéndose defendido también la posibilidad de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, por regularse el derecho de regreso en normas dispositivas (59).

---

(58) LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 509.

(59) JORDANO BAREA, J. B., *Las obligaciones solidarias...*, cit., pág. 864.

Plenamente coherente con la distribución de la responsabilidad en la relación interna entre los codeudores solidarios es la regla, admitida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos (60), contenida en el apartado [3] del artículo 10:106 transcrito, en virtud del cual cuando a pesar de los esfuerzos razonables del codeudor que pagó más que su parte alguno de los codeudores no haya pagado, deberá incrementarse proporcionalmente la parte correspondiente a cada uno de los deudores solidarios.

La extensión de la responsabilidad a los codeudores, característica de la solidaridad pasiva, conlleva necesariamente la cobertura de la insolvencia de cualquiera de los deudores solidarios. Esta regla permite satisfacer tanto el interés del acreedor, frente al que los deudores se han obligado de forma solidaria y al que por tanto no se puede imputar la insolvencia de uno de los deudores, como el interés de los propios deudores solidarios, garantizando que la cantidad adicional que haya de ser abonada sea repartida proporcionalmente entre todos.

Particular mención merece la circunstancia de que los PECL establezcan expresamente que en caso de insolvencia de un deudor solidario se incrementa la parte de todos los codeudores, *«incluyendo la del que ha pagado»*. Parece razonable, tal y como se ha admitido por la mayoría de la doctrina española respecto al artículo 1.145 del Código Civil, que la insolvencia sea cubierta también por el que pagó, y no sólo por los restantes codeudores, lo que resultaría contrario a la propia esencia de la solidaridad.

El apartado [2] del artículo 10:106 de los PECL también consagra el derecho del «solvens» a subrogarse en la posición del acreedor para ejercitar los derechos y acciones de éste a fin de reclamar la parte correspondiente a cada uno de los codeudores solidarios.

En relación con la posibilidad de la subrogación por el «solvens» en las obligaciones solidarias, se ha criticado que la subrogación supone la subsistencia del crédito y la sustitución del deudor originario por uno nuevo, y que en este caso estamos, por un lado, ante un crédito que se ha extinguido por el pago, y por otro, ante un derecho no originario, ya que se ha detruido la parte correspondiente al deudor (61). Es decir, que el crédito en el que se subroga el deudor que pagó ya no es exactamente el mismo, y si el deudor ha extinguido la obligación solidaria, entonces no se subroga en dicha obligación, sino en todo caso en una obligación distinta, ya que solo puede reclamar a los codeudores la parte que les corresponde en la misma.

---

(60) El artículo 1.145 del Código Civil español establece en su segundo párrafo que: *«la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia de un deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno»*.

(61) MONTES, A. C., «El derecho de regreso en la solidaridad de deudores», en ADC, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, septiembre-diciembre de 1991, pág. 1438.

Sin embargo, aunque la solución recogida en los PECL pueda considerarse técnicamente deficiente, tiene el mérito de favorecer al codeudor solidario que ha pagado frente a los demás codeudores que no lo han hecho. Y es que podrá disponer de dos medios alternativos para ser resarcido por sus codeudores; ejercitar la acción de regreso o la acción subrogatoria. Las diferencias entre una y otra son importantes, ya que si el deudor se subroga la antigüedad de su crédito será la originaria, lo que no sucederá si simplemente ejercita la acción de regreso.

#### 2.4.4. Liberación de los deudores solidarios

Los artículos 10:107 y 10:108 de los PECL regulan los distintos supuestos de liberación de la obligación por parte de los deudores solidarios, refiriéndose al pago, la compensación, la confusión, la condonación y la transacción. Así, el artículo 10:107 (62) establece que:

- [1] *El pago o la compensación por un deudor solidario o la compensación por el acreedor de la deuda de uno de los deudores solidarios libera a los otros respecto al acreedor en la medida del pago o la compensación.*
- [2] *La confusión de la deuda entre un deudor solidario y el acreedor no libera a los otros deudores más que en la parte del deudor concernido.*

Por su parte, el artículo 10:108 (63) establece lo siguiente:

---

(62) ARTICLE 10:107: PERFORMANCE, SET-OFF AND MERGER IN SOLIDARY OBLIGATIONS

- [1] *Performance or set-off by a solidary debtor or set-off by the creditor against one solidary debtor discharges the other debtors in relation to the creditor to the extent of the performance or set-off.*
- [2] *Merger of debts between a solidary debtor and the creditor discharges the other debtors only for the share of the debtor concerned.*

ARTICLE 10:107: OBLIGATIONS SOLIDAIRES: PAIEMENT, COMPENSATION, CONFUSION

- [1] *Le paiement ou la compensation par un débiteur solidaire ou la compensation opérée par le créancier avec la dette de l'un des débiteurs solidaires libère les autres à l'égard du créancier dans la mesure du paiement ou de la compensation.*
- [2] *La confusion intervenue dans les rapports entre le créancier et un débiteur solidaire ne libère les codébiteurs que de la part du débiteur concerné.*

(63) ARTICLE 10:108: RELEASE OR SETTLEMENT IN SOLIDARY OBLIGATIONS

- [1] *When the creditor releases, or reaches a settlement with, one solidary debtor, the other debtors are discharged of liability for the share of that debtor.*

- [1] *Cuando el acreedor condona la deuda de un deudor solidario o transige sobre la misma, los otros codeudores quedan liberados de responsabilidad en la parte del deudor beneficiado.*
- [2] *Los deudores quedan totalmente liberados de su responsabilidad mediante la condonación o la transacción, si así se prevé en las mismas.*
- [3] *En las relaciones internas entre los deudores solidarios, el deudor liberado de su parte sólo lo es hasta el límite de dicha parte en la fecha de la liberación y no por la parte suplementaria de la que ese deudor pudiera devenir responsable conforme a lo dispuesto en el artículo 10:106 [3].*

El fundamento del tratamiento del pago y la compensación deriva de la unidad de la relación solidaria; estando cada uno de los codeudores obligado a cumplir la misma prestación, una vez que ésta se ha cumplido, se extingue la obligación para todos, y si sólo se ha cumplido parcialmente, se extingue la obligación parcialmente, beneficiando a todos los codeudores. Todo ello sin perjuicio del derecho de regreso o subrogación para garantizar que cada uno de los deudores no pague más de lo que le corresponda en la obligación.

En relación con el pago por parte de uno de los deudores solidarios es preciso aludir a las reglas de la buena fe (art. 1:201 PECL) (64), ya que se debe evitar que los codeudores se hallen inermes para contrarrestar el comportamiento del deudor que, por dolo o negligencia, propició la sentencia condenatoria que luego pueda producir algún efecto frente a todos (65). Ade-

---

[2] *The debtors are totally discharged by the release or settlement if it so provides.*

[3] *As between solidary debtors, the debtor who is discharged from that debtor's share is discharged only to the extent of the share at the time of the discharge and not from any supplementary share for which that debtor may subsequently become liable under Article 10:106 [3].*

ARTICLE 10:108: OBLIGATIONS SOLIDAIRES: REMISE DE DETTE, TRANSAC-TION

[1] *Lorsque le créancier remet la dette d'un débiteur solidaire ou conclut une transaction avec lui, les autres débiteurs sont libérés pour la part du débiteur qui en bénéficie.*

[2] *Les débiteurs sont libérés totalement par la remise de dette ou la transaction si l'acte le prévoit.*

[3] *Dans les rapports entre débiteurs solidaires, le débiteur libéré de sa part ne l'est qu'à hauteur de sa part à la date de cette libération et non pour la part supplémentaire qui pourrait ultérieurement lui incomber en vertu de l'article 10:106, alinéa 3.*

(64) «[1] Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. [2] Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo».

(65) MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., «Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva», en *Revista General del Derecho*, julio-agosto de 1991, Valencia, pág. 5775.

más, como una derivación del principio de buena fe, si uno de los deudores solidarios paga, lo razonable es que lo notifique a los demás codeudores para evitar que cualquiera de ellos pague de nuevo. Sólo así se evitarán los gastos y perjuicios que puedan derivarse de la repetición de lo indebidamente pagado. Del mismo modo, el principio de buena fe también exige tal notificación al acreedor que haya cobrado. En otro caso, tanto el deudor como el acreedor serán responsables por los daños causados (66).

En cuanto a la compensación, para que la misma produzca efecto, habrá de ser notificada a la otra parte conforme a lo dispuesto en el artículo 13:104 de los PECL, si bien bastará con una comunicación unilateral, extrajudicial y no sujeta a forma alguna. Como se establece en el artículo 10:107 [1], la compensación, al igual que el pago, liberan a los demás codeudores en la proporción correspondiente de dicho pago o compensación.

Respecto a la confusión entre uno de los deudores y el acreedor, la misma sólo liberará a los demás codeudores en la parte del deudor afectado por tal confusión, de forma que la deuda total de los codeudores sólo podrá resultar reducida en esa concreta porción. Y si uno de los deudores resulta insolvente, su parte deberá ser abonada por los restantes codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno, incluyendo al deudor afectado por la confusión, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 10:106 [3] de los PECL.

Por último, la regla contenida en el artículo 10:108 [1] sobre la condonación y la transacción es la misma que la contenida respecto a la confusión, de forma que los codeudores sólo podrán quedar liberados de responsabilidad en la parte concreta del deudor afectado por la condonación o la transacción. El acreedor podrá dirigirse contra los demás codeudores, pero deduciendo la parte que correspondía al deudor liberado. Si así no fuera y el acreedor pudiera dirigirse contra los demás por el todo, el que pagara tendría regreso contra el deudor liberado, con lo cual la condonación no produciría su eficacia (67).

En todo caso, como se pone de manifiesto en los comentarios a los PECL, no existe ninguna razón de orden público para concluir que la condonación o transacción tenga que ser necesariamente parcial. Si en la condonación o transacción así se prevé expresamente, conforme al principio de libertad de pactos deberá admitirse la posibilidad de una liberación completa de los codeudores, tal y como se establece en el apartado [2]. Por último, el apartado [3] simplemente matiza lo dispuesto en el apartado [1], de modo que el deudor liberado sólo lo será respecto a la parte de que fuera responsable en

---

(66) PUIG Y FERRIOL, L., «Régimen Jurídico de la solidaridad de deudores», en *Homenaje a Roca Sastre*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, pág. 458.

(67) CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles al deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, EDER-SA, 1980, Madrid, pág. 278.

el momento de la condonación o transacción, pero no de cualquiera otra parte de la que deviniera responsable como consecuencia de la insolvencia de uno de los codeudores, conforme al artículo 10:106 [3].

#### 2.4.5. *Extensión de efectos*

Los artículos 10:109 y 10:110 de los PECL regulan la cuestión relativa a la extensión, o más bien, la falta de extensión de efectos de la solidaridad. El artículo 10:109 (68) establece que:

*La decisión judicial adoptada sobre la responsabilidad de un deudor solidario frente al acreedor no afecta a:*

- a) la responsabilidad de los otros deudores solidarios frente al acreedor; ni a*
- b) los derechos de recurso entre los deudores solidarios al amparo de lo dispuesto en el artículo 10:106.*

El régimen sustantivo de las obligaciones solidarias siempre ha sido especialmente sensible a las cuestiones procesales, hasta el punto que la concepción actual de las obligaciones solidarias tiene su origen en la época justiniana, en una reforma que podría ser calificada hoy como «procesal» (69).

En este sentido, en el Derecho romano clásico, la *litis contestatio* producía un efecto extintivo o consuntivo de la obligación, de modo que, una vez demandado el deudor solidario, la obligación necesariamente quedaba extinguida porque la acción civil (el derecho material) se transformaba en una obligación procesal que había de ser resuelta por sentencia (70). Esta situación cambió cuando Justiniano eliminó el efecto extintivo general de la *litis contestatio*, momento a partir del cual la obligación solidaria ya únicamente

(68) **ARTICLE 10:109: EFFECT OF JUDGMENT IN SOLIDARY OBLIGATIONS**

*A decision by a court as to the liability to the creditor of one solidary debtor does not affect:*

- (a) the liability to the creditor of the other solidary debtors; or*
- (b) the rights of recourse between the solidary debtors under Article 10:106.*

**ARTICLE 10:109: OBLIGATIONS SOLIDAIRES: EFFETS D'UNE DÉCISION JUDICIAIRE**

*La décision judiciaire relative à la dette d'un débiteur solidaire à l'égard du créancier n'affecte pas:*

- (a) les droits du créancier à l'encontre des autres débiteurs.*
- (b) le recours entre les débiteurs solidaires sur le fondement de l'article 10:106.*

(69) ATAZ LÓPEZ, J., «Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, coordinada por CAFFARENA LAPORTA, J. y ATAZ LÓPEZ, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 75.

(70) JORS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, trad. española de PRIETO CASTRO, Labor, Madrid, 1937, pág. 529.

podría ser extinguida con el completo pago, surgiendo el *ius electionis* y el *ius variandi* del acreedor.

Los PECL adoptan el criterio de que una decisión judicial sobre la responsabilidad de un deudor solidario no afecta a los demás codeudores, ni a los derechos de resarcimiento de los mismos mediante el regreso o la subrogación. Se parte de la idea de que cada uno de los deudores debería ser libre para maximizar sus opciones de defensa jurídica, de modo que la decisión judicial correspondiente sólo podrá producir efectos de cosa juzgada respecto a aquéllos que han sido parte en el procedimiento. Así, la sentencia obtenida frente a uno de los deudores solidarios carece de fuerza de cosa juzgada en un segundo proceso judicial, con independencia de cuál sea el resultado.

De esta forma, la presunción de la solidaridad en los PECL se combina con una regulación sobre la materia mucho menos rigurosa que la existente en algunos ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el español. La generalización de la solidaridad impone la dulcificación de su régimen, sobre todo teniendo en cuenta que dicha solidaridad puede llegar a presumirse, de acuerdo con los PECL, sin que las partes la hayan pactado expresamente.

El principal ejemplo de esta «dulcificación del régimen de la solidaridad pasiva», utilizando palabras de CAFFARENA (71), es la limitación al máximo de la extensión de los efectos de la solidaridad, rompiendo así con la regla de la propagación de efectos tradicionalmente asociada a la solidaridad como consecuencia de ser cada uno acreedor o deudor de una única prestación.

En particular, el hecho de que las decisiones judiciales dictadas respecto a uno de los deudores solidarios no afecten a los demás, no produciendo efectos de cosa juzgada respecto a éstos, y que tampoco afecten a los derechos de regreso o subrogación de los mismos, supone una clara suavización del régimen de la solidaridad para los deudores solidarios, permitiendo a cada uno de éstos maximizar sus opciones de defensa en juicio.

Como se establece en los comentarios a los PECL, no existe una posición uniforme sobre la cuestión en los distintos ordenamientos jurídicos europeos. La ausencia de extensión de efectos a los demás deudores solidarios de la decisión judicial adoptada respecto a uno solo de ellos es aceptada claramente en el Derecho alemán o en el inglés, mientras que en otros ordenamientos jurídicos la extensión de efectos es parcial, como sucede en el Derecho italiano o en el francés, en el que la decisión será oponible a los codeudores salvo en caso de fraude o si el deudor contra el que la decisión se invoca puede oponer alguna excepción personal (72).

Como ejemplo de ordenamiento jurídico que admite la extensión de efectos se cita en los comentarios el Derecho español. GUILARTE ZAPATERO

---

(71) CAFFARENA LAPORTA, J., *La extensión de la solidaridad...*, cit., pág. 61.

(72) LANDO, O.; CLIVE, E.; PRUM, A., y ZIMMERMANN, R., *Principles...*, cit., pág. 74.

distinguía tres opiniones defendidas por la doctrina española sobre la materia: a) la extensión de los efectos de cosa juzgada sólo en caso de sentencia absolutoria dictada con fundamento en causas derivadas de la naturaleza de la obligación, en cuyo caso la resolución beneficia a todos los deudores; b) la extensión, además de en el supuesto antes mencionado, en el de la sentencia condenatoria respecto de las excepciones comunes opuestas y desestimadas; c) la extensión de la sentencia respecto de todo aquello que el deudor demandado alegó y también respecto a lo que pudo alegar y no lo hizo (73).

Sin embargo, en el Derecho español es indiscutible que no es posible la ejecución sobre el patrimonio de un codeudor no demandado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 542 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que establece que *«las sentencias, los laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios de los deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubieran sido parte en el proceso»*. Además, dicha Ley ha derogado el artículo 1.252 del Código Civil, en el que se consagraba claramente la extensión de efectos en los casos de solidaridad (74). Por tanto, tal extensión de efectos sólo podría defenderse con base en lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.141 del Código Civil, que establece que *«las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos»* (75).

La solución adoptada por los PECL es plenamente coherente con el derecho de defensa de los codeudores no demandados. Sin embargo, plantea el difícil problema de las sentencias contradictorias. Así, por ejemplo, si en un primer proceso contra un codeudor se dicta sentencia absolutoria, y en un segundo proceso contra otro codeudor se dicta sentencia condenatoria, ¿tendrá este segundo codeudor condenada acción de regreso contra el primer codeudor absuelto? Parece que debe concluirse que sí, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10:109 b), que establece que la decisión judicial dictada contra uno de los codeudores no afecta a *«los derechos de recurso entre los deudores solidarios al amparo de lo dispuesto en el artículo 10:106»*. De esta forma, el codeudor absuelto no podrá oponer, para oponerse al codeudor condenado, la sentencia en la que se le absolvió, sino que únicamente podrá oponer las excepciones procedentes conforme al artículo 10:111 de los PECL, al que se hace referencia más adelante.

---

(73) GUILARTE ZAPATERO, V., *De las obligaciones mancomunadas...*, cit., pág. 276.

(74) El artículo 1.252 del Código Civil establecía que: *«... se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas»*.

(75) ATAZ LÓPEZ, J., *Las obligaciones solidarias...*, cit., pág. 161.

Como se ha afirmado por la doctrina española al tratar de la materia en el Derecho español, existe una clara contradicción entre la solución de la privación total de eficacia *ultra partes* de las sentencias recaídas en materia de solidaridad y la regulación sustantiva de la misma. Y es que parece que el *ius electionis* del acreedor y la falta de litisconsorcio pasivo necesario imponen como consecuencia lógica la extensión de efectos a los codeudores de la sentencia dictada frente a uno sólo de ellos, aunque sólo sea en aquella parte de la misma que se pronuncie sobre la relación obligatoria solidaria (76).

El problema, por tanto, aparece con toda claridad; sentencias que se pronuncien sobre una misma e idéntica relación obligatoria unitaria (aunque compuesta por una pluralidad de vínculos) podrán conducir a resultados abiertamente contradictorios, con merma de las exigencias de la seguridad jurídica.

En esta contradicción entre el derecho de defensa (que reclama la ausencia de extensión de efectos) y la seguridad jurídica (que reclama la extensión de efectos), es interesante el análisis realizado por ATAZ LÓPEZ a la luz del Derecho constitucional español, afirmando que aunque el Tribunal Constitucional español no se ha ocupado del problema directamente, de sus afirmaciones en otros supuestos «cabría entender que la sola extensión de los efectos de cosa juzgada no implica, por sí, inconstitucionalidad ni vulneración del artículo 24 de la Constitución, siempre y cuando tal extensión se encuentre limitada, no cubriendo, por tanto, la posible ejecución de una sentencia en el patrimonio de un codeudor no demandado». Y que, por el contrario, la no extensión de efectos de cosa juzgada, en cuanto podría provocar la existencia de sentencias contradictorias, podría suponer una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, en cuanto que las diferencias se encontrarían no ya en una distinta interpretación de las normas, sino incluso en una distinta apreciación de los hechos (77).

Así las cosas, parece que el mejor instrumento para salvar las anteriores dificultades puede ser la institución del litisconsorcio pasivo necesario, en cuanto que con la misma se garantiza el derecho de defensa de los codeudores (lo que no se garantiza con la total extensión de efectos) y se evita el problema de las sentencias contradictorias (consecuencia de la falta de extensión de efectos). En este caso, sin embargo, se estaría prescindiendo del *ius electionis* del acreedor a efectos de obtener una sentencia de condena contra uno de los codeudores, sin necesidad de dirigirse contra todos, y del *ius variandi*, o derecho de cambiar de demandado, características básicas de la propia institución de la solidaridad en su configuración clásica.

---

(76) CARBALLO FIDALGO, M., «Eficacia de las sentencias dictadas en material de obligaciones solidarias», en *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 129.

(77) ATAZ LÓPEZ, J., *Las obligaciones solidarias...*, cit., pág. 146 y sigs.

El artículo 10:110 (78) se refiere específicamente a la cuestión de la prescripción, estableciendo lo siguiente:

*La prescripción de los derechos del acreedor frente a un deudor solidario no afecta a:*

- a) la responsabilidad de los otros deudores solidarios frente al acreedor; ni a*
- b) los derechos de recurso entre los deudores solidarios al amparo de lo dispuesto en el artículo 10:106.*

Recuerda CAFFARENA que en el Derecho romano no parece dudoso que la prescripción extintiva operaba en la obligación solidaria con eficacia limitada a los singulares sujetos (79). Sin embargo, el Código Justiniano estableció que la interrupción de la prescripción efectuada por el acreedor frente a uno de los deudores perjudica también a los demás deudores. Este mismo camino fue seguido por DOMAT y POTHIER, plasmado en el Código Civil francés y en nuestro Proyecto de 1851, de donde pasó al Código Civil español.

La solución adoptada en los PECL respecto a los efectos de la prescripción se enmarca dentro de la tendencia recogida en estos Principios hacia la limitación de la propagación de efectos. Aunque ello no esté en plena armonía con la propia regulación sustantiva de la solidaridad, sí obedece a una tendencia claramente apreciable en algunos ordenamientos jurídicos que parten de la eficacia puramente personal de la prescripción en las obligaciones solidarias. En este sentido, las soluciones adoptadas por los ordenamientos jurídicos europeos son contradictorias; desde la ausencia de extensión de los efectos de la prescripción, como sucede en el Derecho alemán o en el inglés, hasta la plena extensión de efectos, como sucede en el Derecho francés o en el español (en particular, el Código Civil español establece que «*la interrupción de la prescripción en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores*»).

---

(78) ARTICLE 10:110: PRESCRIPTION IN SOLIDARY OBLIGATIONS

*Prescription of the creditor's right to performance («claim») against one solidary debtor does not affect:*

- (a) the liability to the creditor of the other solidary debtors; or*
- (b) the rights of recourse between the solidary debtors under Article 10:106.*

ARTICLE 10:110: OBLIGATIONS SOLIDAIRES: PRÉSCRIPTION

*La prescription acquise à l'égard d'un débiteur solidaire n'affecte pas:*

- (a) les droits du créancier à l'encontre des «autres débiteurs»;*
- (b) le recours entre les débiteurs solidaires sur le fondement de l'article 10:106.*

(79) CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles al deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, EDESA, 1980, Madrid, pág. 73.

En los comentarios a los PECL se justifica la falta de extensión de los efectos de la prescripción respecto a uno de los codeudores a todos los demás, afirmando que no hay ninguna razón por la cual los codeudores deban beneficiarse de la prescripción de la acción contra uno de ellos cuando las acciones contra los demás no han prescrito. El motivo que late en la redacción del artículo 10:110 y en el correspondiente comentario es la protección del acreedor y el reforzamiento del crédito.

Por otro lado, la regla contenida en el apartado *b)* parece destinada a proteger al deudor solidario que ha pagado frente al deudor cuya deuda ha prescrito como consecuencia de la inactividad del acreedor, motivo por el cual aquél puede ejercitar su acción de regreso contra los codeudores con independencia de que su deuda haya prescrito. Esta es otra muestra de la suavización del régimen de la solidaridad pasiva plasmado en los PECL, ya que se intentan paliar los efectos negativos en las relaciones internas que pueden derivarse de la eficacia personal de la prescripción consagrada en el mismo artículo.

Además, dicho apartado *b)* también protege al deudor que ha pagado a pesar de la prescripción de su deuda. En este sentido, la prescripción se configura en los PECL como un título habilitante para no cumplir, pero no supone la extinción de la obligación correspondiente, de forma que si ésta se cumple, no habrá un pago de lo indebido y no se podrá reclamar la devolución de lo pagado, funcionando por tanto el pago como si se tratara de una obligación «natural» (80).

En definitiva, las anteriores soluciones sobre la eficacia de las decisiones judiciales y de la prescripción revelan que los PECL limitan al máximo la extensión de los efectos de la solidaridad, rompiendo así con una regla tradicionalmente asociada a la solidaridad en algunos ordenamientos jurídicos, como es la propagación de sus efectos, como consecuencia de ser cada uno acreedor o deudor de una única prestación.

Por tanto, aquellos casos no expresamente regulados en los PECL pero respecto a los cuales se pudiera plantear la existencia de una posible extensión de efectos, como por ejemplo el reconocimiento de deuda hecho por un deudor solidario, habrán de recibir necesariamente la misma solución; su carácter estrictamente personal y consiguientemente la ausencia de la extensión de efecto alguno a los restantes codeudores.

---

(80) El artículo 14:501 de los PECL establece lo siguiente: «[1] *After expiry of the period of prescription the debtor is entitled to refuse performance.* [2] *Whatever has been performed in order to discharge a claim may not be reclaimed merely because the period of prescription has expired*».

#### 2.4.6. Excepciones oponibles

El artículo 10:111 (81) se refiere a las excepciones oponibles por el deudor solidario, estableciendo que:

- [1] *El deudor solidario puede oponer frente al acreedor cualquier excepción que otro codeudor solidario pudiera utilizar, con excepción de las que sean personales de éste.*
- [2] *El deudor, a quien se reclame su parte, puede oponer cualquier excepción personal que hubiera podido oponer frente al acreedor.*

Este artículo recoge la distinción tradicional entre las excepciones personales y las comunes, es decir, las que cualquier «otro codeudor solidario pudiera utilizar». Los comentarios a los PECL definen como excepciones comunes o inherentes a la deuda aquellas que derivan del propio contrato, como, por ejemplo, la invalidez por ilegalidad o la falta de cumplimiento de un requisito de forma. Si el deudor solidario a quien se reclama la deuda omitiera oponer una excepción común, estaría avocado a sufrir en su patrimonio dicha omisión cuando se dirigiera en vía de regreso contra sus codeudores, ya que en unos casos la no oposición de la excepción supondría una renuncia a un derecho que no podría perjudicar a terceros (sus codeudores), mientras que en otros el cumplimiento no sería un pago válido y eficaz, por lo que la acción de regreso carecería de fundamento (82).

Las excepciones personales, por el contrario, son aquéllas que afectan exclusivamente a la posición personal de uno de los deudores, como por ejemplo el error, el dolo o las amenazas que hayan afectado su voluntad al contratar.

---

#### (81) ARTICLE 10:111: OPPOSABILITY OF OTHER DEFENCES IN SOLIDARY OBLIGATIONS

- [1] *A solidary debtor may invoke against the creditor any defence which another solidary debtor can invoke, other than a defence personal to that other debtor. Invoking the defence has no effect with regard to the other solidary debtors.*
- [2] *A debtor from whom contribution is claimed may invoke against the claimant any personal defence that that debtor could have invoked against the creditor.*

#### ARTICLE 10:111: OBLIGATIONS SOLIDAIRES: OPPOSABILITÉ DES AUTRES MOYENS DE DÉFENSE

- [1] *Le débiteur solidaire peut opposer au créancier tout moyen de défense qu'un autre codébiteur pourrait invoquer, à l'exception des moyens personnels à ce dernier. L'invocation du moyen est sans effet à l'égard des autres débiteurs.*
- [2] *Le débiteur à qui est réclamée sa contribution peut opposer au demandeur les moyens de défense personnels qu'il aurait pu opposer au créancier.*

(82) CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad de deudores...*, cit., pág. 55.

De acuerdo con el artículo transcrito, en las relaciones externas, el deudor podrá oponer frente al acreedor sus propias excepciones personales respecto a su parte de responsabilidad, así como cualesquiera excepciones no personales, no sólo respecto de su parte de responsabilidad, sino también respecto de las demás partes de las que sus codeudores sean responsables.

Además, en las relaciones internas entre los codeudores solidarios, el codeudor, a quien se reclame su parte, podrá oponer cualquier excepción personal que hubiera podido oponer frente al acreedor.

De esta forma, cuando el acreedor reclame contra uno de los codeudores, éste podrá oponer sus excepciones personales y las comunes a todos, pero las excepciones personales a cada uno de los restantes codeudores sólo podrán oponerse por cada uno de éstos en las relaciones internas, frente al codeudor que pagó. Se adopta así una solución distinta a la que rige en algunos ordenamientos jurídicos, como el español, en el que el codeudor a quien se reclama la deuda puede oponer al acreedor las excepciones personales de los demás codeudores por la parte de deuda correspondiente a cada uno (83).

### 3. PLURALIDAD DE ACREEDORES

#### 3.1. INTRODUCCIÓN

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, la pluralidad de acreedores no se regula de forma separada, remitiéndose normalmente la cuestión a lo dispuesto en las normas sobre la pluralidad de deudores. En particular, la figura del crédito en mano común sólo se regula en el BGB alemán, aunque en algunos ordenamientos jurídicos existe un tratamiento similar a través de la noción de la indivisibilidad (84). El artículo 10:201 (85)

---

(83) El artículo 1.148 del Código Civil establece que «*El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueran responsables*».

(84) Así, por ejemplo, el artículo 1.139 del Código Civil establece que «*si la división fuera imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultara insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta*».

(85) ARTICLE 10:201: SOLIDARY, SEPARATE AND COMMUNAL CLAIMS

[1] Claims are solidary when any of the creditors may require full performance from the debtor and when the debtor may render performance to any of the creditors.

se refiere al crédito solidario, parciario y en mano común, estableciendo lo siguiente:

- [1] *Los acreedores son solidarios cuando uno de los acreedores puede reclamar la totalidad de la prestación del deudor y éste se puede liberar cumpliéndola frente a uno cualquiera de los acreedores.*
- [2] *Los acreedores son parciarios cuando el deudor no debe a cada acreedor más que la parte de dicho acreedor y cada acreedor no puede reclamar más que su parte.*
- [3] *Los acreedores son en mano común cuando el deudor debe cumplir la prestación frente a todos los acreedores y cualquier acreedor sólo puede reclamar el cumplimiento de la prestación en beneficio de todos.*

Al tratar de la pluralidad de deudores, ya se han puesto de manifiesto las tres clases de obligaciones tradicionalmente identificadas por la doctrina: solidarias, parciarias y en mano común.

Por analogía con lo expuesto respecto a los supuestos de pluralidad de deudores, en el caso de pluralidad de acreedores se distinguen tres situaciones: (i) cada uno de los acreedores está facultado para reclamar el cumplimiento íntegro de la prestación del deudor (crédito solidario); (ii) cada uno está facultado para exigir sólo la parte que le corresponda de la prestación (crédito parciario); o (iii) es necesaria la actuación conjunta de todos los acreedores para reclamar el cumplimiento de tal prestación (crédito en mano común). En los próximos apartados se hará una breve referencia al tratamiento que cada uno de estos supuestos recibe en los PECL.

---

[2] *Claims are separate when the debtor owes each creditor only that creditor's share of the claim and each creditor may require performance only of that creditor's share.*

[3] *A claim is communal when the debtor must perform to all the creditors and any creditor may require performance only for the benefit of all.*

ARTICLE 10:201: CRÉANCES SOLIDAIRES, DISJOINTES OU COMMUNES

[1] *Les créances sont solidaires lorsque l'un des créanciers peut réclamer la totalité de la prestation au débiteur et que ce dernier peut se libérer auprès de l'un quelconque des créanciers.*

[2] *Les créances sont disjointes lorsque le débiteur ne doit à chaque créancier que la part de celui-ci et que chaque créancier ne peut réclamer que sa part.*

[3] *La créance est commune lorsque le débiteur doit fournir la prestation à l'ensemble des créanciers et que l'un des créanciers ne peut réclamer l'exécution qu'au profit de tous.*

### 3.2. CRÉDITOS PARCIARIOS

En relación con los créditos parciarios, el artículo 10:202 (86) de los PECL consagra una regla análoga a la establecida en el artículo 10:103 respecto a las obligaciones parciarias, estableciendo lo siguiente:

*Los acreedores parciarios tienen derecho a partes iguales a menos que el contrato o la ley dispongan lo contrario.*

Se trata de una simple presunción *iuris tantum* que puede ser destruida cuando la ley o el contrato dispongan lo contrario, indiscutida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno como, por ejemplo, en el español (art. 1.138 del Código Civil).

Especial mención merecen los supuestos de pluralidad de acreedores y deudores parciarios, cuando la relación jurídica subyacente no permite determinar cuál es la distribución de la responsabilidad. No se plantearán especiales dificultades cuando exista el mismo número de acreedores que de deudores, ya que en este caso cada uno de los deudores podrá liberarse pagando la cuota que le corresponda a cualquiera de los acreedores.

Mayores problemas plantea el caso en el que no sea igual el número de acreedores y de deudores, habiéndose sugerido por SÁNCHEZ ROMÁN que se imponga el ejercicio colectivo en el mero aspecto formal y de tiempo, pero sin cambiar la naturaleza parciaria de la relación (87).

### 3.3. CRÉDITOS EN MANO COMÚN

La existencia de un crédito en mano común puede resultar de la voluntad de las partes o de la propia naturaleza de la obligación, como sucede cuando la prestación es indivisible y sólo puede cumplirse frente a todos los acreedores (88). Es el caso de las cuentas corrientes conjuntas e indivisibles, citándose por los comentarios a los PECL algunos casos similares que pueden darse conforme a las normas sobre sucesión o sobre *trusts*.

---

(86) ARTICLE 10:202: APPORTIONMENT OF SEPARATE CLAIMS

*Separate creditors are entitled to equal shares unless the contract or the law provides otherwise.*

ARTICLE 10:202: RÉPARTITION DES CRÉANCES DISJOINTES

*Les créanciers disjointes ont droit à des parts égales, à moins que le contrat ou la loi n'en disposent autrement.*

(87) GUILARTE ZAPATERO, V., *De las obligaciones mancomunadas...*, cit., pág. 205.

(88) El artículo 1.139 del Código Civil establece que «si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores».

La principal consecuencia de la propia naturaleza del crédito en mano común es que el incumplimiento de la prestación por parte del deudor necesariamente afecta al contrato en su conjunto, de modo que todos los coacreedores estarán legitimados para, actuando de forma conjunta, resolver el contrato o suspender el cumplimiento de su propia prestación (arts. 9:301 y 9:201 de los PECL).

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con la definición de los créditos en mano común contenida en el artículo 10:201 de los PECL, el deudor debe cumplir la prestación frente a todos los acreedores, el artículo 10:203 contiene una regla específica dirigida a proteger al deudor diligente cuando uno de los acreedores se niega a recibir la prestación. El artículo 10:203 (89) establece que:

*Si uno de los acreedores en mano común se niega a recibir la prestación o se encuentra imposibilitado para recibirla, el deudor puede liberarse depositando el bien en poder de un tercero o consignando el dinero conforme a lo dispuesto en los artículos 7:110 y 7:111 de los Principios.*

La anterior regla no puede considerarse como específica de la pluralidad de acreedores, ya que a idéntico resultado se podría llegar en la mayoría de los ordenamientos jurídicos aplicando las disposiciones generales sobre el depósito y la consignación (por ejemplo, arts. 1.176 y sigs. del Código Civil español), como se reconoce en los propios comentarios a los PECL.

### 3.4. CRÉDITOS SOLIDARIOS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10:201, cualquiera de los acreedores puede reclamar el cumplimiento de la prestación por el deudor, y el deudor se libera cumpliendo frente a cualquiera de tales acreedores. Se observa una diferencia fundamental respecto a lo dispuesto en el artículo 1.142 del Código Civil español, de acuerdo con el cual: «*el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero, si hubiere sido judicialmente demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago*».

---

(89) *ARTICLE 10:203: DIFFICULTIES OF EXECUTING A COMMUNAL CLAIM*  
*If one of the creditors in a communal claim refuses, or is unable to receive, the performance, the debtor may discharge the obligation to perform by depositing the property or money with a third party according to Articles 7:110 or 7:111 of the Principles.*

*ARTICLE 10:203: DIFFICULTÉS D'EXÉCUTION DE LA CRÉANCE COMMUNE*  
*Lorsque l'un des créanciers refuse la prestation ou est dans l'impossibilité de la recevoir, le débiteur peut se libérer en remettant le bien entre les mains d'un tiers ou en consignat l'argent conformément aux articles 7:110 et 7:111 des Principes.*

La omisión de tal precisión en los PECL deberá ser suplida interpretando que en este ámbito tiene especial importancia el cumplimiento del deber general de la buena fe tanto por el deudor como por el acreedor frente a quien se cumpla la prestación. Resulta conforme a la buena fe que el deudor pague a aquél de los acreedores que ha sido más diligente en exigir el cumplimiento de la prestación para todos los coacreedores, es decir, aquél que le ha demandado judicialmente, y también resulta conforme a la buena fe que el acreedor a quien se ha pagado lo notifique a los demás coacreedores para evitar sucesivas reclamaciones contra el deudor que ya pagó.

A diferencia de la solución adoptada por los PECL en los casos de pluralidad de deudores, en los casos de pluralidad de acreedores la solidaridad no se presume, ya que en este caso no hay intereses dignos de protección que justifiquen tal presunción, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una institución rara en la práctica, excepto en el ámbito bancario (solidaridad de depósitos y cuentas corrientes indistintas en las que los titulares son acreedores solidarios del banco). Además, la comodidad de los acreedores para obtener el total pago de la deuda se puede obtener mejor mediante el mandato, en el que se evita el riesgo de quedar a merced de uno de los coacreedores que puede resultar insolvente.

Por ello, se ha afirmado con razón que, teniendo en cuenta que la satisfacción del acreedor supone la satisfacción de todos los coacreedores, la figura del crédito solidario sólo será posible cuando entre tales coacreedores existan vínculos muy estrechos (relaciones familiares o de comunidad de intereses) (90).

Por otro lado, los PECL simplemente establecen que los acreedores serán solidarios cuando se cumpla una característica esencial de los créditos solidarios (poder del acreedor de reclamar el cumplimiento íntegro de la prestación), pero no delimitan los supuestos en los que tal situación tendrá lugar, y, como se ha expuesto, tampoco se establece presunción alguna de solidaridad. En consecuencia, la determinación del carácter solidario del crédito habrá de realizarse atendiendo a las normas sobre interpretación contenidas en los PECL, prestando especial atención a la *«intención común de las partes»*, y en su defecto, al *«sentido que normalmente le daría (al contrato) toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias»* (art. 5:101).

Además, los PECL no se refieren al poder de disposición del acreedor sobre el derecho de crédito solidario, cuestión que ha sido objeto de estudio en España, so pretexto de la contradicción existente entre lo dispuesto en los artículos 1.141 y 1.143 de nuestro Código Civil (91), sino que se limitan a

---

(90) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 410.

(91) El artículo 1.141 del Código Civil legitima al acreedor para *«hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial»*. Sin embargo, el artículo 1.143 faculta

regular directamente los supuestos concretos de extinción o modificación del derecho de crédito por los acreedores solidarios (en el art. 10:205 que, a su vez, se remite a diversos artículos sobre la pluralidad de deudores).

En cuanto al supuesto de incumplimiento del deudor frente a uno de los acreedores solidarios, el funcionamiento de la solidaridad impone que el acreedor pueda ejercitar cualquiera de los remedios por falta de cumplimiento previstos en los PECL, sin obligación de actuar de acuerdo con los demás coacreedores (el acreedor podrá resolver el contrato si hay incumplimiento esencial, de acuerdo con el art. 9:301, o suspender la ejecución de su prestación, de acuerdo con el art. 9:201).

El régimen de la pluralidad de acreedores solidarios se completa con dos artículos más. El artículo 10:204 (92) se limita a recoger dos de las reglas que ya han sido examinadas respecto a la pluralidad de deudores, y que son igualmente válidas para el supuesto de la pluralidad de acreedores, estableciendo que:

- [1] *Los acreedores solidarios tienen derecho a partes iguales a menos que el contrato o la ley dispongan lo contrario.*
- [2] *El acreedor que ha recibido más que su parte debe reembolsar el exceso a los otros coacreedores en proporción a la parte correspondiente a cada uno.*

El apartado [1] recoge una presunción similar a la establecida en el artículo 10:105 de los PECL respecto a las obligaciones solidarias y en el artículo 10:202 respecto a los créditos parciarios. Al igual que en estos casos, se trata de una presunción *iuris tantum*, que sólo regirá cuando la relación jurídica subyacente guarde silencio sobre la cuestión y la ley no disponga lo contrario.

En cuanto al apartado [2], el mismo responde a la propia naturaleza de la solidaridad, ya que, una vez satisfecho el crédito a uno de los acreedores, éste

---

a cada acreedor solidario para llevar a cabo los actos más importantes de modificación y extinción del derecho de crédito (novación, compensación, confusión y remisión de la deuda), por lo que se ha objetado que las excepciones del artículo 1.143 son tan amplias que privan al 1.141 de eficacia.

(92) **ARTICLE 10:204: APPORTIONMENT OF SOLIDARY CLAIMS**

- [1] *Solidary creditors are entitled to equal shares unless the contract or the law provides otherwise.*
- [2] *A creditor who has received more than that creditor's share must transfer the excess to the other creditors to the extent of their respective shares.*

**ARTICLE 10:204: RÉPARTITION DES CRÉANCES SOLIDAIRES**

- [1] *Les créanciers solidaires ont droit à des parts égales, à moins que le contrat ou la loi n'en disposent autrement.*
- [2] *Le créancier qui a reçu plus que sa part doit restituer l'excédent aux autres créanciers à proportion de leur part respective.*

viene obligado a satisfacer a cada uno de sus coacreedores la proporción correspondiente a cada uno. En caso contrario, habría un enriquecimiento injusto del acreedor a quien el deudor pagó, siendo una solución idéntica a la establecida en el artículo 10:106 respecto a la pluralidad de deudores.

Por último, el artículo 10:205 (93) se refiere de forma escueta a los distintos supuestos de liberación del deudor, consagrando una regla expresa respecto a la condonación y remitiéndose en lo demás a lo establecido respecto a la pluralidad de deudores. El mencionado artículo establece que:

- [1] *La condonación de la deuda por uno de los acreedores solidarios no afecta al resto de coacreedores.*
- [2] *Las reglas de los artículos 10:107, 10:109, 10:110 y 10:111 [1] son aplicables, con las necesarias adaptaciones, a los acreedores solidarios.*

El apartado [1] de este artículo adopta una regla contraria a la establecida en el caso de la pluralidad de deudores, en el que se parte de que la condonación de la parte de uno de los codeudores beneficia a los demás codeudores en la parte correspondiente a aquél.

Probablemente, en esta solución haya pesado la desconfianza de los ordenamientos jurídicos de «common law» frente a los actos gratuitos. Sin embargo, es una solución difícilmente justificable, ya que los demás acreedores no resultarían perjudicados por una condonación parcial limitada a la parte del acreedor condonante.

Los comentarios a los PECL explican la ausencia de regulación sobre la transacción afirmando que, en cuanto implique un pago, será sometida a la regla sobre el pago del artículo 10:107, y en la medida en que implique una condonación, quedará sometida a lo dispuesto en el artículo 10:205 antes mencionado (94).

---

(93) *ARTICLE 10:205: REGIME OF SOLIDARY CLAIMS*

- [1] *A release granted to the debtor by one of the solidary creditors has no effect on the other solidary creditors.*
- [2] *The rules of Articles 10:107, 10:109, 10:110 and 10:111 [1] apply, with appropriate adaptations, to solidary claims.*

*ARTICLE 10:205: REGIME DES CREANCES SOLIDAIRES*

- [1] *La remise de dette consentie au débiteur par l'un des créanciers solidaires est sans effet à l'égard des autres créanciers.*
- [2] *Les règles posées par les articles 10:107, 10:109, 10:110 et 10:111 alinéa premier s'appliquent sous réserve des adaptations appropriées.*

(94) El ejemplo de los PECL es el siguiente: A y B son acreedores solidarios de C por un importe de 10.000 €. A demanda a C y, en el curso de procedimiento, ambos celebran un convenio de transacción por el que se condona la mitad de la deuda a cambio del pago de la otra mitad. De acuerdo con la transacción, C paga 5.000 € a A. La transacción no es oponible frente a B, que tiene derecho a demandar a C. Sin embargo, debido al pago parcial que ya se ha hecho, B sólo puede reclamar 5.000 € de C.

Por último, el artículo 10:205 [2] se remite a lo dispuesto respecto a la solidaridad de deudores en los artículos 10:107, 10:109, 10:110 y 10:111 [1], estableciendo que los mismos serán aplicables con las necesarias adaptaciones. De esta forma, el pago y la compensación respecto a uno de los coacreedores libera al deudor en la proporción del pago o de la compensación. Igualmente, si en la persona del deudor se reúnen los conceptos de deudor y acreedor, la deuda se extinguirá, pero dicho antiguo deudor quedará sujeto al derecho de regreso que corresponde a los demás acreedores (95).

La aplicación de lo dispuesto en los artículos 10:109 y 10:110 supone la limitación de los efectos de la solidaridad, en cuanto que las decisiones judiciales respecto a uno de los coacreedores, así como la prescripción, no afectarán a los demás. Esta solución, análoga a la adoptada respecto de los supuestos de pluralidad de deudores, se enmarca en la limitación de la eficacia colectiva o el principio de propagación de efectos y con ella parece que se pretenden aminorar los riesgos de la institución (96).

Por último, de acuerdo con la remisión a lo dispuesto en el artículo 10:111 [1], el deudor podrá oponer al acreedor que le reclame la deuda las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales, pero no las que sean personales de alguno de los demás coacreedores solidarios. Es decir, que el deudor no podrá oponer como excepción, por ejemplo, la incapacidad de un coacreedor solidario distinto del que le reclame la deuda.

Sin embargo, lo dispuesto en el artículo 10:111 [2], en virtud del cual el deudor a quien se reclama su parte en vía de regreso puede oponer frente al deudor que pagó cualquier excepción personal que hubiera podido oponer frente al acreedor, no será aplicable a los supuestos de pluralidad de acreedores. En este caso, se considera que el acreedor que ha cobrado está obligado a rembolsar la parte correspondiente a sus coacreedores sin poder invocar frente a éstos las excepciones que el deudor podría haber opuesto frente a los mismos. Según los comentarios a los PECL, la distribución de la responsabilidad entre los acreedores debe quedar exclusivamente regulada por el contrato que les vincula.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «La modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho Privado», en *La cooperación*

(95) LANDO, O.; CLIVE, E.; PRUM, A., y ZIMMERMANN, R., *Principles...*, cit., pág. 82.

(96) MORO ALMARAZ, M. J., «Fuentes de solidaridad activa y poderes de actuación de los acreedores solidarios», en *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 97.

- judicial en materia civil y la unificación del Derecho Privado en Europa, coordinada por SÁNCHEZ LORENZO, S. y MOYA ESCUDERO, Dykinson, 2003, Madrid.
- ATAZ LÓPEZ, J.: «Las obligaciones solidarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, coordinada por CAFFARENA LAPORTA, J. y ATAZ LÓPEZ, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: «La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen», en *Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, coordinada por CAFFARENA LAPORTA, J. y ATAZ LÓPEZ, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles al deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, EDESA, Madrid, 1980.
- CARBALLO FIDALGO, M.: «Eficacia de las sentencias dictadas en material de obligaciones solidarias», en *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- CARBONNIER, J.: *Droit Civil*, Tome 4, *Les Obligations*, 2000.
- *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1974.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Introducción, Teoría del Contrato, Las relaciones obligatorias*, Tecnos, Madrid, 1970.
- *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- GIRÓN TENA, J.: *Tendencias generales en el Derecho Mercantil actual*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1985.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: «De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- HERNÁNDEZ-GIL, A.: «El principio de la no presunción de la solidaridad», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 359, 1947.
- JORDANO BAREA, J. B.: «Las obligaciones solidarias», en *ADC*, julio-septiembre, 1992.
- JORS, P., y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano*, trad. española de PRIETO CASTRO, Labor, Madrid, 1937.
- LANDO, O., y BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II* (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»), trad. de Pilar BARRES BENLLOCH, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- LANDO, O.; CLIVE, E.; PRUM, A., y ZIMMERMANN, R.: *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.
- LARENZ, K.: *Derecho de Obligaciones*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- LEGRAND, P.: «Sens et non sens d'un Code Civil Européen», en *RICD*, 4-1996.
- MONTES, A. C.: «El derecho de regreso en la solidaridad de deudores», en *ADC*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, septiembre-diciembre de 1991.
- MORO ALMARAZ, M. J.: «Fuentes de solidaridad activa y poderes de actuación de los acreedores solidarios», en *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J.: «Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva», en *Revista General del Derecho*, julio-agosto de 1991, Valencia.

- POTHIER, R. J.: *Tratado de las Obligaciones*, traducido por M. C. DE LAS CUEVAS, Atalaya, Buenos Aires, 1947.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo I, vol. II, Bosch, Barcelona, 1959.
- PUIG Y FERRIOL, L.: «Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Homenaje a Roca Sastre*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: «¿Hacia un Código Civil Europeo?», en *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho Privado en Europa*, coordinada por SÁNCHEZ LORENZO, S., y MOYA ESCUDERO, M., Dykinson, 2003, Madrid.
- SOTO NIETO, F.: «Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva», en *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas, julio-agosto de 1980.
- TERRÉ, F.; SIMMLER, P., y LEQUETTE, Yves: *Droit Civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, 2005.
- WHITAKER, S.: «A few observations on the “plurality of debtors”, and on the effects of release», en *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- ZIMMERMAN, R.: *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Civitas, Madrid, 2000.
- ZIMMERMAN, R.: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1995.

## RESUMEN

### CONTRATOS

El estudio de las reglas sobre pluralidad de deudores y acreedores contenidas en la Parte III de los Principios de Derecho Contractual Europeo («Principles of European Contract Law») exige partir del humilde reconocimiento de importantes dificultades en el camino de la armonización jurídica. Y es que a los problemas terminológicos que surgen al tratar de identificar los supuestos de pluralidad de deudores y acreedores en los diferentes ordenamientos jurídicos, hay que añadir la existencia de profundas diferencias metodológicas y epistemológicas entre los sistemas de «civil law» y de «common law».

Entre otras opciones de política jurídica, objeto de comentario en el trabajo, merece especial atención la presunción de la solidaridad de las obligaciones en el supuesto en el que varios deudores estén obligados a cumplir una misma prestación en virtud de un mismo contrato.

## ABSTRACT

### CONTRACTS

Before engaging in a study of the rules concerning plurality of debtors and creditors in Part III of the Principles of European Contract Law, we must humbly recognise that there are important stumbling blocks in the path to legal harmonisation. There are the terminological problems that arise when we attempt to identify the cases of plurality of debtors and creditors under different countries' legislations, and on top of that there are profound methodological and epistemological differences between civil law systems and common law systems.

Several legal policy options are commented upon, and special attention is accorded to the presumption of solidarity of obligations where several debtors are obligated to render the same performance under the same contract.

This option, which is consistent with the currently favoured principle of favor

*Esta opción, coherente con la actual primacía del principio favor creditoris, se combina con la dulcificación del régimen de la solidaridad mediante la limitación al máximo de la extensión de sus efectos. En particular, el hecho de que las decisiones judiciales dictadas respecto a uno de los deudores solidarios no afecten a los demás, no produciendo efectos de cosa juzgada respecto a éstos, supone una clara suavización de la solidaridad. Sin embargo, al permitir que cada deudor solidario pueda maximizar sus opciones de defensa en juicio, surge la posibilidad de que se dicen sentencias contradictorias sobre un mismo asunto, con merma de la seguridad jurídica.*

*creditoris, combines with the maximum limitation of the scope of the effects of solidarity to make the solidarity system gentler. The fact that judgments concerning one of the solidary debtors do not affect the rest and have no res judicata effects with respect to the other debtors constitutes a particularly clear gentling of solidarity. However, as each solidary debtor is permitted to maximise his defence options in court, there arises the possibility that contradictory decisions may be handed down on the same matter, and that would detract from legal certainty.*

*(Trabajo presentado el 22-01-08 y aceptado para su publicación el 20-03-09)*

# Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español) (\*)

por

SUSANA NAVAS NAVARRO  
*Catedrática de Derecho Civil - UAB*

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. «ACTO» O «CLÁUSULA». INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10 LOI.
3. NULIDAD COMO SANCIÓN EN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA:
  - 3.1. NEGATIVA A CONTRATAR.
  - 3.2. CONTENIDO DEL CONTRATO.
4. MEDIDAS EN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA:
  - 4.1. MEDIDAS CAUTELARES NEGATIVAS.
  - 4.2. PRETENSIÓN AL CESE DE LA CONDUCTA DISCRIMINATORIA: VÍAS PARA SU ADMISIÓN.

---

(\*) Esta contribución se enmarca en el proyecto de investigación dirigido por el Profesor Ferrán BADOSA COLL (SGR00759, III *Pla de Recerca de Catalunya*, grupo de estudio del Derecho Civil catalán, UB-UAB) y en el proyecto de investigación «No discriminación y Persona» dirigido por la Profesora María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (SEJ2007-60834). Este estudio toma como base la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela en el marco del Congreso «*Cidadás e cidadans: Forma e fondo das referencias de xénero no dereito privado*», celebrada los días 28 y 29 de abril de 2008.

4.3. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS OCASIONADOS:

4.3.1. *Reparación in natura del daño ocasionado:*

- A) Obligación de contratar a la parte discriminada.
- B) Principio de proporcionalidad y obligación de contratar.

4.3.2. *Criterios del TJCE en derecho antidiscriminatorio.*

4.3.3. *Justificación de las diferencias de trato.*

4.4. PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA.

5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Conocido es que las Directivas que regulan la aplicación del principio de igualdad de trato en el derecho de los contratos son dos: en primer lugar, la *Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico* (1) y, en segundo lugar, la *Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro* (2).

Ambas normas comunitarias contienen un precepto, redactado en términos idénticos, relativo a las *sanciones* que hay que adoptar en caso de que se infrinja el principio de igualdad de trato (art. 15.2 de la Directiva 2000/43/CE y arts. 8.2 y 14 de la Directiva 2004/113/CE). En ambos casos, se establece que serán los Estados miembros quienes establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales y adoptarán las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Entre las posibles sanciones a adoptar, se dice, se encuentra la indemnización a la víctima. Las *sanciones* deberán ser *efectivas, proporcionadas y disuasorias* (3).

---

(1) *DOCE* L 180 de 19-7-2000. Esta Directiva se refiere a este aspecto en el artículo 3 cuando regula el ámbito de aplicación de la misma. Concretamente en el apartado 1, letra *h*) advierte que la Directiva se aplica a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos en relación con: «*el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda*». Esta norma será abreviada a lo largo de este trabajo como «Directiva 2000/43/CE».

(2) *DOCE* L 373 de 21-12-2005. Será abreviada a lo largo de este trabajo como «Directiva 2004/113/CE».

(3) La norma del artículo 8.2 se reproduce en términos casi idénticos en otras Directivas que también pretenden hacer efectivo el principio de trato igual: artículo 17.2 de la *Directiva 2000/78/CEE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación* (*DOCE* núm. L 303, de 2-12-2000, págs. 16-22), artículo 8.d) 2 de la *Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero, de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones*

La Directiva 2000/43/CE fue incorporada al ordenamiento español mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (4), cuyo capítulo III recoge las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato que tengan que ver con el origen racial o étnico. Esta norma se aplica no sólo en el ámbito laboral y, concretamente, en el acceso al empleo (art. 29), sino también a la educación, sanidad, prestación y servicios sociales, vivienda y, en general, en la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios. Por tanto, a la *contratación entre particulares*. Sin embargo, no contiene ninguna norma específica en relación a las medidas a adoptar en caso de que se vulnere este principio en la contratación privada. Las únicas sanciones que se recogen se ciñen al ámbito laboral y de la seguridad social. De ello se deduce que las medidas a aplicar deben ser las medidas generales propias del derecho de obligaciones y contratos.

Por su parte, la Directiva 2004/113/CE ha sido, como se sabe, recientemente, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (5), y en ella dos preceptos hacen referencia a las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.

El primer precepto se encuentra en el Título I de la Ley que lleva por título «*El principio de igualdad y la tutela contra la discriminación*», adoptando carácter general. Me refiero al artículo 10 cuyo tenor literal es el siguiente:

*«Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias».*

El segundo precepto tiene su sede en el Título VI que se ciñe a la «*Igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro*», centrándose específicamente en la contratación privada. Me refiero al artículo 72.1 cuyo tenor literal es el siguiente:

---

de trabajo (DOCE núm. L 39, de 14-2-1976, págs. 40-42), artículo 8.d) 2 de la Directiva 2002/73/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DOCE núm. L 269, de 5-10-2002, pág. 15 y sigs.) y artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DOUE L 204/23, de 26-07-2006).

(4) BOE núm. 313, de 31-12-2003.

(5) BOE núm. 71, de 23-3-2007. Abreviada como «LOI».

*«Sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil, la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 69, sufra una conducta discriminatoria, tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos».*

Ambos preceptos configuran el esquema de medidas a adoptar en caso de vulneración del principio de igualdad de trato en la contratación privada, si bien no lo agotan puesto que, como veremos, existen otras. A ellas dedicamos el presente trabajo, aunque, como paso previo, debemos incidir en la interpretación del referido artículo 10 LOI.

## 2. «ACTO» O «CLÁUSULA». INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10 LOI

El artículo 10 LOI tiene alcance general, de ahí que pretenda aludir, en una redacción confusa e incorrecta, a todo tipo de sanciones, esto es, a las civiles, a las administrativas, a las laborales y a las penales (6). Ello se desprende sobre todo de su inciso final *«...así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias»* (7).

Por otro lado, el precepto alude a *«actos»*, a *«cláusulas de los negocios jurídicos»* y a *«conductas discriminatorias»*. De estos términos, el que más dudas interpretativas ofrece es el primero. Puesto que el artículo 10 LOI tiene alcance general, convenimos con la doctrina que el término *«acto»* debe interpretarse en sentido de *«actuación/conducta discriminatoria»* (8).

Ahora bien, a nosotros nos parece que este significado general del término posteriormente, teniendo en cuenta el ámbito del derecho al que lo aplicaremos tendrá un sentido más preciso o, si se quiere, un significado técnico concreto. Así, cuando el legislador se refiere, en el Título VI, a la aplicación del principio de igualdad en la contratación privada, utiliza la expresión, propia de las dos Directivas referidas, de *«acceso a bienes y servicios y su suministro»*, términos que no se emplean en sentido jurídico. Sin embargo, tanto el acceso como el suministro se suelen hacer mediante la celebración

---

(6) María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, n. 6602.

(7) Otro aspecto que interesa destacar en relación con el artículo 10 LOI es el que se refiere a las medidas que se deben adoptar cuando existe discriminación en el Derecho Civil. Según el precepto, son la *nulidad* («se considerarán nulos y sin efectos») y la *responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones*. Tenor literal éste que no deja de sorprender por cuanto la indemnización, como se conoce, es un sistema de reparación.

(8) María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, n. 6602.

de un contrato y éste, en cuanto tal, se presenta como «acto» —como hacer humano—. En este sentido, pensamos que el «acto» que puede constituir discriminación y que el legislador nombra a renglón seguido de la «cláusula de los negocios jurídicos» equivale a «*hecho al que el ordenamiento jurídico le atribuye el nacimiento de una relación obligatoria*». Luego, equivaldría a «fuente» de la obligación y, concretamente, al «contrato». De esta forma no podrían quedar comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Título VI las relaciones obligatorias que no derivaran de contrato (9).

De ello resultaría que el artículo 10 LOI, en materia contractual, esto es, aplicado específicamente al Título VI de la LOI estaría haciendo referencia a dos realidades concretas: una, la discriminación en la fuente, en el contrato mismo, luego, en el momento de la celebración del contrato («acto») y, otra, la discriminación que se produce en el contenido de la relación obligatoria que de él dimana («cláusulas de los negocios jurídicos») (10). En la prime-

---

(9) En este extremo, debe traerse a colación el artículo 69.1 LOI, el cual, sólo advierte que los bienes o servicios que se ofrezcan y/o suministren deben ofrecerse y/o suministrarse «fuera del ámbito de la vida privada y familiar». No existe ninguna norma que, como en la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG, de 14-8-2006 (BGBl. I, pág. 897), se excluya la aplicación del principio de igualdad de trato al Derecho de Familia y al Derecho de Sucesiones. De hecho, la Directiva 2004/113/CE tampoco establece una norma en este sentido, por lo que pudiera ser pensable que la norma también sea aplicable a otros ámbitos más allá del Derecho contractual. Sin embargo, esta expresión un tanto ambigua y criticada por la doctrina (Julia KORELL, «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?», en *JURA* 1/2006, pág. 6; Karl RIESENHUBER/Jens-Uwe FRANCK, «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», en *JZ* 11/2004, pág. 530) se define en función de las personas, es decir, que se refiere a personas con las que se tiene un determinado lazo familiar o de parentesco o, incluso, de amistad (véase, § 19.5 AGG). Se trata de un ámbito en el que el acceso a los bienes y a los servicios se encuentra restringido al tratarse de relaciones en las que impera el elemento de la confianza. Se excluyen de la aplicación de la Directiva, por consiguiente, tanto las relaciones derivadas del Derecho de Familia como del Derecho de Sucesiones. A nosotros nos parece que la interpretación de la LOI debe ser una «interpretación conforme» con la Directiva 2004/113/CE y, en consecuencia, quedar excluidas aquellas relaciones del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato de la LOI. En este sentido, la dicción del legislador alemán, cuando incorporó la Directiva 2004/113/CE a su ordenamiento interno, en su § 19.1 AGG, al referirse a la aplicación del principio de igualdad de trato en «*el nacimiento, en la ejecución y en la extinción de una relación obligatoria civil*» (*Begründung, Durchführung und Beendigung*), le obliga a excluir, de modo expreso, las relaciones obligatorias derivadas de situaciones de Derecho de Familia y de Derecho de Sucesiones (§ 19.4 AGG: «*Die Vorschriften dieses Abschnitts findet keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse*»).

(10) La Directiva 2004/113/CE, en su artículo 13, establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se respete el principio de igualdad de trato en lo relativo al acceso a bienes y servicios y su suministro, y, en particular, se declaren nulas o se modifiquen las disposiciones contractuales en los reglamentos internos de las empresas, así como en las normas que rijan las asociaciones con o sin ánimo de lucro, contrarias al principio de igualdad. La referencia explícita a estas «cláusulas negociales» se hace «en particular». Luego no excluye disposiciones contractuales referidas a otros negocios jurídicos (vid., en esta dirección, María Paz GARCÍA RUBIO, «Discriminación por

ra situación, el «acto» «constituye discriminación por razón de sexo»; en la segunda situación, la «cláusula» «causa discriminación por razón de sexo». De esta forma, se podría explicar la utilización conjunta de «actos» y «cláusulas de los negocios jurídicos» junto a «constituyan o causen». Éstas van a ser principalmente las dos situaciones que nosotros analizaremos en relación con los remedios que tiene a su disposición la parte discriminada.

A las mismas se puede añadir el supuesto de discriminación cuando ya se ha extinguido la relación obligatoria, puesto que, una vez extinguida la relación jurídico-obligatoria que vinculaba a las partes, la conducta discriminatoria puede continuar, si ya se daba en sede contractual o producirse *ex novo*, pero por razón de una relación jurídico-obligatoria que las vinculaba (v.gr., el arrendador suministra referencias incorrectas respecto del arrendatario o respecto del prestador del servicio basándose exclusivamente en razones de género) (11). En esta hipótesis, el artículo 10 LOI, que es una norma general al situarse en el Título I establece, como se sabe, las sanciones: nulidad y sistema de reparaciones o indemnizaciones. Pero, además, el artículo 12.1 LOI establece expresamente que la tutela judicial efectiva continuará más allá de la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la situación de discriminación. Norma esta que recoge el criterio jurisprudencial del TJCE asentado en el caso *Belinda Jane Coote v. Granada Hospitality Ltd.*, en sentencia de 22 de septiembre de 1998 (12).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que detrás de estas normas está presente un debate más profundo referido al conflicto que existe entre la *cláusula general* (o principio constitucional) relativo al *libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1 CE), cuyo fundamento es el *derecho a la libertad de toda persona* (art. II-66 de la no nata Constitución Europea, art. 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) (13), y en el que se enmarca el *principio de autonomía privada* (14), que comprende, a su vez, la *libertad de contratar* y la *libertad de fijar el contenido del contrato*, ambas

---

razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, enero-diciembre de 2007, págs. 136-137).

(11) Hipótesis esta que también se presenta en el Derecho inglés [vid., Mark BELL, «A Patchwork of Protection: The New Anti-Discrimination Law Framework», 2004 67(3), *MLR*, pág. 472].

(12) Res. 185/97. Al respecto, vid. Susana SANZ CABALLERO, «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres», en M.<sup>a</sup> Josefa RIDAURA MARTÍNEZ/Mariano J. AZNAR GÓMEZ, *Discriminación versus diferenciación*, Valencia, 2004, págs. 336-338.

(13) DOCE 2000/C 364/01, de 18-12-2000.

(14) Werner FLUME, *El negocio jurídico*, 4.<sup>a</sup> ed., trad. por José María MIQUEL GONZÁLEZ/Esther GÓMEZ CALLE, Madrid, 1998, pág. 25: «...porque el reconocimiento de la autonomía privada es un principio fundamental del ordenamiento jurídico como parte del reconocimiento de la autodeterminación de la persona».

libertades son contenido, asimismo, de la *libertad de empresa* (art. 38 CE) (15), con un *derecho fundamental*, el *derecho a ser tratado igual* [arts. II-80, II-81 de la no nata Constitución Europea, arts. 20 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 12.1 del Tratado de Ámsterdam (16), art. 14 CE]. El legislador no goza de un poder omnímodo para restringir la libertad de las personas y sus proyectos de vida. Toda restricción debe adecuarse al *principio de proporcionalidad*, de suerte que la injerencia en la cláusula general sólo procede cuando no se puede alcanzar el fin que se persigue por un medio menos gravoso (17). Por ello, deben establecerse límites a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, siempre que éstos sean proporcionados (*Drittwirkung*) (18).

El artículo 10 LOI establece, en términos generales, que las conductas discriminatorias generarán, además, de nulidad, responsabilidad «a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas». La referencia a la «proporción» consideramos debe interpretarse en el sentido advertido por el derecho constitucional, habida cuenta del conflicto de intereses que hemos esbozado (19). Por eso, nos parece que la norma debe entenderse en la dirección de que la medida que se adopte —y que comporta una restricción en la aplicación de un principio constitucional— para reparar el daño ocasionado con la conducta discriminatoria debe ser una medida «adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto» a la finalidad perseguida (el respeto al derecho a ser tratado igual) (20).

---

(15) Desde la consideración de la libertad de empresa como un derecho fundamental, vid. Manuel ARAGÓN REYES, «Constitución económica y libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, T. I, Madrid, 1996, págs. 169-171; Antonio CIDONCHA, *La libertad de empresa*, Pamplona, 2006, pág. 175 y sigs.

(16) Versión consolidada de 2002 (DOCE C 325, de 24-12-2002, pág. 33 y sigs.). Prohibiciones especiales en este mismo Tratado son las recogidas tanto en el artículo 3.2 (*eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*) como en el 141 (*igualdad de trato, igualdad de oportunidades, igualdad de retribución entre hombres y mujeres, en el ámbito laboral*).

(17) Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2005, pág. 70.

(18) Límites de la libertad contractual y *Drittwirkung* no son términos que signifiquen lo mismo (Jesús GARCÍA TORRES/Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, págs. 14-15). Vid., además, Ingo VON MÜNCH, en Pablo SALVADOR CODERCH/José FERRER I RIBA, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997, págs. 25-26. Vid. trabajos más recientes con todo lujo de detalles, Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, 2000, pág. 161 y sigs.; María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho Privado*, Madrid, 2004, pág. 111 y sigs.

(19) La referencia que hace la norma a la proporcionalidad en relación con la indemnización supondría que ésta debería ser proporcional al daño ocasionado, es decir, que no habría una reparación integral del daño sino sólo de una parte que se contiene en el todo.

(20) Sobre estas cuestiones, vid. mi trabajo, *Negativa a contratar y prohibición de discriminar*, pág. 1619 y sigs. y allí más bibliografía.

Y, específicamente, el legislador en materia de acceso y suministro a bienes y servicios establece en el artículo 72.1 que una de esas medidas «*adecuada, necesaria y proporcionada*», además de la nulidad y de otras admitidas por la legislación civil o mercantil, sea el resarcimiento de los daños ocasionados. No obstante, cada modalidad de resarcimiento deberá, a su vez, pasar el test de la proporcionalidad.

### 3. NULIDAD COMO SANCIÓN EN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

En este epígrafe trataremos la nulidad como sanción en caso de negativa a contratar (3.1) y en relación con el contenido del contrato (3.2).

#### 3.1. NEGATIVA A CONTRATAR

El artículo 68.2 LOI (21) incorpora el artículo 3.2 de la Directiva 2004/113/CE (22). En este precepto se advierte que:

*«lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo».*

El legislador español, en la Exposición de Motivos de la LO 3/2007, no ha dado ninguna explicación del porqué de esta norma. Se limita a afirmar que el Título VI está dedicado a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios, con especial referencia a los seguros.

El legislador comunitario, en cambio, se ha entretenido más en esta cuestión, en el considerando número 14 de la Directiva 2004/113/CE, en el que expone la razón de la introducción de este precepto. En efecto, advierte que: *«todas las personas gozan de libertad para celebrar contratos, incluida la libertad de elegir a la otra parte contratante para efectuar una transacción determinada. Una persona que suministre un bien o preste un servicio puede tener una serie de razones subjetivas para elegir a la otra parte contratante. En la medida en que dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante, la presente Directiva no debe afectar a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante».*

---

(21) En relación con esta cuestión reproduzco los planteamientos que hice en «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)» publicado en *ADC*, 2007, V. 60, núm. IV, págs. 1619 a 1640.

(22) Este precepto establece que: *«la presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante».*

Con ello se nos estaría indicando que no se pretende limitar la libertad de elección de las partes, salvo cuando la elección de la contraparte venga exclusivamente determinada por el sexo de la persona, de suerte que exista una voluntad de discriminar a esa contraparte, lo que afecta, sin duda, a su dignidad personal (23).

En este caso, entonces, no existiría libertad de elección, es decir, no podría negarse a contratar con ella. Dicho en sentido afirmativo, se vería obligado a contratar con la contraparte, si ésta, claro está, le exigiera la celebración del contrato (24).

*¿Qué sucede si, a pesar de esa prohibición, una persona (física o jurídica) que opera en el sector privado se niega a contratar con otra por razón de género?* A tenor del artículo 10 LOL, la negativa a contratar con una persona por razón única y exclusiva de su sexo, será considerada una conducta discriminatoria que deberá ser «nula y sin efecto» (25) y —añade el precepto— «*dará lugar a responsabilidad*». La nulidad como sanción supone, en efecto, que el comportamiento discriminatorio no produzca efectos jurídicos (art. 6.3 CC). Las consecuencias jurídicas de la nulidad se recogen, como se sabe, en los artículos 1.301 y siguientes del Código Civil, respecto de los cuales se reconoce, en concreto, que los artículos 1.303 a 1.308 del Código Civil son también aplicables a la nulidad y no sólo a la anulabilidad. Ahora bien, estos preceptos se están refiriendo exclusivamente a la restitución a la situación anterior (*restitutio in integrum*) al acto, que se ha declarado nulo, en relación con obligaciones de dar exigiendo que se devuelvan las respectivas prestaciones con los frutos y accesorios que, en su caso, existieran. Sin embargo, nada se advierte respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer. La restitución a la situación anterior a la discriminación, en la hipótesis que tratamos, supone volver al momento en que se realiza la elección de la otra parte contratante. Ahora bien, esta restitución, consecuencia de la inefi-

---

(23) Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», en *ADC*, 1993, pág. 107; María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, núm. 6602; Katharina VON KOPPENFELS, «Das Ende der Vertragsfreiheit?», en *WM*, 29/2002, pág. 1493.

(24) Franz BYDLINSKI, «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges», en *AcP* 180 (1980), pág. 4.

(25) De hecho, no haría falta esta referencia a la nulidad, por cuanto, si la norma, como parece, reviste carácter imperativo, la sanción de la nulidad de la actuación discriminatoria se derivaría de la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil. Con anterioridad a esta norma, la doctrina había aludido al «orden público» como límite a la autonomía privada, en el cual se podía insertar el principio de igualdad, e incluso, se hablaba de «orden público constitucional» (Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Autonomía privada», pág. 106 y sigs.; Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Principio de igualdad y Derecho Privado», en *ADC*, 1990, pág. 369 y sigs.; María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, n. 6602). Con la publicación de la nueva ley se trata de un límite imperativo al principio de autonomía privada. Luego la nulidad sería la sanción a la vulneración de una norma imperativa.

cacia de la actuación discriminatoria no supondrá *per se* la obligación de la parte discriminadora de contratar a la parte discriminada (26), lo que supondrá, en cambio, es el cese de la conducta discriminatoria. Si es esa la reparación que la parte, que ha sufrido la discriminación, pretende que se imponga a aquélla, o sea, la obligación de contratar, deberá fundamentarse mediante la exigencia de responsabilidad por el daño causado. En definitiva, la sanción de nulidad, en esta hipótesis, no resulta ser una sanción efectiva.

### 3.2. CONTENIDO DEL CONTRATO

La discriminación por razón de sexo también puede darse en el contenido del contrato mediante la introducción de cláusulas que perjudiquen a una parte por razón única y exclusivamente de su género. Además, de la posible indemnización pecuniaria que el perjudicado pueda solicitar por el daño moral ocasionado, el artículo 10 LOI ya referido establece que «*aquellas cláusulas de los negocios jurídicos que (...) causen discriminación por razón de sexo se considerarán nul(a)s*». Evidentemente, estas cláusulas no son sólo aquéllas que hayan establecido las partes, sino también las que pudieran derivar de los usos del tráfico y de la buena fe (argumento *ex art.* 1.258 CC). Ahora bien, como paso previo para analizar con más detalle esta norma, conviene detenerse en los sujetos concernidos por la misma en la contratación privada. Y para ello debemos dirigirnos al artículo 69.1 LOI que explicita que: «*todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar...*» (27). En este precepto, por tanto, se incluyen tanto particulares como empresarios que suministren bienes o servicios a personas con las que no se tiene un determinado lazo familiar o de parentesco o, incluso, de amistad («*disponibles para el público*») (28).

---

(26) Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO/M.<sup>a</sup> Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, págs. 324-326. Por otro lado, sería pensable, en el supuesto que tratamos, que la nulidad no tuviera efecto retroactivo y sólo tuviera efectos para el futuro (cfr. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA/M.<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, Madrid, 2005, pág. 256). Sin embargo, este planteamiento sólo implicaría el cese de la conducta discriminatoria, no la obligación de contratar con la parte discriminada.

(27) Esta norma reproduce de forma fiel el artículo 3.1 de la Directiva 2004/113/CE. En efecto, en él se establece que: «*...la presente Directiva se aplicará a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate, tanto en lo relativo al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en este contexto*».

(28) Los bienes o servicios deben estar *disponibles al público* tanto en el sector público como en el privado, reza el artículo 3.1 de la Directiva 2004/113. La Directiva 2000/43/CEE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio

A partir del ámbito de aplicación subjetivo del artículo 69.1 LOI, que es el que se refiere específicamente a la prohibición de discriminar en la contratación privada, resultarían las dos hipótesis siguientes (29):

- i) En primer lugar, el *contrato celebrado entre un empresario y un particular en cuyo contenido aparece alguna o algunas cláusulas discriminatorias* (30). En este caso, es probable que dicha cláusula constituya una cláusula abusiva a la que, consiguientemente, deberá considerarse «*nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta*» [art. 83.1 del Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (31), art. 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (32)]. Luego, nulidad parcial del contrato. La parte afectada por la nulidad se integrará de acuerdo con lo establecido en el conocido artículo 1.258 del Código Civil y el principio de la buena fe objetiva (art. 83.2 del Real Decreto-Legislativo 1/2007). Cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición contractual de las partes, se podrá declarar la nulidad total del contrato (art. 83.2 del tercer párrafo del Real Decreto-Legislativo 1/2007, art. 10 LCGC).
- ii) En segundo lugar, *el contrato celebrado entre particulares* queda excluido del ámbito de aplicación del Real Decreto-Legislativo 1/2007,

de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE núm. L 180, de 19-7-2000, págs. 22-26) se refiere tanto a esta disponibilidad como a la *oferta de los mismos*. Debe analizarse, pues, el debido entendimiento de estas expresiones. Algunos autores (Julia KORELL, «Diskriminierungsverbote im allgemeinen Zivilrecht?», en *JURA* 1/2006, pág. 6; Karl RIESENHUBER/Jens-Uwe FRANCK, «Verbot des Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht», en *JZ* 11/2004, pág. 530) se han planteado si se refiere a verdaderas *ofertas contractuales* o incluye también los supuestos de *invitatio ad offerendum*, puesto que las normas comunitarias aluden sólo a disponible, término no jurídico, y concretamente, la Directiva 2000/43 diferencia entre esa disponibilidad y la oferta de los bienes y servicios. A nosotros nos parece que la discusión es un tanto estéril, ya que si se trata de proteger a la persona contratante de una actitud discriminatoria deben incluirse ambos supuestos, tanto la oferta contractual como la invitación a hacer ofertas.

(29) No nos parece que las posibles «conductas discriminatorias» que puedan darse en la contratación entre empresarios [esencialmente, art. 16.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (BOE núm. 10, de 11-1-1991, en adelante, LCD) y artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (BOE núm. 159, de 4-6-2007, en adelante, LDC) queden comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la LOI, lo que se desprendería de los artículos 1 y 2 de la referida norma.

(30) Este supuesto (*Massengeschäfte*) es el recogido por el legislador alemán en el § 19 AGG (Jobst-Hubertus BAUER/Burkard GÖPFERT/Steffen KRIEGER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*, Munich, 2007, págs. 244-245).

(31) BOE núm. 287, de 30-11-2007, en adelante, Real Decreto-Legislativo 1/2007.

(32) BOE núm. 89, de 14-04-2008, en adelante, LCGC.

el cual sólo se aplica, según el artículo 2, a aquellas relaciones jurídicas entre consumidores o usuarios y los empresarios. Por tanto, respecto de este contrato deberemos tener en cuenta las reglas generales en materia de nulidad. La cláusula en cuestión será nula por ser un pacto que vulnera una norma imperativa, cual es, en nuestro supuesto, la LOI (arg. *ex art.* 1.255 CC y art. 6.3 CC). Y ésta en su artículo 10 establece, de modo expreso, que serán «nulas» las cláusulas de los negocios jurídicos. Luego, establece la nulidad parcial. Conocido es, además, que la doctrina considera admitida en nuestro ordenamiento jurídico, como categoría general, a la nulidad parcial en aras del principio de conservación del contrato y que tanto el artículo 1.258 como el artículo 1.287 del Código Civil conceden al juez la facultad de integrar el contrato como forma de hallar una regulación sustitutoria (33). Por ello, la parte del contrato declarada nula podrá integrarse de acuerdo con los criterios que los preceptos mencionados establecen, si bien cuando afecte a elementos esenciales del contrato deberá declararse la nulidad total del contrato (art. 1.300 CC y art. 1.289 CC en materia de interpretación).

#### 4. MEDIDAS EN CASO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Existen toda una serie de medidas que están a disposición de la parte discriminada frente a la parte discriminadora en cualquiera de las hipótesis destacadas. En primer lugar, nos referiremos al cese de la conducta discriminatoria, tanto el cese actual como el cese para el futuro. En este extremo, dos son los cauces a través de los cuales vehicular dicho cese de la discriminación: uno, solicitando medidas cautelares (4.1) y, dos, ejercitando una acción de cesación, la cual, a tenor de la legislación vigente, sólo estaría expresamente reconocida en caso de que la parte discriminada tuviera, además, la condición de consumidor (4.2). En tercer lugar, el remedio al que, en la práctica, con mayor frecuencia acudiría la parte discriminada será la reparación del daño ocasionado (4.3). Y, en último lugar, haremos referencia a la posibilidad de solicitar la publicación de la sentencia en la que se condene a una parte contractual por discriminación, remedio este que no está previsto de modo explícito en la LOI (4.4).

Una cuestión nos interesa destacar, antes de adentrarnos en los remedios en caso de discriminación en la contratación privada, la posibilidad recono-

---

(33) LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 6.ª ed., Madrid, 2007, págs. 586 a 589; JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA/M.ª ÁNGELES PARRA LUCÁN, *Las nulidades*, pág. 221 y sigs.

cida a la parte discriminada, en el artículo 72.1 LOI, de acumular diferentes remedios. En efecto, se advierte en el mismo: «*sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil y mercantil...*». Dentro de esta última, pudiera darse el caso de que la conducta discriminatoria supusiera, a su vez, un acto de competencia desleal. Así, el artículo 16.1 LCD establece como trato discriminatorio el que puede sufrir el consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta, salvo que exista causa que lo justifique. Esta conducta permitirá al consumidor el ejercicio de diversas acciones (entre ellas, la acción de cesación de la conducta discriminatoria) como preceptúa el artículo 18 LCD, para lo cual gozaría, según establece el artículo 3.1 LCD, de legitimación activa.

#### 4.1. MEDIDAS CAUTELARES NEGATIVAS

Uno de los primeros remedios que, a buen seguro, la parte discriminada solicitará, es el cese inmediato de la discriminación que está sufriendo y pretenderá que no se vuelva a producir en el futuro (34). El cese de la conducta discriminatoria se puede vehicular como solicitud de una *medida cautelar*. En efecto, la vigente LEC ha establecido un sistema de *numerus apertus* de medidas cautelares permitiendo que el juez adopte incluso medidas cautelares innominadas o atípicas (35). En esta dirección, el artículo 721.1 LEC posibilita que se soliciten las *medidas cautelares que el actor considere necesarias* para asegurar la efectividad de la tutela judicial efectiva que pudiera otorgarse en una sentencia estimatoria que se dicte. Pero, sobre todo, el artículo 726.1 LEC, que establece la competencia de los órganos judiciales para decretar, como medida cautelar, cualquier actuación directa o indirecta, que resulte exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente. Además, el artículo 726.2 LEC determina que podrán adoptarse como medidas cautelares aquéllas que consistan en órdenes o prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte. Todo ello viene avalado por el artículo 727.1 LEC, que al enumerar toda una serie de medidas cautelares advierte que estas medidas pueden ser adoptadas «*entre otras*» posibles, lo que aparece corroborado por el artículo 727.11.ª LEC.

(34) Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2.ª ed., Pamplona, 2005, pág. 96.

(35) La LEC siguió el camino iniciado por el artículo 129.1 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* (BOE núm. 167, de 14-7-1998) de 1998, que permite a las partes en el proceso contencioso-administrativo «*la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*».

Dentro de las medidas cautelares típicas, el artículo 727.7.<sup>a</sup> LEC establece que los órganos judiciales podrán adoptar medidas cautelares *negativas* consistentes en la orden judicial de cesación provisional del ejercicio de una actividad determinada, o en la orden de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta. Estas medidas serán las aplicables para garantizar la efectividad de aquellos pronunciamientos donde se estimen pretensiones relativas a la ilegalidad de las conductas positivas (en nuestro caso, discriminatorias) realizadas por el demandado (en nuestro caso, la parte discriminadora) (36). En este ámbito se comprenden las medidas cautelares dirigidas al cese de una intromisión ilegítima en procesos de tutela del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 9.2 de la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*) (37), o el cese provisional de un acto de competencia desleal (art. 25.1 LCD), o el cese provisional de la publicidad ilícita (art. 30.1 de la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, de 1988, general de publicidad*) (38) o el cese provisional de los actos ilícitos contra la propiedad intelectual e industrial [arts. 138-139 del *Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril* (39), arts. 63 y 135 de la *Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes* (40), art. 41 de la *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas* (41), art. 53 de la *Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial* (42)]. En consecuencia, por tanto, el órgano judicial podrá solicitar el cese de la conducta discriminatoria en cuanto medida cautelar en cualquier proceso que se inicie y en el que se enjuicie la ilegalidad de dicha conducta.

#### 4.2. PRETENSIÓN AL CESE DE LA CONDUCTA DISCRIMINATORIA: VÍAS PARA SU ADMISIÓN

Ahora bien, en cuanto medida cautelar el cese de la conducta discriminatoria es provisional, condicionado y susceptible de modificación (art. 726.2 LEC). Sin embargo, la parte discriminada lo que normalmente pretenderá es que ese cese sea definitivo y para ello lo que debería ejercitar sería una

---

(36) Jaime GUASP/Pedro ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*, V. II, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2005, págs. 503-504.

(37) *BOE* núm. 115, de 14-05-1982, en adelante, LODH.

(38) *BOE* núm. 274, de 15 de noviembre de 1988; última modificación por *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre* (*BOE* núm. 313, de 29-12-2004). En adelante, LGP.

(39) Modificado por *Ley 23/2006, de 7 de julio*, por la que se modifica el Texto Refundido de la *Ley de Propiedad Intelectual* (*BOE* núm. 162, de 8-7-2006), en adelante, LPI.

(40) *BOE* núm. 73, de 26-3-1986, en adelante, LP.

(41) *BOE* núm. 294, de 8-12-2001, en adelante, LM.

(42) *BOE* núm. 162, de 8-7-2003, en adelante, LPJDI.

*acción de cesación*, acción que no aparece contemplada con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico (43) ni específicamente en la LOI (44), lo que no deja de merecer, sobre todo, en este segundo caso, un juicio negativo. Puesto que la Directiva 2004/113/CE es una «norma de mínimos», el legislador español podría perfectamente haber recogido de modo específico esta acción, como su homólogo alemán sí ha hecho en el § 21 AGG (45).

Cuando la parte discriminada tenga la condición de «consumidor», siempre cabrá el ejercicio de la acción de cesación prevista en el Capítulo I del Título V del Libro I del Real Decreto-Legislativo 1/2007 (arts. 53 a 56). El inconveniente que, en este punto existe, es el relativo a la legitimación para el ejercicio de la acción, ya que el propio perjudicado no estaría legitimado activamente, sino que, a tenor del artículo 54, lo están el Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, el Ministerio Fiscal y las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Sólo cuando el cese de la discriminación se solicite en cuanto defensa de intereses difusos o colectivos de los consumidores, el perjudicado, por mor del artículo 11.1 LEC, también estará legitimado (art. 54.3 del Real Decreto-Legislativo 1/2007). Sea lo que fuere, la efectividad de esta vía de protección será, en la práctica, para la parte discriminada mínima, si no nula.

En materia de condiciones generales hay que tener en cuenta el artículo 12.1 LCGC, que establece que contra la utilización o incluso recomendación que condiciones generales que resulten contrarias a normas imperativas podrá interponerse una acción de cesación. Esta acción va dirigida a obtener una sentencia que condene a la parte demandada (discriminadora) a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en

---

(43) Advierte Luis María Díez-PICAZO que «la posibilidad de ejercer acciones de cesación en defensa de los derechos fundamentales, sin embargo, es más problemática ante los tribunales civiles. En el ámbito jurídico-privado, no hay norma alguna que, con alcance general, reconozca la facultad judicial que así sea, ya que aquí no se trata de la cesación de actuaciones de la administración, sino de personas privadas. En este contexto, toda orden judicial de esa índole supone, por definición, una limitación de la libertad de las personas. Ello significa que tales acciones de cesación sólo serán posibles en los supuestos previstos en el ordenamiento jurídico» (*Sistema*, pág. 97). Con base en estas reflexiones, no se podría interpretar el artículo 10 LOI en el sentido de establecer un sistema *apertus* de medidas reparadoras y de sanciones, que permitiera a la parte discriminada solicitar cualquier medida que sea real, efectiva y proporcionada al perjuicio sufrido.

(44) Lo podría haber hecho a través de la Disposición Adicional quinta de la LOI destinada a modificar la LEC (María Paz GARCÍA RUBIO, *Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual*, pág. 154).

(45) El estudio detenido del § 21 AGG puede verse en Reinhard GAIER/Holger WENDTLAND, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, pág. 93 y sigs.; Dagmar SCHIEK, en Dagmar SCHIEK (dir.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, pág. 343 y sigs.

el futuro, determinando o aclarando, cuando ello sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz (art. 12.2 LCGC).

Por ello, se podría considerar con la doctrina (46) que podría darse una aplicación analógica de la LODH, que también regula la protección de derechos fundamentales como hace la LOI, y entender que la parte discriminada está legitimada para ejercitar la acción de cesación de la conducta discriminatoria (art. 9.2 LODH) en juicio ordinario y con carácter preferente (art. 249.1.2.º LEC) al pretender la tutela judicial civil de un derecho fundamental, cual es el derecho a ser tratado igual.

Sin necesidad de acudir a la aplicación analógica del artículo 9.2 LODH, podríamos obtener el mismo resultado, esto es, el cese de la conducta discriminatoria a través de, en primer lugar, solicitar el cese de dicha conducta como una forma de *reparación in natura*, esto es, la restitución de la situación anterior, luego a la situación de no discriminación (47), lo que tendría la ventaja de poder solicitar en un mismo proceso el cese de la discriminación y la reparación pecuniaria de los daños ocasionados.

En segundo lugar, al mismo resultado se podría llegar también si se solicita que se declare «nulo y sin efecto» la conducta discriminatoria, pues, como hemos destacado más arriba (48), entre los efectos que se derivan de la nulidad se encuentra la *restitutio in integrum*, luego la restitución de la situación anterior, lo que comportaría el cese de aquél.

Y, finalmente, en tercer lugar, se podría solicitar directamente el cese de la conducta discriminatoria mediante un juicio ordinario (art. 249.1.2.º LEC) en cuanto tutela judicial civil de un derecho fundamental. En el mismo proceso se podría solicitar la indemnización de los daños ocasionados.

#### 4.3. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS OCASIONADOS

En relación con la reparación de los daños ocasionados nos interesan especialmente tres aspectos: el primero, la posible reparación *in natura* del daño ocasionado (4.3.1); el segundo, los criterios establecidos por el TJCE en esta materia (4.3.2) y, en último término, la justificación de las diferencias de trato (4.3.3).

---

(46) María Paz GARCÍA RUBIO, *Discriminación por razón de sexo y derecho contractual*, págs. 153-154.

(47) Jobst-Hubertus BAUER/Burkard GÖPFERT/Steffen KRIEGER, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Kommentar*, pág. 258.

(48) Vid. el epígrafe dedicado a la nulidad (III).

#### 4.3.1. Reparación in natura del daño ocasionado

En este punto, conviene detenerse en la «obligación de contratar» en cuanto pueda representar una forma de reparar el daño ocasionado y, concretamente, la reparación específica o *in natura* y, en segundo lugar, habrá que determinar si la «obligación de contratar» es «adecuada, necesaria y proporcional» al daño ocasionado. De todos modos, el remedio más frecuente, en la práctica, al que acudirá la parte discriminada será la reparación pecuniaria de los daños y perjuicios ocasionados (arts. 1.106-1.107 y 1.902 CC) por la conducta discriminatoria (49). Con ella se intentarán reparar tanto los posibles daños materiales como los daños morales sufridos (50).

##### A) Obligación de contratar a la parte discriminada

Como hemos indicado en el epígrafe dedicado a la nulidad en cuanto sanción a la conducta discriminadora, si la reparación que pretende la parte discriminada es que se imponga a la parte discriminadora la obligación de contratarla, esta exigencia deberá fundamentarse a través de la responsabilidad del daño causado. La primera cuestión que nos debemos plantear es ante qué tipo de responsabilidad nos encontraremos, habida cuenta de que la negativa a contratar —conducta discriminatoria— se da en el momento de la celebración del contrato o, mejor aún, en el momento previo a la celebración del contrato, en la fase precontractual. Cabrían, *prima facie*, dos planteamientos: uno, que considera que se estaría vulnerando el deber genérico de que nadie puede dañar a otro y, por tanto, la responsabilidad sería extracontractual (51); otro, que se pronuncia a favor de la responsabilidad contractual al considerar que se vulnera una obligación previa, cual sería la violación de la norma que prohíbe la discriminación directa o indirecta por razón de sexo (52) (*ex art.* 1.258 CC).

---

(49) Martin SCHMIDT-KESSEL, *Fremde Erfahrungen*, pág. 66; Wolfgang WURMNEST, *Grundzüge*, pág. 74.

(50) Vid. artículo 5 de la *Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte* (BOE núm. 166, de 12-7-2007). En este precepto se establece que las personas físicas y/o jurídicas que organicen cualquier prueba, competición o espectáculo deportivo o los acontecimientos que constituyan o formen parte de dichas competiciones serán *patrimonial* y administrativamente *responsables* de los daños que se ocasionen.

(51) Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía privada*, pág. 107. Este autor postula esta medida sobre la base de entender que, en determinados casos, el derecho a no contratar puede tornarse un ejercicio abusivo y antisocial (art. 7.2 CC) que generaría responsabilidad extracontractual (pág. 107, nota a pie de página núm. 107).

(52) María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, n. 6602. La misma autora incide

Ya tuviera una u otra consideración, la parte perjudicada podría pretender una reparación *in natura*, de suerte que se impusiera a la parte discriminadora la obligación de contratar con ella. *¿Cómo se articularía esta medida?* La respuesta dependerá de la consideración que se atribuya a la situación. Así, si partimos de que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual debería entonces solicitarse el cumplimiento específico de la obligación (53), luego, la no violación de la norma que prohíbe la discriminación mediante la imposición de una obligación de contratar (54). Este planteamiento tendría como argumento a su favor el hecho de que el artículo 72.1 LOI advierte «*sin perjuicio de otras acciones y derechos contemplados en la legislación civil...*». Luego, las acciones propias del incumplimiento contractual.

Si partimos, en cambio, de que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual, debería demandarse la reparación del daño *in natura* (*Naturalrestitution*) (55), para llegar a la exigencia de que se contrate con la parte

---

en este planteamiento en su último trabajo, «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual», pág. 172.

(53) Rafael VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, pág. 149 y sigs.

(54) Desde la óptica procesal, sería de aplicación el artículo 708 LEC, que establece la condena a la emisión de una declaración de voluntad, en nuestro caso, una declaración de voluntad que consista en la oferta contractual, de manera que si no lo hace se tendrá por emitida, si estuviesen determinados (o fueran determinables) los otros elementos esenciales del contrato. Si no se encuentran determinados, procederá la indemnización de los daños y perjuicios. Luego, desde el derecho procesal, también se limitan los supuestos en que cabe imponer la obligación de contratar a la parte discriminadora.

(55) En el Derecho alemán, la AGG no hace referencia expresa a la obligación de contratar (*Kontrahierungszwang*) como medida reparativa ante la negativa a hacerlo por razón de alguno de los criterios discriminatorios que establece, si bien, el proyecto (AGG-E) contenía una norma que admitiéndola limitaba su aplicación (§ 21.2: *Im Fall einer Vertragsverweigerung kann der Benachteiligte den Abschluss eines Vertrages nur verlangen, wenn dieser ohne Verstoss gegen das Benachteiligungsverbot erfolgt wäre*). El § 20 AGG contempla la que denomina *Beseitigungsanspruch*, pretensión nueva en el Derecho Civil alemán que la acerca a los *Folgenbeseitigungsschaden* (Christian ARMBRÜSTER, «Sanktionen wegen Diskriminierung», en *KritV* 2005, pág. 43). La doctrina germana que ha estudiado y comentado la reciente AGG está a favor, en general, de esa medida: ya sea por la vía de considerar un supuesto de reparación *in natura* del daño (Reinhard GAIER/Holger WENDTLAND, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG. Ein Einführung in das Zivilrecht*, Munich, 2006, pág. 105, n. 208: «Zudem muss bei Schadenersatzrechtlicher Herleitung die Verpflichtung zum Vertragsabschluss als Form der Naturalrestitution erklärt werden» (las itálicas son nuestras); ya sea entender que se trata de una «*quasinegatorische Anspruch*» (Dagmar SCHIEK, en Dagmar SCHIEK (ed.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, Munich, 2007, Sellier European Law Publishers, § 21, págs. 346-347; Alexander BRUNS, «Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA - Movement from Contract to Status?», en *JZ* 8/2007, pág. 388). Aunque, con anterioridad a la AGG, en los comentarios de la AGG-E, en general, los autores no se mostraban muy favorables a esta medida en el ámbito civil (vid., entre otros, Christian AMBRÜSTER, «Sanktionen», págs. 45-46; Jan BUSCHE, «Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskrimi-

perjudicada. Aquí, el artículo 72.1 LOI advierte que la parte discriminada tendrá derecho a una indemnización de los daños y perjuicios. La referencia a la indemnización puede entenderse en un sentido estricto como equivalente a reparación pecuniaria del daño sufrido o, también, cabe que se interprete en sentido amplio como reparación del daño. De hecho, tanto el artículo 10 LOI que alude a «reparaciones o indemnizaciones» como la Directiva 2004/113/CE, en el artículo 8.2, se refiere a «indemnización o compensación» de forma indistinta y sin demasiado rigor técnico, lo que permitiría interpretar en este segundo sentido, esto es, en sentido amplio, la expresión «indemnización» empleada por el artículo 72.1 LOI. En esta línea de preocupaciones, la parte discriminada podría solicitar esa reparación *in natura* del daño (56), lo que determinaría la imposición al discriminador de la obligación de contratar con la parte discriminada.

En nuestra opinión, este segundo planteamiento es el que nos parece más acertado. En efecto, afirmar que existe una «obligación legal de no discriminar», cuyo incumplimiento genera responsabilidad, es lo mismo que afirmar que existe una «obligación legal de trato igual», es decir, una «obligación legal de respetar el derecho fundamental a ser tratado igual». En definitiva, que existe una obligación legal de respetar los derechos fundamentales y que cualquier violación de un derecho fundamental sería una vulneración de una obligación legal, cuyo incumplimiento generaría siempre responsabilidad contractual, cuando en realidad lo que se ha dado es la vulneración de una norma jurídica. A la postre, entonces, cualquier violación de una norma imperativa o prohibitiva o de deberes genéricos de no dañar a nuestros semejantes generaría responsabilidad contractual, lo que supondría que la responsabilidad extracontractual desapareciera porque desaparecería su ámbito de aplicación.

## B) Principio de proporcionalidad y obligación de contratar

*¿Cuándo la «obligación de contratar» como reparación es adecuada, necesaria y proporcional desde esta perspectiva al daño sufrido, es decir, cuándo la «obligación de contratar» como restricción a un principio constitucional, cual es el libre desarrollo de la personalidad es una restricción adecuada, necesaria y proporcional a la finalidad perseguida, esto es, que se respete el derecho a la igualdad cuya vulneración se manifiesta en unos*

---

nierungsverbote», en Stefan LEIBLE/Monika SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, pág. 171 y sigs.).

(56) En el Derecho Comunitario se reconoce como forma de reparación de los daños su reparación *in natura* (Wolfgang WURMNEST, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts*, Tübingen, 2003, pág. 236).

*daños que sufre la parte discriminada?* Para contestar debidamente a esta pregunta, conviene tener en cuenta que la celebración de un contrato no se produce de forma aislada, sino dentro del mercado y que la contratación es, precisamente, un instrumento fundamental en la estructuración del mercado en cuanto intercambio de bienes y servicios (57), mercado en el que las partes encuentran a su disposición diversas alternativas al tratarse de un mercado en el que impera la competencia (58), lo que permite renunciar a contratar con un sujeto y dirigirse a la competencia, muestra de que el mecanismo contractual funciona correctamente (59).

Para que la libre competencia en el mercado se realice deben ponerse a disposición de los agentes, que intervienen en él, diversas alternativas entre las cuales aquéllos puedan decidir libremente, es decir, deben disponer de libertad para contratar tanto en el momento de la celebración del contrato como, en un momento posterior, en la determinación de su contenido. Esta libertad contractual comprende la libertad de elegir con quién se quiere contratar. Sin libertad de elección de la parte contratante carecería de sentido, en gran medida, la existencia de competencia en el mercado. Ésta implica que el agente puede elegir entre diversas alternativas (similares o diferentes) en el mercado. Por tanto, sólo cuando no existen estas alternativas o las que existen son notoriamente peores, de suerte que se contrataría en peores condiciones, se puede afirmar que la competencia en el mercado disminuye o desaparece y, en la misma medida, la libertad contractual debe disminuir o desaparecer. Así, cuando una parte contratante tiene una posición de dominio en el mercado que explota o de la que abusa (art. 2 LDC, art. 82 TCCE), de manera que se restringen las alternativas a disposición de la otra parte contratante, puede afirmarse que la libertad para elegir a la otra parte contratante también debe restringirse (60).

En nuestro caso, imponer la obligación de contratar a la parte contratante que se ha negado a contratar con un sujeto por razón de sexo, cuando éste puede disponer de otras alternativas igualmente razonables en el mercado («*negocio de sustitución*»), nos parece una forma de reparación que no es necesaria, adecuada y no guarda proporción con el daño material sufrido, puesto que es posible escoger una medida alternativa que resulta también eficaz y que permite no restringir el principio del libre desarrollo de la per-

---

(57) Fritz RITTNER, «Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb», en *AcP* 188 (1988), pág. 102 y sigs.

(58) Christian AMBRÜSTER, «Sanktionen», pág. 46; Karsten SCHMIDT, «Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts - Das Kartellrecht als Beispiel», en *AcP* 206 (2006), pág. 173.

(59) Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *Autonomía privada*, pág. 97.

(60) Franz BYDLINSKI, *Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges*, pág. 38; Werner FLUME, *El negocio jurídico*, págs. 34-35.

sonalidad en el que se inserta el principio de libertad contractual (61). Esta medida alternativa será la indemnización dineraria del daño sufrido (62). Ello resulta de aplicación tanto si la parte contratante, persona física, como si la parte contratante, persona jurídica, que celebra contratos en masa (*Massengeschäfte*), siempre que existan alternativas en el mercado.

En caso de ausencia de alternativas equivalentes en el mercado, deben diferenciarse dos supuestos:

- i) existencia de alternativas de peor condición;
- ii) inexistencia de alternativas.

En el primer supuesto debe tenerse presente que todavía es posible celebrar un «negocio de sustitución», por lo que no resultará proporcional imponer a la parte discriminadora la obligación de contratar. Ahora bien, la indemnización pecuniaria que, en este caso, se deba, deberá comprender la diferencia pecuniaria satisfecha al haber realizado un negocio de sustitución en peores condiciones (que comprenderá no sólo la diferencia pecuniaria al

---

(61) El artículo 9 de la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista* (BOE núm. 15, de 17-1-1996, en adelante, LOCM) establece la obligación de vender del titular del establecimiento público en el que se ofrezcan públicamente o se expongan artículos para su venta a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición. La doctrina que ha comentado este precepto considera que, en realidad, el legislador ha empleado impropriamente el término «obligación de vender». Lo único que se ha pretendido es dejar claro que, en estos casos, se trata de una verdadera oferta y no de una mera *invitatio ad offerendum*, por lo que cuando recaiga la aceptación se habrá celebrado el contrato de compraventa (Silvia DÍAZ ALABART, en José Luis PIÑAR MAÑAS/Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), *Comentarios a la Ley de ordenación del comercio minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997, pág. 91). La negativa a vender, esto es, la revocación de la oferta, en la LOCM, conllevará una infracción (arts. 63 a 67) y una sanción de carácter administrativo (arts. 68 a 71). La LOCM guarda silencio respecto a las sanciones civiles y a las medidas de reparación, por lo que en relación con ellas será aplicable la legislación civil.

(62) En realidad, la idea de *desproporción* del cumplimiento específico se encuentra presente 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* (DOCE, núm. L 171, de 7-7-1999, págs. 12-16). En efecto, el artículo 3.3 establece que el consumidor podrá exigir al vendedor el cumplimiento específico (reparación o sustitución) salvo que ello resulte imposible o desproporcionado y entiende que es desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables. A tal efecto, da una serie de criterios que deben tenerse en cuenta para valorar la desproporción, en atención al conflicto de intereses concreto que pretende solventar la mentada norma comunitaria y que es diferente del conflicto al que nosotros dedicamos estas líneas. Por otro lado, la doctrina sostiene que el cumplimiento forzoso de la obligación o la reparación *in natura* del daño tiene el límite de la excesiva onerosidad del mismo (Rafael VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, pág. 169 y sigs.) criterio éste que, en nuestro supuesto, se traduciría en la falta de relación con el principio de proporcionalidad de la medida, al suponer una limitación de una cláusula general.

haber pagado por el bien o el servicio una contraprestación de cuantía más elevada, sino que comprenderá también los costes de transacción (63) que tengan que ver con el negocio de sustitución), además de la indemnización pecuniaria del daño moral, la cual debe proceder aún cuando no exista perjuicio económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la vulneración del principio de igualdad y a la gravedad de la lesión producida por ésta (véase, art. 18.2 de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y adaptabilidad normal de las personas con discapacidad*) (64).

En el segundo supuesto, el daño material que se causa a la parte discriminada será más relevante que, en los casos anteriores (existen alternativas equivalentes o existen pero son de peor condición), por ello aquí sí podría considerarse que la reparación consistente en la obligación de contratar es proporcionada al daño material sufrido, puesto que la medida sólo consistente en la indemnización dineraria no resultaría adecuada, necesaria y proporcional al daño sufrido en el que a la conculcación de su derecho fundamental a ser tratado igual (daño moral) se añade el daño material de no tener acceso al bien o al servicio de que se trate, máxime cuando se trata de bienes o servicios esenciales para el consumidor (65). Luego, se impondría la obligación de contratar además, en su caso, de una indemnización pecuniaria (66) por el daño moral y por el posible daño material ocasionado. De todos modos, siempre existiría un límite a la imposición de la obligación de contratar como reparación del daño en esta hipótesis. En efecto, no se podrá imponer esta medida cuando la parte discriminadora ya haya celebrado el contrato con un tercero de buena fe (67). Si esto es así, sólo procederá la indemnización pecuniaria como reparación a la víctima.

Desde la perspectiva del derecho de daños, se justificaría este planteamiento en el *deber de mitigar los daños* que compete a todo acreedor de una

---

(63) Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Los costes de transacción», en *Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez*, coord. por Juan Luis IGLESIAS PRADA, T. II, Madrid, 1996, pág. 131 y sigs.

(64) BOE núm. 289, de 3-12-2003.

(65) La doctrina alemana de los años 70-80 planteaba la *Kontrahierungszwang* en relación, precisamente, con bienes y servicios de primera necesidad o esenciales para el consumidor [Franz BYDLINSKI, «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges», pág. 5 y sigs.; Wolfgang ZÖLLNER, «Privatautonomie und Arbeitsverhältnis», en *AcP* 176 (1976), pág. 224 y sigs.].

(66) La combinación entre ambas reparaciones es postulada, para el Derecho alemán antes de la existencia de la AGG, por Christian AMBRÜSTER, *Sanktionen*, pág. 46.

(67) A solución similar llega María Paz GARCÍA RUBIO cuando analiza los supuestos en los que la responsabilidad precontractual se repara con el interés positivo. Concretamente, cuando el cumplimiento *in natura* resulta imposible por haberse perfeccionado el contrato con un tercero de buena fe antes de que recayese la aceptación del primer destinatario de la oferta (*La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991, págs. 251-252).

indemnización, de suerte que si por pretender que se condene a la parte discriminadora a que contrate con él, ello determina la pérdida de alternativas equivalentes en el mercado y, consiguientemente, la pérdida de oportunidades de contratar, en la misma medida deberá disminuir la indemnización que deberá satisfacer el deudor (parte discriminadora) (68).

Por su parte, el TJCE ha afirmado que la sanción a establecer en caso de negativa a contratar no necesariamente debe ser la obligación de contratar (69).

#### 4.3.2. *Criterios del TJCE en Derecho antidiscriminatorio*

En esta materia conviene tener en cuenta los *criterios* que se pueden extraer de la *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* en materia de discriminación, si bien referidos al derecho del trabajo y de la Seguridad Social, puesto que los mismos pueden servir de canon hermenéutico para los tribunales nacionales (70) cuando tengan que enjuiciar supuestos similares a partir, sobre todo de la LOI, en cuanto supone la incorporación de la Directiva 2004/113/CE:

---

(68) El deber de mitigar los daños se recoge en el Derecho comunitario: artículo 3.3 del Reglamento (CE), núm. 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (DOCE, L. 285, de 17-12-1997), artículo 5.2 de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DOCE, L. 198, de 23-6-1990, págs. 59-64), artículo 6.3 de la Directiva 97/5/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas (DOCE L 43 de 14-2-1997, págs. 25-30), artículo 8.2 de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE L 210, de 7-8-1985). Igualmente aparece recogido en los artículos 77 y 80 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, artículos 9:504 y 9:505 de los Principios europeos de derecho de los contratos (PECL), artículos 7.4.7 y 7.4.8 de los Principios UNIDROIT y artículo 8:101 de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (<http://www.egtl.org/principles/project.htm>). En la jurisprudencia del TJCE debe destacarse el caso GRIFONI I (C-308/87, 1990, L-1203).

(69) Sabine von Colson y Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 14/83), y Dorit Harz v. Deutche Tradex GmbH, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 79/83). Por otro lado, como destaca Martin SCHMIDT-KESSEL, el cumplimiento forzoso en forma específica ante una discriminación es escasamente aceptado en nuestro entorno europeo [«Fremde Erfahrungen mit zivilrechtlichen Diskriminierungsverboten», en Stefan LEIBLE/Monika SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, págs. 64-65].

(70) Incluimos en la expresión al TC ya que, como él mismo ha reconocido, recurre al Derecho comunitario como canon hermenéutico (e integrador) constitucional (vid., por todos, Ricardo ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario*, Madrid, 2003, pág. 258 y sigs.; del mismo autor, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Pamplona, 2005, pág. 25 y sigs.).

- i) El daño moral es indemnizable con arreglo al derecho comunitario (71). La reparación del mismo sólo puede consistir en dinero y debe ser adecuada al daño sufrido. Sin embargo, esa adecuación no significa que la indemnización sólo deba cubrir los daños nominales (72), puesto que si se considera, por el juez nacional, que para que tenga efecto disuasorio de la conducta discriminatoria, y sea realmente eficaz debe establecerse una cantidad superior en concepto de indemnización, el juez nacional podrá establecerla (73). En todo caso, lo que no puede existir es un enriquecimiento injusto. El TJCE así lo ha reconocido expresamente (74). Además, debe destacarse que el artículo 72.1 LOI no alude a la indemnización «de» los daños y perjuicios sufridos, sino a la indemnización «por» los daños y perjuicios sufridos. En el primer caso, sí se podría sostener que la indemnización sólo puede cubrir estrictamente los daños ocasionados. En el segundo caso, el legislador nos está diciendo que la indemnización tiene su razón de ser en la existencia de unos daños, pero no que necesariamente el *quantum* deba ceñirse a ellos. Con ello, no queremos afirmar que se admitirían, sin más, los daños punitivos, en nuestro ordenamiento jurídico, pero que sí para que la indemnización sea realmente efectiva y tenga el efecto disuasorio que quiere el legislador (tanto español como comunitario), podría legalmente justificarse que la indemnización pueda corresponderse con una cuantía superior.

---

(71) Antoni VAQUER ALOY, «El concepto de daño en el Derecho comunitario», en *Estudios de Derecho de Obligaciones*, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, T. II, Madrid, 2006, pág. 889.

(72) Un supuesto en el que una autoridad nacional se decidió por imponer una indemnización de los daños nominales fue la decisión del Equality Officer irlandés, de 5 de enero de 2004, *Thomas O'Connor v. The Icon Night Club (Limark)*, DEC-S2004-01. Los hechos fueron los siguientes: el Night Club de referencia cobraba una cantidad como entrada a los hombres, la noche del jueves en que el demandante Thomas O'Connor quería acceder al local, mientras que las mujeres podían entrar en él de forma gratuita, alegando que la medida pretendía estimular la asistencia de mujeres al local; se trataba de una medida de discriminación positiva en favor de las mujeres. Thomas O'Connor consideró dicha medida contraria al principio de igualdad (Equal Status Act 2000) y demandó al club, el cual fue condenado a dejar entrar gratis, en el establecimiento, al demandante siete noches y a satisfacerle una cantidad de 10 €.

(73) Sabine von Colson y Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 14/83), y Dorit Harz v. Deutsche Tradex GmbH, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 79/83). Nils Draehmpael v. Urania Immobilienservice OHG, STJCE de 22 de abril de 1997 (Res. 180/95). En relación con los daños nominales y su tratamiento por el derecho y jurisprudencia comunitaria, vid. Wolfgang WURMNEST, *Grundzüge*, págs. 237-239.

(74) *Banks v. British Coal Corporation*, STJCE de 13 de abril de 1994 (Res. 128/92). En la doctrina, vid. Wolfgang WURMNEST, *Grundzüge*, pág. 233.

- ii) El TJCE ha admitido, en casos de discriminación por razón de sexo, la existencia de *daños ex re ipsa* (75), de suerte que si el legislador nacional sanciona estos casos dentro del marco de la responsabilidad civil, el mero hecho de la violación de la prohibición de discriminar por razón de sexo, genera ya la responsabilidad de la parte discriminadora sin que pueda alegar las causas de exención de la responsabilidad basadas en el derecho nacional. En sentir del TJCE, las Directivas sobre no discriminación se oponen a las disposiciones del derecho nacional que someten la indemnización de los daños por vulneración del principio de igualdad de trato por razón de sexo en la contratación al elemento de la culpa (76). Es decir, el mero hecho de negarse a tomar en consideración una oferta o una posible aceptación de una oferta se considera un daño cuya existencia se presume *iuris et de iure*, de manera que la inversión de la carga de la prueba que se establece en el derecho comunitario antidiscriminatorio, se debe referir a otros daños que dicha negativa produzca. Se acoge por parte del TJCE, en casos de daños por discriminación un sistema de *strict liability*.
- iii) El TJCE ha excluido la posibilidad de establecer *a priori* un tope máximo para la indemnización, de suerte que la parte perjudicada podrá alegar directamente la Directiva comunitaria para evitar la aplicación de una disposición nacional que estableciera un tope máximo en caso de una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de una discriminación por razón de sexo (77). No obstante, el Derecho comunitario no se opone al establecimiento de un tope máximo a la indemnización por las disposiciones nacionales, cuando la parte discriminadora pueda probar que tampoco habría celebrado el contrato con la parte discriminada sin que ésta sufriera

---

(75) Antoni VAQUER ALOY, *El concepto de daño en el Derecho comunitario*, pág. 877. La doctrina entiende que el hecho de prescindir de la culpa no debe extenderse a cualquier supuesto de responsabilidad civil, sino que este criterio del TJCE es exclusivo del derecho antidiscriminatorio (Wolfgang WURMNEST, *Grundzüge*, pág. 157).

(76) Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen, STJCE de 8 de noviembre de 1990 (Res. 177/88); Nils Draehmpael v. Urania Immobilienservice OHG, STJCE de 22 de abril de 1997 (Res. 180/95). El mismo planteamiento ha realizado la doctrina española en relación con la LOI, vid., por todos, María Paz GARCÍA RUBIO, *Discriminación por razón de sexo y derecho contractual*, pág. 161.

(77) M. Hellen Marshall v. Southampton and South Hampshire Area Health Authority, STJCE de 2 de agosto de 1993 (Res. 271/91). Tributario de esta jurisprudencia es el artículo 18.2 de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y adaptabilidad normal de las personas con discapacidad* (BOE núm. 289, de 3-12-2003), el cual establece que «la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación no estará limitada por un tope máximo fijado a priori...».

discriminación, al existir una oferta objetivamente mejor o una parte contractual objetivamente mejor cualificada (78).

- iv) En ningún caso, el TJCE ha indicado una sanción determinada al juez nacional, antes bien ha establecido que debe ser el juez nacional el que, a partir del elenco de remedios y sanciones que le ofrece su propio ordenamiento jurídico, debe decidir la medida a aplicar (79).
- v) Finalmente, debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia del mismo órgano jurisdiccional en la que se advierte de la necesidad de realizar una «*interpretación del derecho nacional con las Directivas comunitarias*» (80).

#### 4.3.3. Justificación de las diferencias de trato

La parte discriminadora podrá exonerarse de responsabilidad probando que la diferenciación estaba justificada, pues, como advierte el artículo 69.3 LOI: «*serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios*» (art. 6.2 LOI en relación con la discriminación indirecta). En esa referencia a la «adecuación» y a la «necesidad» el legislador español, siguiendo al legislador comunitario, hace referencia a dos de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad (81).

Luego, si, a pesar de existir un «propósito legítimo», las medidas que se adoptan no son adecuadas, necesarias, ni proporcionadas, no habrá diferenciación, sino discriminación. Por ende, no basta con un propósito legítimo para excluir la actuación discriminatoria, sino que es preciso, *además*, que las medidas que se adopten para alcanzar dicho propósito sean adecuadas, necesarias y proporcionadas. En este sentido, y para explicarlo con un ejemplo: una peluquería de señoras en un pueblo donde no existe ninguna otra pe-

---

(78) Nils Draehmpael v. Urania Immobilienservice OHG, STJCE de 22 de abril de 1997 (Res. 180/95).

(79) Sabine von Colson y Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 14/83) y Dorit Harz v. Deutsche Tradex GmbH, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 79/83).

(80) Las primeras sentencias en las que estableció la doctrina de la interpretación conforme son las ya referidas Sabine von Colson y Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 14/83) y Dorit Harz v. Deutsche Tradex GmbH, STJCE de 10 de abril de 1984 (Res. 79/83). En relación con esta cuestión, vid. la ordenada exposición de María Pilar BELLO MARTÍN-CRESPO, *Las Directivas como criterio de interpretación del Derecho nacional*, Madrid, 1999, pág. 64 y sigs.

(81) En este extremo, debo remitir al lector a mi trabajo *Negativa a contratar y prohibición de discriminar*, pág. 1619 y sigs.

luquería, lo que obligaría a los hombres a desplazarse a otro pueblo o a una ciudad próxima podría entenderse como una medida no proporcionada al propósito legítimo que se persiga; mientras que una peluquería de señoras en una ciudad, en la que existen otras alternativas para los hombres (peluquerías para caballeros o unisex) podría entenderse como una medida adecuada al propósito legítimo perseguido (82).

Otra cuestión es el debido entendimiento de la expresión «propósito legítimo». El considerando número 16 de la Directiva 2004/113/CE, nos pone sobre la dirección correcta a la hora de desentrañar qué ha querido decir el legislador comunitario al respecto. En él se advierte que pueden constituir supuestos de propósitos legítimos, por ejemplo, la protección de las víctimas de la violencia por razón de sexo (creación de refugios para personas de un solo sexo), razones de intimidad y decencia, promoción de la igualdad de género o de los intereses de los hombres o de las mujeres, libertad de asociación, organización de actividades deportivas.

En el Derecho español, dado el concepto jurídico indeterminado empleado, será una cuestión que deberá analizarse caso por caso (83). En cambio, en el Derecho alemán, el legislador ha procedido, en el § 20 [1] AGG, a indicar qué propósitos se consideran legítimos (84), lo que, por un lado, proporciona seguridad al intérprete, pero, por otro lado, elimina la flexibilidad que ofrece un concepto jurídico indeterminado. En cualquier caso, lo determinante, tanto en un supuesto como en el otro, será el juicio de proporcionalidad.

#### 4.4. PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA

Una última medida a la que queremos hacer referencia es la consistente en la «publicación de la sentencia» en la que se condena a la parte discriminadora frente a la discriminada. Esta es una medida que aparece expresamente reconocida por nuestro ordenamiento jurídico en diferentes supuestos. Así, se reconoce en caso de condena por intromisión en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 9.2 LODH) y en ma-

---

(82) Karl RIESENHUBER, «Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft sowie aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen», en Stefan LEIBLE/Monika SCHLACHTER (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006, Sellier European Law Publishers, pág. 124 y sigs. Otro supuesto que podría justificarse desde este planteamiento sería, por ejemplo, el de una empresaria musulmana que abre un negocio de masajes para mujeres también musulmanas y se presenta un joven altamente cualificado que es rechazado por ser hombre.

(83) María Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos», en *La Ley*, n. 6602.

(84) Así, por ejemplo, evitar daños, peligros, protección de la esfera íntima del individuo, seguridad de las personas, ejercicio del derecho a la libertad religiosa, etc.

tería de vulneración de los derechos de propiedad intelectual (art. 138 LPI), entre otros supuestos.

En la LOI, el legislador no ha previsto esta sanción, por lo que nos parece que cabría, en este caso, la aplicación analógica del artículo 9.2 LODH, con el bien entendido que no podrá apreciarse esta medida de oficio, por el juzgador, sino sólo a instancia de parte.

## 5. CONCLUSIONES

La conclusión principal que se desprende del estudio realizado de las medidas al alcance de la parte perjudicada en caso de discriminación en la contratación privada es clara: el legislador español no ha establecido —pudiendo haberlo hecho— un régimen jurídico acabado de las mismas. Ello obliga al intérprete a «elaborar» dicho régimen jurídico a partir de las medidas generales de defensa que el ordenamiento jurídico dispone, que es lo que nosotros hemos realizado en este trabajo.

Del mismo se deriva, en primer lugar, que los daños que ocasione a la parte perjudicada la negativa a contratar con ella, sólo conllevarán una reparación que consista en la obligación de contratar con ella, cuando así lo solicitare (85), primero, en caso de que no exista alternativa en el mercado; segundo, no se haya celebrado por el discriminador el contrato con un tercero de buena fe y, tercero, estén determinados o sean determinables los otros elementos esenciales del contrato (art. 708 LEC, art. 1.262 CC).

En segundo lugar, que el juez nacional, ante un caso que consista en una discriminación por razón de género, en la que deba aplicar la LOI, deberá realizar una «interpretación conforme» con las Directivas y, concretamente, con la Directiva 2004/113/CE y con los criterios que, en derecho antidiscriminatorio, viene asentando el TJCE.

En tercer lugar, cabría de *lege ferenda* la introducción, en nuestro ordenamiento jurídico, de una acción de cesación de la discriminación específica, en estos casos, ya sea modificando la LOI o directamente la LEC permitiendo además que se acumule a la misma la acción solicitando la devolución de cantidades que se hubieren cobrado por mor de celebración del contrato o en virtud de cláusulas negociales a que afecte la sentencia y la reparación de los daños que hubiera ocasionado la conducta discriminatoria (arg. *ex* art. 12.2, 2.º inciso LCGC).

---

(85) Por otro lado, como destaca Jan BUSCHE (*Effektive Rechtsdurchsetzung und Sanktionen bei Verletzung richtliniendeterminierter Diskriminierungsverbote*, pág. 171 y sigs.), desde un punto de vista práctico, es poco recomendable exigir la celebración del contrato a la persona, que se ha negado a ello, en previsión de conflictos futuros.

La misma propuesta de *lege ferenda* debe hacerse en relación con la publicación total o parcial de la sentencia a la que, en líneas más arriba, nos hemos referido.

## RESUMEN

### CONTRATOS

*En este trabajo se analizan las medidas al alcance de la parte discriminada, en caso de vulneración del principio de igualdad de trato en la contratación privada, tomando como punto de partida los artículos 10 y 72.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Del estudio realizado se deriva que el legislador español no ha establecido —pudiendo hacerlo— un régimen jurídico acabado de aquéllas, lo que obliga al intérprete a «elaborar» dicho régimen jurídico a partir de las medidas de defensa generales que el ordenamiento jurídico dispone. En esta dirección, el artículo se refiere a las medidas cautelares negativas, a la pretensión dirigida a que cese el comportamiento discriminatorio, a la reparación de los daños ocasionados y a la posible publicación de la sentencia en la que se condena a una persona física o jurídica por discriminación. Asimismo se entretiene en la sanción de nulidad en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada. Ya se trate del estudio de las medidas de defensa de la parte discriminada como de la nulidad, se ha puesto el acento en dos situaciones jurídicas concretas: la celebración del contrato, con especial énfasis en la negativa a contratar, y la fijación del contenido del contrato, con referencia a aquellas cláusulas que pueden causar discriminación.*

## ABSTRACT

### CONTRACTS

*This paper analyses the measures available to the party discriminated against in the event of violation of the principle of equal treatment in private contracts, starting with articles 10 and 72.1 of Organic Act 3/2007 of 22 March for the effective equality of women and men. From the study conducted it is concluded that Spanish legislators could but have failed to establish a finished legal system of such measures, and so interpreters are forced to «assemble» such a legal system from the general measures of defence that legislation makes available. In this direction, the article refers to negative precautionary measures, claims aimed at cessation of the discriminatory behaviour, reparations for damages and possible publication of sentences finding an individual or legal person guilty of discrimination. The paper also spends some time on the penalty of nullity in case of discrimination on the grounds of sex in private contracts. For both the study of the discriminated party's defensive measures and nullity, stress has been laid on two particular legal situations: the making of the contract, with special emphasis on refusal to enter into the contract, and the setting of the terms of the contract, with reference to those clauses that may cause discrimination.*

*(Trabajo recibido el 04-06-08 y aceptado para su publicación el 20-03-09)*



# 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 5-2-2009

(*BOE* 14-3-2009)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 1

#### **RECURSO GUBERNATIVO: FUNDAMENTOS.**

No puede tenerse en cuenta, en la tramitación del recurso, documentos que no se presentaron al Registrador en el momento de emitir su calificación.

Resolución de 6-2-2009

(*BOE* 14-3-2009)

Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan

#### **PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.**

Habiéndose agrupado varias fincas formando una sola, y habiéndose constituido hipoteca sobre la misma, ello no es obstáculo para poder inscribir una condición resolutoria sobre alguna de las fincas que fueron objeto de agrupación.

Resolución de 10-2-2009

(*BOE* 14-3-2009).

Registro de la Propiedad de Cambados

#### **INMATRICULACIÓN: REQUISITOS. EJECUCIÓN EN PROCEDIMIENTO DE RECAUDACIÓN FISCAL.**

La certificación del acta de adjudicación directa en un procedimiento de ejecución en vía de apremio por la Administración Tributaria no es en sí título

suficiente para inmatricular, sino que habrán de cumplirse los requisitos generales previstos al efecto en la legislación hipotecaria.

Resolución de 11-2-2009

(BOE 14-3-2009)

Registro de la Propiedad de Lloret de Mar

**SEGURO DECENAL: OBRAS DE MODIFICACIÓN NO ESENCIAL. CALIFICACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO.**

Si el técnico certificante afirma que se trata de obras que no alteran la esencia ni la volumetría del edificio, y que tampoco implican cambio de uso, no es exigible el seguro decenal y el Registrador no puede desvirtuar la veracidad de tales afirmaciones que quedan bajo la exclusiva responsabilidad de dicho técnico. Aunque el documento ya hubiera sido calificado en otra ocasión de forma negativa y no se hubiere interpuesto entonces recurso, si se vuelve a presentar ha de ser nuevamente calificado y se abre la vía del recurso.

Resolución de 16-2-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro de la Propiedad de Granada, número 6

**PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: CONVENIO DE REALIZACIÓN. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.**

No es posible la cancelación de una carga posterior a la hipoteca ejecutada, habiéndose seguido el procedimiento por el sistema de convenio de realización, sin que el titular de la misma preste expresamente su consentimiento, sin que quepa admitir una suerte de consentimiento presunto o tácito.

Resolución de 17-2-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro de la Propiedad de Villanova i la Geltrú

**CATASTRO Y REGISTRO: COORDINACIÓN.**

No es admisible una incorporación automática e indiscriminada de los datos catastrales al Registro, sobre todo cuando es evidente la contradicción de dichos datos.

Resolución de 18-2-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro de la Propiedad de Gernika-Lumo

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA: TRACTO SUCESIVO.**

No cabe practicar anotación preventiva de querella si el procedimiento se sigue frente a unas personas físicas, cuando la finca se halla inscrita a nombre

de una sociedad, sin que además se cumplan los requisitos del último párrafo del artículo 20 de la LH.

Resolución de 19-2-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro de la Propiedad de Cuevas de Almanzora

**PROCEDIMIENTO DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN: ANOTACIÓN DE DEMANDA. CANCELACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.**

Es admisible la práctica de anotación preventiva de demanda en un juicio de división de cosa común, dadas las consecuencias de eventual alteración de la titularidad registral que comporta. Sin una constancia registral de dicho procedimiento, no cabe cancelar asiento alguno si no consta que su titular ha sido debidamente llamado al procedimiento.

Resolución de 20-2-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro de la Propiedad de Alfaro

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS.**

La calificación de un documento debe hacerse con abstracción del eventual despacho de otro presentado posteriormente. Las dudas sobre la identidad de la finca es un criterio que básicamente se utiliza en los casos de ciertas inmatriculaciones y rectificaciones de superficie.

Resolución de 23-2-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro de la Propiedad de Alfaro

**INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.**

Si una sentencia condena al demandado a elevar a público un contrato privado de permuta, la única manera de obtener la inscripción es otorgando la pertinente escritura, sin que tenga sentido alguno la mera protocolización de la sentencia.

Resolución de 24-2-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 2

**RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.**

No es el recurso gubernativo el cauce adecuado para dilucidar la eventual nulidad de un asiento ya practicado que, en consecuencia, se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales. Sólo es su ámbito específico la impugnación de la calificación negativa del Registrador.

Resolución de 7-3-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 25

#### SUCESIÓN INTESTADA A FAVOR DEL ESTADO: REQUISITOS.

De conformidad con lo establecido en el Decreto de 1971, además del testimonio del auto judicial de declaración de herederos, para la inscripción de los bienes a su favor el Estado necesita el acta judicial de entrega establecida al efecto.

Resolución de 9-3-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro de la Propiedad de Vinarós

#### LEGADOS: ENTREGA. LEGITIMARIOS.

Para la inscripción de un legado de cosa específica ordenado a favor de uno de los herederos en concepto de pago de su legítima, es imprescindible que presten su consentimiento los demás legitimarios, a menos que ya se hubiera practicado la partición hereditaria con el concurso de todos ellos.

Resolución de 10-3-2009

(BOE 11-4-2009)

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 1

#### BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: PERMUTA.

El supuesto de la permuta en el ámbito de la enajenación de bienes de las entidades locales tiene un carácter excepcional, dado que implica prescindir de la subasta. Por ello ha de ser interpretado de forma estricta, de manera que no puede considerarse como tal el contrato de cesión de una finca a cambio de la realización de una serie de obras.

Resolución de 11-3-2009

(BOE 1-4-2009)

Registro de la Propiedad de Lorca, número 2

#### OBRA NUEVA: LEGITIMACIÓN FIRMA TÉCNICO.

La firma del técnico que acredita la descripción y antigüedad de una edificación ha de estar legitimada notarialmente, sin que el visado colegial supla este requisito.

Resolución de 12-3-2009

(BOE 1-4-2009)

Registro de la Propiedad de Requena

**PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. DERECHO DE OPCIÓN: PLAZO.**

La inscripción está bajo la salvaguardia de los Tribunales, con lo que no cabe discutir en el recurso sobre la validez del derecho inscrito. El plazo de caducidad del derecho de opción inscrito no implica la caducidad automática del asiento.

Resolución de 12-3-2009

(BOE 1-4-2009)

Registro de la Propiedad de Torrijos

**ACREDITACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: CALIFICACIÓN REGISTRAL. CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR SUSTITUTO.**

El Registrador no puede entender incorrectamente hecha la reseña identificativa del documento del que nacen las facultades representativas de un consejero delegado, por el simple hecho de que el Notario utilice la expresión «he tenido a la vista», dado que este tiempo verbal también hace referencia a actos que todavía están sucediendo en el momento del otorgamiento de la escritura calificada. La calificación del Registrador sustituto no es un mero trámite de confirmación de la del sustituido, sino que ha de reunir todos los requisitos de fondo y forma que la inicialmente realizada.

Resoluciones de 13-3-2009

(BOE 11-4-2009)

Registros de la Propiedad de Mollet del Vallés y Oliva

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 254 Y 255 DE LA LH. CANCELACIÓN DE HIPOTECA.**

La calificación del Registrador ha de estar debidamente fundamentada. La calificación ha de ser además íntegra, es decir, ha de contener la totalidad de los eventuales defectos apreciados en el documento. En este sentido, considerando los principios del procedimiento administrativo y las últimas reformas introducidas en la legislación hipotecaria, los artículos 254 y 255 de la LH han de ser interpretados en términos que impliquen que el Registrador haga una nota de calificación incluyendo no sólo el defecto de falta de acreditación de la presentación y pago del impuesto, sino también cualesquiera otros de que pudiera adolecer el documento. Por otro lado, el Registrador se debe limitar a apreciar si el acto está o no sujeto al impuesto, pero sin exigir la previa presentación a liquidación en el caso de que sea aplicable una exención como lo es en las cancelaciones de hipoteca.

Resolución de 13-3-2009

(BOE 11-4-2009)

Registro de la Propiedad de Sitges

**CIERRE REGISTRAL: ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FISCALES.**

El Centro Directivo sostiene que basta para el levantamiento del cierre registral en los términos de los artículos 254 y 255 de la LH, la diligencia remitida telemáticamente por el Notario, expresiva de que se le ha acreditado el pago del impuesto correspondiente.

Resolución de 14-3-2009

(BOE 11-4-2009)

Registro de la Propiedad de Eibar

#### AMPLIACIÓN DE HIPOTECA. SEGREGACIÓN DE FINCA HIPOTECADA.

Se trata de una escritura de novación y ampliación de un préstamo hipotecario que gravaba una finca de la que, con posterioridad a la constitución de dicho gravamen, se segregó una porción que pasó a constituir finca independiente, sin que se haya realizado distribución de responsabilidad entre sendas fincas. Parece obvio que para la inscripción de la ampliación es necesario el consentimiento de los titulares de las dos fincas, requisito también exigible si lo que se pretende es concretar la responsabilidad por la cantidad ampliada sólo sobre una de ellas. De hecho, para esta segunda opción, habría que hacer la previa distribución de la responsabilidad inicial.

Resolución de 16-3-2009

(BOE 11-4-2009)

Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

#### COMPRAVENTA. SIMULACIÓN. REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES.

Una sociedad vende a otra una finca, pactándose que el precio se satisfará mediante la cesión de ciertos créditos que la compradora ostenta frente a un tercero que se halla en concurso voluntario. Estima la Dirección General que no podemos hablar de negocio simulado (extremo que, por otro lado, excede del ámbito de la calificación), dado que se trata de una verdadera compraventa, sólo que con una especial manera de abonar el precio. Igualmente considera que no cabe considerar este acto como contrario u opuesto al objeto social, con lo que los administradores están plenamente facultados, sin perjuicio de su eventual responsabilidad. Reitera la tradicional doctrina de la dificultad de evaluar *a priori* la naturaleza de cada acto en relación con el objeto social.

Resolución de 16-3-2009

(BOE 11-4-2009)

Registro de la Propiedad de Valverde del Hierro

#### TANTEOS Y RETRACTOS LEGALES.

Existiendo legalmente previsto, al tiempo del otorgamiento de la escritura por la que se transmite una finca, un derecho de adquisición preferente a favor de la Comunidad Autónoma, es procedente exigir la pertinente notificación a

dicha administración a los efectos de garantizar el adecuado ejercicio de tales derechos.

Resolución de 17-3-2009

(BOE 11-4-2009)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 43

**PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: HERENCIA YACENTE. TÍTULO INSCRIBIBLE. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA.**

Confirmando y reiterando doctrina ya asentada en anteriores pronunciamientos, la Dirección General establece tres conclusiones. En primer lugar, entiende que la demanda para elevar a público un contrato de venta no está adecuadamente entablada a efectos del principio de legitimación registral, si sólo va dirigida contra la herencia yacente del titular registral, integrada por sus desconocidos herederos. Es imprescindible la adopción de las garantías procesales previstas en la LEC, especialmente el nombramiento de un administrador que defienda los intereses de dicha herencia yacente. En segundo término, y de conformidad con el artículo 708 de la LEC, no basta para la inscripción la resolución judicial correspondiente, sino que será preciso el otorgamiento de la pertinente escritura pública. Finalmente se confirma que, habiéndose dictado la sentencia en rebeldía es imprescindible que transcurran los plazos más largos previstos en la LEC para el ejercicio de la acción especial de rescisión establecida para estos supuestos. Entretanto sólo es posible practicar anotación preventiva.

Resolución de 17-3-2009

(BOE 11-4-2009)

Registro de la Propiedad de Puigcerdá

**PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: CANCELACIÓN DE DERECHOS INSCRITOS.**

La cancelación de una hipoteca sobre alguna de las fincas procedentes por segregación de la inicialmente gravada sólo será posible con el consentimiento expreso del acreedor hipotecario, o mediante sentencia dictada en procedimiento seguido contra el mismo.

## Registro Mercantil

Por Ana M.<sup>a</sup> DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 2-2-2009  
(BOE 6-3-2009)  
Registro Mercantil de Cádiz

### CUENTAS ANUALES. ERROR EN LA CERTIFICACIÓN.

Se presenta certificación de aprobación de cuentas del ejercicio 2007 expresando que fueron formuladas el 31-3-2007, siendo calificada con el defecto de que debe existir error en la fecha de formulación, pues ésta debe realizarse en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social.

El recurrente alega en su recurso que en la certificación hay un error en la transcripción del año (si sólo fuera error en el año la fecha correcta sería 31-3-2008, fecha posterior a la celebración de la Junta que fue el 30-3-2008).

La Dirección acepta la alegación que se hace en el recurso de que la sociedad es unipersonal y la de que se trata de un error, puesto que las cuentas tuvieron que ser necesariamente formuladas entre el 31-12-2007 y el 30-3-2008.

Resolución de 11-2-2009  
(BOE 18-3-2009)  
Registro Mercantil de Toledo

### CUENTAS ANUALES. AUDITOR.

Reitera la doctrina del centro en el sentido de que no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas si no se presenta el informe del auditor de cuentas solicitado por la minoría. Y ello aunque la resolución de nombramiento de dicho auditor por el Registrador no sea firme en vía administrativa.

Resolución de 2-3-2009  
(BOE 18-3-2009)  
Registro Mercantil de Toledo

### CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA. ADMINISTRADORES. CESE. CAMBIO DE ESTRUCTURA. ACEPTACIÓN.

El recurso debe ceñirse exclusivamente a los defectos que hayan sido confirmados por el Registrador sustituto.

Tratándose de un acuerdo por el que cesa una administradora solidaria quedando como administradora única la otra solidaria que compartía el cargo con la cesada, no es necesario un acuerdo expreso de cese de esta última, aunque por operativa registral deba reflejarse tal cese en el asiento respecti-

vo. No puede rechazarse la inscripción de un documento ante toda inexactitud del mismo si de su simple lectura o contexto no resulta duda alguna acerca del negocio en él contenido.

Aunque es imprescindible para la inscripción del nombramiento de administrador la aceptación del cargo, cabe entender que ésta se ha producido si resulta de hechos concluyentes como la expedición de la certificación o el otorgamiento de la correspondiente escritura por el nombrado.

Resolución de 4-3-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro Mercantil de Madrid, número VIII

PODER.

Explica la Dirección la diferencia entre poder general, poder especial y poder concebido en términos generales, así como las diferencias entre el ámbito civil y el mercantil.

El caso debatido es el de un poder calificado por el administrador como «general, absoluto e ilimitado, que deberá ser interpretado en los más amplios términos», y «a título meramente enunciativo y no limitativo» enumera una serie de facultades. Señala la Dirección que las facultades del representante han de medirse por la escritura de poder con extrema cautela para evitar que puedan entenderse incluidas facultades que no fueron concedidas. Pero en este caso considera que estamos ante un poder general de los contemplados en el artículo 286 del Código de Comercio, sin que además exista en dicho apoderamiento la menor pretensión de atribución de facultades legalmente indelegables del Consejo de Administración.

Resolución de 5-3-2009

(BOE 5-3-2009)

Registro Mercantil de Barcelona, número V

SOCIEDAD PROFESIONAL. ADAPTACIÓN. SOCIEDAD DE AUDITORÍA.

El Registrador suspende la inscripción de una escritura que eleva a público acuerdos de modificación estatutaria y nombramiento de administrador de una sociedad que tiene por objeto, entre otras actividades, la auditoría de cuentas y que se encuentra inscrita en el ROAC, porque al haber transcurrido el plazo legal de adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales sin que conste su adaptación la hoja registral ha quedado cerrada.

La Dirección entiende que, respecto de las sociedades de auditoría, la Ley de Sociedades Profesionales tiene carácter supletorio respecto de aquellas normas que no resulten excluidas por la legislación sectorial de auditoría. Pero resuelve que no les es aplicable la obligación de adaptación ni, por tanto, las sanciones de cierre registral y disolución de pleno derecho, para lo cual sería necesario un pronunciamiento claro y expreso del legislador en este sentido.

Resolución de 6-3-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro Mercantil de Alicante, número III

**SOCIEDAD PROFESIONAL. ADAPTACIÓN. AUDITOR. RECURSO. ASIENTO YA PRACTICADO.**

Se presenta acuerdo de nombramiento como auditor de una sociedad no adaptada a la Ley 2/2007. El Registrador suspende la inscripción y anuncia que, al haber transcurrido los plazos legales sin haberse presentado la oportuna adaptación, procederá a la cancelación de los asientos de la sociedad una vez transcurridos los plazos de los recursos que se indican.

Posteriormente el registrador rectifica y procede a la inscripción del nombramiento por haberse realizado con fecha anterior a la disolución de la sociedad de auditoría.

La Dirección, aplicando doctrina reiterada, resuelve en el sentido de que no cabe recurso frente a la calificación positiva del Registrador por la que se extiende el correspondiente asiento.

No entra a considerar el aspecto relativo a la cancelación anunciada.

Resolución de 6-3-2009

(BOE 25-3-2009)

Registro Mercantil de Alicante, número IV

**SOCIEDAD PROFESIONAL. ADAPTACIÓN. SOCIEDAD DE AUDITORÍA.**

El Registrador suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos de cambio de estructura de órgano de administración, nombramiento de administrador y modificación de objeto social de una sociedad que tiene por objeto la auditoría de cuentas y que ahora lo amplía a otras actividades, alegando que al haber transcurrido el plazo legal de adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales sin que conste su adaptación, la sociedad se considera resuelta de pleno derecho.

La Dirección, al igual que en la Resolución de 5 de marzo de 2009, entiende que, respecto de las sociedades de auditoría, la Ley de Sociedades Profesionales tiene carácter supletorio respecto de aquellas normas que no resulten excluidas por la legislación sectorial de auditoría. Pero resuelve que no les es aplicable la obligación de adaptación ni, por tanto, las sanciones de cierre registral y disolución de pleno derecho, para lo cual sería necesario un pronunciamiento claro y expreso del legislador en este sentido.

Resolución de 6-3-2009

(BOE 1-4-2009)

Registro Mercantil de Madrid, número II

**CUENTAS ANUALES. SOCIEDAD EN CONCURSO.**

Declarado el concurso entre la fecha de formulación de las cuentas y la de su presentación para depósito en el Registro Mercantil, dichas cuentas deben

ser firmadas por los administradores concursales, o éstos certificar que han sido supervisadas por ellos, aunque una interpretación literal del artículo 42 de la Ley Concursal puede llevar a la conclusión de lo contrario. La DG sustenta esta decisión en una interpretación finalista del artículo 42 de la Ley Concursal y en el artículo 75 de dicha Ley.



# ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

#### *INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y REVELACIÓN DE SECRETOS REALIZADOS POR EMPLEADA DEL HOGAR (1)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora contratada doctora  
Derecho Civil UCM*

### I. INTRODUCCIÓN

Las sentencias del TC 200/1998, de 14 de octubre; 134/1999, de 15 de julio y 180/1999, de 11 de octubre, han precisado que el enjuiciamiento del Tribunal Constitucional se centra en resolver un eventual conflicto entre el *derecho fundamental al honor o a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y las libertades también fundamentales de expresión e información [art. 20.1.a) y d) CE]*. En este tipo de casos, el Tribunal Constitucional debe determinar «si se han vulnerado los derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponde a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados en la instancia, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales» (2).

Así pues, la sentencia objeto de comentario se centra en si se ha producido o no una intromisión en el ámbito del derecho a la intimidad personal y fa-

---

(1) Tribunal Constitucional, Sala Segunda, sentencia 115/2000, de 5 de mayo de 2000, recurso 640/1997. Ponente: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio Diego. Número de sentencia: 115/2000. Número de Recurso: 640/1997. Diario *La Ley*, núm. 7072, Sección Reseña de Jurisprudencia, de 9 de diciembre de 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY. LA LEY 92668/2000.

Hechos: se publicó un extenso reportaje con abundante información gráfica, en el que doña S., que había trabajado durante cierto tiempo en el domicilio de la persona a la que se refería dicho reportaje cuidando a una de sus hijas, expresaba sus opiniones y exponía múltiples hechos y situaciones relacionados con la señora... y sus familiares, amigos, así como sobre el hogar y los modos de vida habituales de quienes convivían en el mismo.

(2) STC 180/1999, FJ 3.

miliar de la recurrente que el artículo 18.1 CE garantiza y si dicha intromisión es o no ilegítima. Para ello se ha de examinar si la divulgación de datos relativos a la vida privada de la señora... y de los familiares que con ella conviven en su hogar se encuentra amparada o no en el presente caso por el derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1.d) CE].

Hay que tener en cuenta que el núcleo del reportaje publicado por la revista está constituido por las declaraciones, en primera persona verbal, de la empleada del hogar, quien a partir de 1987 prestó servicios durante unos dos años en el domicilio de la señora... como niñera de su hija. Si bien tales declaraciones, no agotan por sí solas el contenido del texto publicado, puesto que en aquéllas se intercalan con frecuencia otros textos, con distinta composición tipográfica y sin indicación del redactor, en los que se exponen hechos o circunstancias relativos a la señora... o sus familiares, para aclarar o complementar los datos que antes han sido aludidos por la declarante.

## II. INTROMISIÓN EN LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

El derecho fundamental a la *intimidad* reconocido por el artículo 18.1 CE 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 (3).

Derecho que 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 intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada*.

Cada individuo puede reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido en ese espacio. Y, en correspondencia, puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida. Pues a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar (4).

---

(3) Así lo ha señalado el TC en la STC 134/1999, FJ 5, con cita de las SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 107/1987, 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 143/1994, de 9 de mayo y 151/1997, de 29 de septiembre.

(4) Doctrina que se corrobora con la sentada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 26 de marzo de 1985, caso X e Y; de 26 de marzo de 1985, caso Leandbr; de 7 de julio de 1989, caso Gaskin; de 25 de marzo de 1993, caso Costello-Roberty, de 25 de febrero de 1997, caso Z).

### III. INVASIÓN ILEGÍTIMA EN LA ESFERA PERSONAL Y FAMILIAR

Las declaraciones que producen una invasión ilegítima en la esfera personal y familiar consisten en dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a estos ámbitos pertenecen. En el caso de autos se trata de declaraciones relativas a la esfera de la *intimidad personal*, de la divulgación de ciertos defectos, reales o supuestos, en el cuerpo o de determinados padecimientos en la piel, así como de los cuidados que estos requieren por parte de la señora... o los medios para ocultar aquéllos; al igual que la divulgación de los efectos negativos de un embarazo sobre la belleza de ésta. A lo que cabe agregar, asimismo, la amplia descripción que se ha hecho pública de la vida diaria y de los hábitos en el hogar de la recurrente, junto a las características de ciertas prendas que usa en la intimidad.

Y en lo que respecta a la *esfera familiar* de la intimidad, también cabe apreciar que se han divulgado datos sobre las relaciones de la recurrente tanto con sus dos anteriores maridos como con el actual, con sus padres y, muy ampliamente, sobre el carácter y la vida de sus hijos; a lo que se une la difusión de la vida diaria y los hábitos de los familiares en el hogar, de los concretos regalos que se intercambian en las fiestas de Navidad o del dinero de que dispone una de sus hijas.

Los datos que pertenecen al ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar, constitucionalmente garantizado, están directamente vinculados *con la dignidad de la persona* (art. 10.1 CE), y, por tanto, es suficiente su pertenencia a dicha esfera para que deba operar la protección que la Constitución dispensa a «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, FJ 3).

### IV. DERECHO A LA INTIMIDAD O DERECHO A LA LIBRE COMUNICACIÓN DE INFORMACIÓN

La ponderación que los órganos jurisdiccionales han llevado a cabo entre el derecho fundamental a la intimidad y la libertad de información, se recoge en las sentencias STC 200/1998, de 14 de octubre; 134/1999, de 15 de julio, y 180/1999, de 11 de octubre, donde se precisa que el enjuiciamiento no debe limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de las resoluciones judiciales, sino de resolver un eventual conflicto entre el derecho fundamental al honor o a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y las libertades también fundamentales de expresión e información [art. 20.1.a) y d) CE]. Analizando «si se han vulnerado los derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponde a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados en la instancia, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales» (STC 180/1999, FJ 3).

*El derecho a la intimidad de la recurrente ha de prevalecer sobre el derecho a la libre comunicación de información.*

La revista alega que la señora... ha divulgado anteriormente datos de su vida privada en otras publicaciones e incluso los espacios más íntimos de su nuevo hogar. No obstante cabe recordar al respecto que si bien el derecho a la libertad de información ha de prevalecer sobre el de la intimidad en

relación con los hechos divulgados por los propios afectados por la información, dado que a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, no es menos cierto que, más allá de esos hechos dados a conocer y respecto a los cuales el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado, el derecho a la intimidad prevalece y opera como límite infranqueable del derecho a la libre información (SSTC 197/1991, FJ 3 y 134/1999, FJ 8).

Además si comparamos el texto del reportaje publicado en la revista «Lecturas» con otros textos que obran en las actuaciones y en los que la recurrente ha hecho referencia a diversos aspectos de su vida y de su nuevo hogar, resulta evidente que la gran mayoría de los datos íntimos desvelados por la niñera en aquel reportaje no habían sido publicados con anterioridad.

## V. PERSONAJE CON NOTORIEDAD PÚBLICA Y DERECHO A LA INTIMIDAD

Se alega que la señora... es un *personaje con notoriedad pública*, el cual debe inevitablemente ver reducida su esfera de intimidad. Pero este hecho cierto no desmerece el hecho de que más allá de esa esfera abierta al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (STC 134/1999, FJ 7, por todas).

Por otro lado, es sabido que «no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública, goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea» (STC 197/1991, FJ 4).

En el presente caso, basta la simple lectura del reportaje aquí considerado para estimar que *los datos divulgados carecen de relevancia pública*, pues éstos se refieren a distintos aspectos de la intimidad personal y familiar de la recurrente que van desde supuestos o reales defectos físicos de ésta y los cuidados para paliarlos o evitar que sean conocidos hasta la descripción pormenorizada de la vida cotidiana en su hogar y los hábitos de los familiares que con ella conviven. Lo que entraña que *dicho reportaje no puede encontrar amparo en el derecho fundamental a comunicar libremente información, sino que constituye, por el contrario, una intromisión ilegítima en la esfera de intimidad* de la recurrente constitucionalmente garantizada.

## VI. LEGITIMIDAD O ILEGITIMIDAD DE LAS INTROMISIONES

El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa (5).

---

(5) STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2.

La cuestión no es si lo publicado en este caso fue o no veraz, pues la intimidad que la Constitución protege no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada.

De manera que si la libertad de información se ejerce sobre un ámbito que afecta a otros bienes constitucionales, en este caso los de la intimidad y la dignidad de la persona, para que su proyección sea legítima es preciso «que lo informado resulte de interés público (STC 171/1990, FJ 5, por todas), pues sólo entonces puede exigirse a aquéllos que afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad» (STC 29/1992, FJ 3).

## VII. EL RESPETO DEL SECRETO PROFESIONAL

También estamos ante la divulgación de datos de la esfera personal y familiar de la recurrente realizada por una persona que ha convivido con ella en su hogar por hallarse ligada a la misma por una relación de empleo. Circunstancia que la revista no sólo conocía sino a la que quiso dar un especial relieve, puesto que el subtítulo del reportaje aquí considerado es, precisamente, «La ex niñera revela cómo es la vida en...».

Estamos ante una de las intromisiones ilegítimas específicamente previstas en el apartado 4 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, consistente en la «revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional... de quien los revela». Cuyo fundamento se halla en el respeto del secreto profesional, por existir en el presente caso un vínculo laboral que genera una indudable relación de confianza.

Desde la perspectiva constitucional cabe estimar asimismo que el secreto profesional, en cuanto deber que se impone a determinadas personas (STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 10), resulta exigible no sólo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional, sino también a aquéllos que, como ocurre en el presente caso, *por su relación laboral* conviven en el hogar de una persona y, en atención a esta circunstancia, tienen un fácil acceso al conocimiento tanto de los espacios, enseres y ajuar de la vivienda como de las personas que en ella conviven y de los hechos y conductas que allí se producen.

*La observancia del deber de secreto es una garantía de que no serán divulgados datos pertenecientes a la esfera personal y familiar del titular del hogar, con vulneración de la relación de confianza que permitió el acceso a los mismos.*

### RESUMEN

#### INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

*El vínculo laboral genera una indudable relación de confianza. A las personas vinculadas por una relación laboral les es exigible el secreto profesional. Son intromisiones ilegítimas las*

### ABSTRACT

#### PERSONAL AND FAMILY PRIVACY

*The employer/employee relationship undeniably generates a relationship of trust. Persons bound by an employer/employee relationship may be required to keep professional secrecy. The reve-*

*consistentes en la revelación de datos privados de la persona o familia conocidos a través de su actividad profesional.*

*lation of private personal or family information that one learns through one's work is an illegitimate intrusion into another's privacy.*

## 1.2. Familia

### *TRANSEXUALIDAD Y RESTRICCIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS (1)*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora contratada doctora*

*Derecho Civil UCM*

#### I. TRANSEXUALIDAD: CONCEPTO Y REQUISITOS

En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico reconoce la condición de transexual de una persona sin exigir la superación de todas las fases necesarias para el cambio de sexo y, en concreto, el haberse sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual.

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, posibilita a la persona transexual corregir la inicial asignación registral de un sexo que no se corresponde con su identidad de género, así como el cambio de nombre en consonancia con este último, bastando para ello con que acredite, mediante informe de médico o psicólogo clínico, que le ha sido diagnosticada disforia de género, y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado (art. 4.1), lo que dará

---

(1) Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, recurso 4595/2005. Número de sentencia: 176/2008. Número de recurso: 4595/2005. Diario *La Ley*, núm. 7115, Sección Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de 16 de febrero de 2009, Año XXX, Editorial LA LEY. LA LEY 198334/2008.

Hechos: el recurrente en amparo venía disfrutando desde el 2 de abril de 2002, fecha en que se dictó la sentencia de separación de la pareja, de un régimen de visitas a su hijo, según el convenio regulador aprobado judicialmente. Este régimen de visitas y custodia vino a sustituirse a partir de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Lugo, de 18 de octubre de 2004, confirmada íntegramente en apelación por la dictada el 19 de mayo de 2005 por la Audiencia Provincial de Lugo, por una comunicación del padre y el hijo (entonces de seis años de edad) de tres horas de duración —de 17:00 a 20:00 horas— cada quince días (sábados alternos), en la sede del punto de encuentro de Lugo y con la presencia constante de un profesional del centro y de la madre del menor, quedando abierta la posibilidad de ampliarse este régimen en el futuro, a expensas de los informes bimensuales que fuesen rindiendo al Juzgado los psicólogos del punto de encuentro. No prevé ninguna de las sentencias impugnadas el retorno al sistema original de custodia del menor, al menos mientras el recurrente no complete su proceso de reasignación de sexo mediante la correspondiente intervención quirúrgica, algo de lo que, hasta la fecha, no existe constancia en autos.

derecho a poder solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, que tendrá efectos constitutivos (art. 5), incluso con carácter retroactivo, según ha señalado la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007 (2).

El recurrente estima que la pretensión de la madre enmascara una discriminación por razón de la orientación sexual, proscrita por el artículo 14 CE, al haberse resuelto la restricción del régimen de visitas a su hijo por las reservas que suscita a los órganos judiciales su condición de transexual, perjuicio sin el cual dicha restricción no habría sido acordada.

El recurrente se define a sí mismo como transexual, constando por otra parte en las actuaciones del procedimiento que desde el año 2004 viene sometiéndose a un tratamiento hormonal para la reasignación de sexo (de varón a mujer) y que se maquilla y se viste habitualmente como una mujer. No consta, sin embargo, que el recurrente haya finalizado ese tratamiento, ni que se haya sometido a una intervención quirúrgica entendida como última fase del procedimiento médico de transformación. Tampoco consta que haya formalizado ante el Registro Civil el cambio de sexo (sí que inscribió, con fecha 8 de septiembre de 2004, un cambio de nombre, dejando de llamarse Francisco para en lo sucesivo llamarse José).

## II. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y TRANSEXUALIDAD

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene distinguiendo entre la *cláusula general de igualdad* del primer inciso del artículo 14 CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental, que es de la que aquí hemos de ocuparnos, contenida en el inciso segundo del mismo artículo 14 CE y que *prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado* (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6) (3).

Desde esa perspectiva, no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo

---

(2) Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel: «Situación actual y efectos registrales del matrimonio civil de transexuales (evolución de la doctrina de la DGRN)», en *Libro Homenaje a Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios. Madrid, 2006, págs. 1627 a 1651. Y «Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* / coord. por Francisco Javier GÓMEZ GÁLIGO, vol. 1, 2008, ISBN 978-84-470-3064-4, págs. 471-489, editorial Thomsom Aranzadi.

(3) Con ese listado, la Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5, por todas).

del artículo 14 CE a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos —en este caso familiares— a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incomprensión que produce en terceros su disforia de género.

La condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula *cualquier otra condición o circunstancia personal o social* a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación.

Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE, y, por otro, del examen de la normativa que, *ex* artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (4), insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (5).

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en que se establece también la *cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (6).

También el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (futuro art. 19 del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, conforme al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cuya ratificación por España se autoriza por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio), se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación, cuando

---

(4) STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal.

(5) Vid., entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, y S. L. contra Austria, o 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, a las que se han remitido numerosas sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B. B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; 2 de junio de 2005, caso H. G. y G. B. contra Austria; o 22 de enero de 2008, caso E. B. contra Francia.

(6) Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación número 488-1992, caso Toonen contra Australia, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación número 941-2000, caso Young contra Australia.

señala que: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Por último, el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y modificada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

### III. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN DEL PROGENITOR CON EL HIJO: DERECHO BÁSICO DEL NIÑO

Del régimen inicial de visitas acordado en el convenio se pasa a un régimen de comunicación controlada del recurrente con su hijo limitado a los sábados alternos en horas predeterminadas, bajo la supervisión directa de los profesionales del punto de encuentro y de la propia madre, impidiendo al recurrente permanecer a solas con el menor y *quedando intervenido y fiscalizado todo el proceso de relación personal entre padre e hijo*.

El artículo 94 del Código Civil regula la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero *sin que pueda sufrir limitación o suspensión, salvo graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial*.

Estamos ante un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos.

Los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento *ex* artículo 10.2 CE y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (art. 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa (7).

---

(7) Así el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, declara que: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».

El artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992, señala que: «En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño».

#### IV. PREVALENCIA DEL INTERÉS DEL MENOR FRENTE AL DE SUS PROGENITORES

El interés superior del niño opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor (8).

Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, *el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste*. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

Por otra parte, *cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor, no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor*, sino que basta con la existencia de un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse (9). Riesgo consistente en la alteración efectiva de la personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique.

Además, no resulta constitucionalmente admisible *presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores*.

Debe adoptarse una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con *fundamento*, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, para que deba calificarse como una medida discriminatoria prosrita por el artículo 14 CE.

Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el alcance del artículo 14 CEDH, que sanciona el principio de no discriminación, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una

---

Igualmente cabe citar el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que impone que: «Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

(8) Vid. SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E. P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso X contra Portugal).

(9) Vid. STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido, STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 8.

minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación, cláusula abierta que incluye la orientación sexual, así como el artículo 8 CEDH, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (garantizado por el art. 18.1 CE) (10).

En ningún caso el mero dato de la orientación sexual o la disforia de género es razón objetiva y razonable para dispensar un trato discriminatorio en perjuicio de ese progenitor en el marco de sus relaciones paternofiliales. Es exigible que la resolución judicial (o, en su caso, administrativa) que acuerde una supresión o limitación de derechos del progenitor transexual en relación con sus hijos menores, extreme, al formular su juicio de ponderación, y teniendo siempre presente el interés prevalente del menor, *la justificación de la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas acordadas*, de suerte que el escrutinio de la resolución permita descartar que la orientación sexual o la disforia de género del progenitor haya sido el verdadero motivo de la decisión adoptada.

## V. LA INESTABILIDAD EMOCIONAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL MENOR: CLAVE DE LA DECISIÓN DEL JUZGADOR

En el caso de autos, el órgano judicial justifica la necesidad de adoptar su decisión en «la inestabilidad emocional al recurrente que recoge la psicóloga en su informe pericial», con ocasión de la evaluación psicológica realizada a petición del Juzgado, que es determinante de que por el momento no se considere idóneo que disfrute de un régimen de visitas amplio con el menor, «y no por la transexualidad en sí misma».

La sentencia de instancia resuelve que es la *inestabilidad emocional* apreciada en el padre el motivo por el que resulta aconsejable un régimen restrictivo de visitas, ya que su inestabilidad no debe de transmitirse al menor, que se siente confundido ante la nueva apariencia de su padre.

La sentencia de apelación, por su parte, confirma íntegramente la de instancia, concluyendo, en la misma línea de razonamiento: el interés prevalente del menor aconseja restringir el régimen de visitas del padre.

*No es la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas acordada en las sentencias impugnadas, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad y la etapa evolutiva en la que se encuentra.*

---

(10) En tal sentido, valga recordar que en la STEDH de 25 de marzo de 1992, caso B. contra Francia, el Tribunal Europeo ya afirmó, en relación con el transexualismo que: «considera innegable que las mentalidades han evolucionado, que la ciencia ha progresado y que se concede una importancia creciente al mismo», destacando además la complejidad de las relaciones jurídicas que se vinculan a aquél: «cuestiones de naturaleza anatómica, biológica, psicológica y moral», así como los ámbitos sobre los que se proyecta, incluyendo entre ellos el de la filiación. En el caso concreto, el Tribunal estimó infringido el artículo 8 CEDH, al entender que la negativa de las autoridades a conceder a la demandante el cambio de nombre tras el tratamiento al que se sometió —incluyendo cirugía de reasignación de sexo— no estaba justificado y originó a la demandante diversos perjuicios graves de índole personal.

No basta con afirmar la existencia de una situación de trastorno emocional del progenitor para adoptar una medida tan restrictiva de los derechos paternofiliales de éste como la aquí considerada. Lo determinante será la *efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor*. Pues bien, en el presente supuesto tal repercusión negativa se ha justificado en las sentencias impugnadas en amparo como «riesgo relevante», lo que permite descartar que la disforia de género del recurrente haya sido el verdadero motivo de la decisión de restringir el régimen de visitas de aquél.

#### RESUMEN

##### DERECHO DE VISITA. TRANSEXUALIDAD

No vulneración del derecho de un padre transexual a no ser discriminado por razón de la orientación sexual por la restricción del régimen de visitas a su hijo. La disforia de género del progenitor no constituye el verdadero motivo de la decisión judicial de restringir el régimen de visitas adoptada en procedimiento de modificación de medidas definitivas. Ésta se justifica, atendiendo al interés prevalente del menor, y con base en la prueba pericial psicológica, en el riesgo relevante de repercusión negativa para el desarrollo personal del niño que supone la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre.

#### ABSTRACT

##### VISITING RIGHTS. TRANSSEXUALITY

A transsexual father's right to freedom from discrimination by reason of sexual orientation was not violated by a restriction of the father's right to visit his/her child, established in the course of a procedure to amend definitive measures. The parent's gender dysphoria was not the true reason for the court's decision to restrict visiting rights. In view of the prevailing interest of the child and on the basis of the psychologist's evidence, the decision was justified by the considerable risk that the situation of emotional instability the father was going through might well have a negative repercussion on the child's personal development.

### 1.3. Derechos reales

#### EL ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL A LOS PODERES DE REPRESENTACIÓN: UN RESUMEN DE LAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Doctora en Derecho*

*Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija*

La interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y su coordinación con el artículo 18 LH, ha generado una discusión en torno al ámbito de la califi-

cación registral, en cuanto a los poderes de representación. En estas líneas se hace un breve repaso a la jurisprudencia existente sobre el tema, recogiendo las sentencias más actuales de las Audiencias Provinciales resolviendo en recursos contra las Resoluciones de la DGRN, para tratar de exponer y resumir las posturas de sobra conocidas en torno a este asunto, y cuál es nuestro criterio sobre el mismo.

## I. PLANTEAMIENTO

La calificación registral, como establece el artículo 18 LH, se extiende a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas que se presentan en el Registro.

De este modo, el Registrador, tradicionalmente, ha «revisado» que se cumplan dichos requisitos, pues es condición para que el derecho que se inscribe y publica sea válido; como cumplimiento del principio de legalidad en aras de facilitar la presunción de exactitud registral derivada del principio de legitimación (art. 38 LH), y conseguir, de este modo la fe pública registral (art. 34 LH).

Cuando el otorgante de una escritura pública actúa a través de representante, el Registrador debe comprobar que el poder extendido a su favor es válido y está todavía en vigor, pues si no dicha representación no será correcta.

Todo esto que tradicionalmente no ha admitido discusión, sufre un enorme revuelo, como de todos es conocido, por la publicación, primero, y posterior modificación del párrafo segundo del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad.

El artículo, analizado ha quedado con la siguiente redacción:

«Artículo 98. Juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario.

1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.

3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la ley y podrán serlo aquéllos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita».

A partir de este momento se inició, permítanme que así lo denomine, una «guerra» entre los Registradores y la DRGN por la interpretación de este segun-

do párrafo del artículo 98 y su coordinación con el artículo 18 LH, pues el mismo puede suponer recortar o mermar, en algunos aspectos, la función calificadora del Registrador. En definitiva, se discute sobre el ámbito de la calificación registral.

Desde aquí sólo se pretende hacer un breve repaso a la jurisprudencia existente sobre el tema, recogiendo las sentencias más actuales de las Audiencias Provinciales resolviendo en recursos contra las Resoluciones de la DGRN, para tratar de exponer y resumir las posturas de sobra conocidas en torno a este asunto, y cuál es nuestro criterio sobre el mismo.

Si la discusión se centra en cuál es el ámbito de la calificación del Registrador, empezaremos por ahí.

El artículo 18 LH señala el ámbito de calificación del registrador que se extiende: a la formalidad de las legalidades extrínsecas de los documentos de toda clase, así como a la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras que se presentan a inscripción. Queda claro, por tanto, que el Registrador debe examinar si los otorgantes de una escritura pública tienen capacidad suficiente. Si el otorgante actúa a través de representante, el registrador, en principio, conforme al artículo 18 LH debería examinar el poder que le faculta para ello. En la calificación de los poderes encontramos, precisamente, el centro de la discusión.

## II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

### 1. ANTES DE LA LEY 24/2001

Antes de la entrada en vigor del polémico artículo 98, y como bien recoge ÁVILA NAVARRO, en la calificación registral de los poderes tanto los generales como los inscritos en el Registro Mercantil, se entendía que el Registrador debía examinar respecto de los mismos tanto la capacidad, como la forma, suficiencia y subsistencia de aquellos. E incluso, como recogía la RDGRN de 29 de septiembre de 1978 nada obstaba a que el Registrador pudiera solicitar «aquellos documentos complementarios —máxime si aparecen relacionados en el título principal que puedan serle necesarios para un mayor acierto—», y si estaban meramente reseñados, la copia autorizada debía acompañarse siempre. Si los poderes estaban inscritos en el Registro Mercantil, se aplicaba la reiterada doctrina de la DGRN, en virtud de la cual el Registrador de la Propiedad no puede volver a realizar una nueva calificación sobre los documentos inscritos en el Registro Mercantil, pero, siguiendo a ÁVILA NAVARRO (1), el Registrador sí podría calificar sobre cuestiones de capacidad del apoderado, suficiencia del poder y subsistencia del mismo, pues estas cuestiones no han sido calificadas en el Registro Mercantil. La RDGRN de 21 de enero de 1951 afirmó que «los Registradores de la Propiedad están facultados para apreciar la existencia de las sociedades, la capacidad de las personas que las representan y la extensión de sus atribuciones al decidir sobre la válida realización de actos dispositivos sobre bienes inmuebles o derechos reales, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 18 y 20 LH».

---

(1) ÁVILA NAVARRO, P., *La representación con poder (Estudio de Derecho Notarial y Registral)*, CER, Madrid, 1993, págs. 162-166, recogido en *La calificación registral*, Ed. Thomson-Civitas, tomo II, segunda edición, Madrid, 2008, págs. 1003-1005.

En el mismo sentido, el trabajo de MARTÍNEZ ROJO (2), en el que hace un recorrido histórico sobre la calificación de las escrituras públicas, concluye, que, antes de la Ley 24/2001, nunca se cuestionó que el Notario, en las escrituras públicas en las que intervenía un poder de representación, debiera expresar en el documento no sólo el título de legitimación, sino también las facultades concretas referidas, y si éstas faltaban se calificaban como incompletas, deficientes o defectuosas.

La polémica sobre la calificación de los poderes de representación, como afirma este autor, sólo alcanzaba a la extensión que debía darse a la relación de facultades, bien la inserción literal o la incorporación del poder, o testimonio literal parcial con fórmula añadida de que en lo omitido no existía nada que alterase la parte transcrita. Pero quedaba claro que el Registrador podía entrar a examinar la suficiencia y subsistencia de esos poderes (de las facultades), y si consideraba que eran deficientes rechazar la inscripción de la escritura.

En 1997 se produce un cambio en esta línea, y la RDGRN de 1997 afirma que aunque es obligatoria la inscripción del cargo de administrador único de una SA en el Registro Mercantil, el hecho de que no conste inscrito tal cargo, no debe impedir la inscripción en el Registro de la Propiedad del acto transmisivo otorgado por aquél, y el Registrador de la Propiedad no tiene por qué acudir y confiar únicamente en el Registro Mercantil para comprobar la vigencia del poder del representante que otorgaba la escritura, aunque, eso sí, tendrá que acreditarse la vigencia y validez del nombramiento de Administrador por otros medios. En concreto, la dicción literal de esta resolución es la siguiente:

«En el nuevo Reglamento del Registro Mercantil ha quedado suprimida la norma contenida en el artículo 95 del Reglamento de 14 de diciembre de 1956, por la cual se ordenaba la inadmisión en oficina pública de documentos comprensivos de actos sujetos a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, sin que se acreditara tal inscripción. Por otra parte, es incuestionable la validez de las actuaciones jurídicas que en nombre de la sociedad anónima realice el administrador desde el mismo momento de la aceptación del cargo válidamente conferido (art. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Ciertamente la inscripción de tal cargo es obligatoria (arts. 22 del Código de Comercio, 125 de la Ley de Sociedades Anónimas y 4 y 94.4.º del Reglamento del Registro Mercantil), pero como el incumplimiento de la obligación de inscribir no afecta a la validez y eficacia del acto realizado en representación de la sociedad, tal incumplimiento cae fuera del ámbito de calificación que corresponde al Registrador de la Propiedad respecto del acto jurídico otorgado por aquel Administrador.

Ahora bien, si la interpretación conjunta de los preceptos legales citados no permite mantener el defecto impugnado, ello no debe llevar a desconocer las enormes dificultades prácticas que surgirán para inscribir en el Registro de la Propiedad el acto otorgado por el Administrador de una sociedad con cargo no inscrito en el Registro Mercantil, por cuanto en tal hipótesis habrá de acreditarse al Registrador de la Propiedad la realidad, validez y vigencia del nombramiento de Administrador en términos que destruyan la presencia de

---

(2) MARTÍNEZ ROJO, J. M., «Apuntes para una historia del modo de expresar la representación en las escrituras públicas», en *La calificación registral*, Ed. Thomson-Civitas, tomo II, segunda edición, Madrid, 2008, págs. 1006-1049.

exactitud registral establecido en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil, siendo así que tales extremos dependen de múltiples elementos y circunstancias».

Con esta Resolución, la DGRN da un paso más allá hacia la nueva interpretación del Centro Directivo, pues la falta de inscripción de los nombramientos de cargos de representación en un Registro con fe pública registral —como es el Mercantil— es irrelevante para que el Registrador de la Propiedad pueda rechazar la inscripción de un acto transmisivo hecho por dicho representante; es decir, no debe entrar a calificar esa falta de inscripción del cargo de administrador, pues el incumplimiento de la obligación de inscribir tal nombramiento no afecta a la validez de dicho acto, y queda fuera de la calificación del Registrador. Aunque, sí que es cierto que en esta resolución, parece que —aunque sólo sea por dificultades prácticas— aconseja al Registrador que acredite —todavía— la vigencia y validez de dicho nombramiento.

## 2. TRAS LA PUBLICACIÓN DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001

La publicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, con su artículo 98, continúa en esta línea, restringiendo el ámbito de la calificación del Registrador, ya que a partir de entonces, el Registrador deberá limitarse, para apreciar la suficiencia y subsistencia de las facultades de representación, a comprobar que existe reseña que se incorpora en la escritura pública, en la que a juicio del Notario se asevera que tales facultades son suficientes y la congruencia de este juicio con el título presentado. No podrá pedir ningún documento complementario para calificar dichos extremos, basta la reseña notarial, pues es el Notario el encargado de apreciar la suficiencia de poderes. Es de señalar que el propio artículo 98 utiliza la expresión «se limitará», luego, a mi juicio, da a entender que el ámbito de la calificación registral de los poderes de representación se ha visto efectivamente disminuido, que ese no era el ámbito normal, sino que se producía una reducción del mismo.

A raíz de esta modificación legal, la DGRN establece una reiteradísima doctrina —como a ella misma le gusta señalar—, en una pluralidad de resoluciones, que pasamos a analizar a continuación.

La RDGRN, de 1 de agosto de 2005, recoge la doctrina de la RDGRN de 1997, que es asimismo repetida en otras anteriores, como pueden ser las de 3 y 23 de febrero de 2003, y la expresa del siguiente modo, concretando los medios y ámbito de la calificación registral: «Como ya ha señalado este Centro Directivo en numerosas ocasiones, es obligación del Registrador “calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación” (que deberá comprender, al menos, el nombre o denominación social de la sociedad representada, el nombre o denominación social del representante, el nombre del Notario autorizante, la fecha del documento, el número de protocolo) y, de otro, “la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado o las facultades ejercitadas y la congruencia de la calificación que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título”.

“El Registrador no podrá, en ningún caso, solicitar que se le acompañe el documento auténtico del que nacen las facultades representativas; o que se le

transcriban facultades o que se le testimonie total o parcialmente contenido alguno de dicho documento auténtico del que nacen las facultades representativas; igualmente, no podrá acudir a ningún medio extrínseco de calificación”. El Registrador “tiene tasados los medios de calificación siendo los mismos dos: el título presentado a inscripción y los asientos del Registro del que es titular”. La prohibición de acudir a otros medios de calificación que se establece al Registrador, entre ellos la de acudir a otro instrumento de publicidad como es el Registro Mercantil, nos parece excesiva, pues el Registrador también queda “afectado” por el contenido de los libros mercantiles”.

En la RDGRN, de 30 noviembre de 2005, se abordó el caso en el que una sociedad había dado poderes para la transmisión de unos terrenos a su apoderado, a través de una comisión nombrada judicialmente en el marco de aprobación de un convenio de suspensión de pagos. El apoderado así lo afirma ante el Notario autorizante de la escritura de venta, y exhibe sus poderes. El Notario los juzga suficientes, y así lo refleja en la escritura. El Registrador rechaza la escritura de venta porque, según consta en otros asientos registrales, dicha comisión había quedado disuelta tras haber modificado el apoderamiento en cuestión, y constaba la renuncia del apoderado a su cargo; luego no era admisible el juicio notarial de la suficiencia de poderes. La DGRN estima el recurso presentado y revoca la calificación del Registrador, señalando que «por una razón elemental de seguridad jurídica, el Registrador, en orden a la inscripción, debe limitarse a calificar la escritura “por lo que resulte de ella y de los asientos del Registro” (como ordena el art. 18 de la Ley Hipotecaria), sin que entre los medios de calificación tenga nunca cabida, por tanto, el conocimiento personal o directo ni por notoriedad del Registrador». Y continúa señalando que el objeto de calificación del Notario y del Registrador no son coincidentes, pues al Registrador no le compete calificar «el hecho objeto de la escritura, sino la escritura objeto de la inscripción», y por eso el artículo 18 LH limita el objeto de la calificación registral a los actos «contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos de los registros». Aunque, continúa diciendo, que los asientos que debe tener en cuenta el Registrador a la hora de calificar está claro «que se refiere exclusivamente al Registro que está a cargo del propio funcionario calificador, no a otros Registros ajenos a su competencia y a su responsabilidad, a los que no se extiende, por consiguiente, tampoco su calificación. La publicidad del Registro Mercantil no condiciona la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad, como ha declarado en reiteradas ocasiones esta Dirección General (cfr., por todas, las Resoluciones de 17 de diciembre de 1997 y 3 de febrero de 2001»; pero, además el Centro Directivo añade que dentro del Registro de la Propiedad sólo debe tener en cuenta los asientos del mismo folio de la finca objeto del derecho que se pretende inscribir, y que estén vigentes. Concluye la DGRN diciendo que: «No existiendo, por tanto, en el folio abierto a la finca objeto de la escritura calificada, en el momento de su presentación en el Registro, ningún otro asiento anterior que impida su inscripción, la calificación de la escritura presentada habrá de atenerse, pues, a lo que resulte de ella, a la hora de enjuiciar si la representación de la parte vendedora ha quedado o no debidamente acreditada. Esa representación se acredita, en el caso de la escritura calificada, de modo suficiente, a juicio del notario autorizante, mediante la exhibición por el representante de varios documentos auténticos, quedando constancia de todo ello en la propia escritura» y que «si hubo, no obstante, una previa pérdida de eficacia de la representación, ello

no necesariamente debe trascender en perjuicio de los terceros que con ese representante, aunque sólo fuera aparente, hubiesen contratado de buena fe» (art. 1.738 del Código Civil).

Está claro que en esta resolución se están limitando los medios de calificación registral, limitándolos a los asientos del folio de la finca, y por supuesto el ámbito, pues el Registrador debe constatar sólo la existencia y congruencia de la reseña notarial, sin que pueda rechazar la inscripción solicitada a pesar de conocer a través de la publicidad registral que otorgan otros asientos registrales, y por tanto vehículos de fe pública, que no se acredita la suficiencia o vigencia de dichos poderes alegados. No deja de ser paradójico que el Registrador deba «desconocer» los otros asientos registrales, que no le afecte —ni a él ni al Notario, claro está— la publicidad —oponibilidad— del propio Registro, ni tampoco al tercer adquirente de «buena fe», pues la oponibilidad derivada de la publicidad registral, nada tiene que ver con la buena o mala fe del adquirente.

En otras Resoluciones posteriores —y también anteriores— (3) la DGRN mantiene esta misma línea que va repitiendo y reforzando con el siguiente tenor literal, tal y como recoge, la RDGRN de 13 de noviembre de 2007:

«La cuestión debatida debe resolverse según la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo que sobre la aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (RCL 2001, 3248 y RCL 2002, 1348, 1680), resulta de las Resoluciones citadas en los “Vistos” de la presente.

Para que en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados pueda entenderse válidamente cumplido el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio, una calificación si se prefiere, acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

Según la misma doctrina citada, las obligaciones para el Registrador son también palmarias, puesto que deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado o las facultades ejercitadas y la congruencia de la calificación que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

---

(3) Véase, entre otras muchas, 10 de enero, 21, 22, 23 de febrero, 12, 14, 15, 16, y 28 de marzo, 1 y 28 de abril, 4 (1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>), 5 (1.<sup>a</sup>), 18 (2.<sup>a</sup>), 20 (3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>) 21 (1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>), 23 de mayo, 17 de junio, 1 de agosto, 12, 13, 22, 23, 24, 26, 27, 28, y 29 de septiembre, 4 y 15 de octubre de 2005; 20 de enero, 19 de abril, 30 y 31 de mayo y 9 de junio, 12, 13, 19, 20, y 27 de septiembre, 3, 4 y 25 de octubre, 17 de noviembre, 13, 16, 20 y 21 de diciembre de 2006, 14, 20 y 28 de febrero, 3, 19 y 30 de marzo, 2 de abril, 12, 30 y 31 de mayo, 1, 2 y 5 de junio, 19 de julio, 29, 30 y 31 de octubre, 2, 3, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15 y 16 de noviembre y 27 diciembre de 2007, 25 de enero de 2008, 13 de febrero y 12 de marzo de 2009.

Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste y de la calificación que hace el Notario congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Esta Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones que, así como el Registrador no puede revisar el juicio del Notario sobre la capacidad natural del otorgante, tampoco podrá revisar la valoración que, en la forma prevenida en el artículo 98.1 de la Ley 24/2001 (RCL 2001, 3248 y RCL 2002, 1348, 1680), el Notario autorizante haya realizado de la suficiencia de las facultades representativas de quien comparece en nombre ajeno que hayan sido acreditadas. Y es que el apartado 2 de dicho artículo, al referirse en el mismo plano a la narración de un hecho, cual es la constatación —“reseña”— de los datos de identificación del documento auténtico aportado, y a un juicio —“valoración”— sobre la suficiencia de la representación, revela la especial eficacia que se atribuye a esa aseveración notarial sobre la representación —“harán fe suficiente, por sí solas de la representación acreditada”—, de modo que además de quedar dicha reseña bajo la fe pública notarial, se deriva de ese juicio de valor sobre la suficiencia de las facultades representativas una fuerte presunción *iuris tantum* de validez que será plenamente eficaz mientras no sea revisada judicialmente.

Este criterio quedó confirmado y reforzado mediante la modificación de dicho precepto legal por el artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre (RCL 2005, 2255), de reformas para el impulso a la productividad, al detallarse que: “El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación”.

De este modo se equiparan el valor del juicio sobre la capacidad natural del otorgante con el del juicio de capacidad jurídica para intervenir en nombre ajeno, expresado en la forma prevenida en dicha norma legal, juicio este último que comprende la existencia y suficiencia del poder, así como el ámbito de la representación legal u orgánica y, en su caso, la personalidad jurídica de la entidad representada.

Estos efectos del juicio notarial de suficiencia de la representación, expresado en la forma establecida en el mencionado artículo 98.1, tienen su fundamento en las presunciones de veracidad, integridad y de legalidad de que goza el documento público notarial. Así resulta no sólo del artículo 1.218 del Código Civil (LEG 1889, 27), sino de la Ley del Notariado en sus artículos 1, 17 bis y 24, este último recientemente reformado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre (RCL 2006, 2130 y RCL 2007, 467), de medidas de prevención de fraude fiscal (cfr. las Resoluciones de este Centro Directivo citadas en los “Vistos” de la presente; y especialmente las de 14 [RJ 2007, 3399], 20 [RJ 2007, 3400] y 28 de febrero de 2007 [RJ 2007, 5273]).

La RDGRN, de 13 de febrero de 2008, da un paso más allá considerando que si el Registrador califica la suficiencia de los poderes de representación (en este caso a través de una consulta telemática al Registro Mercantil), «está arrogándose una competencia que sólo al Notario corresponde y desvirtuando o negando, sin apoyo legal alguno, los efectos que el ordenamiento atribuye a la fe pública notarial». Es decir, el Registrador no puede, en caso alguno, tratar de acreditar la suficiencia o subsistencia de las facultades de representación, pues es una competencia exclusivamente notarial.

Sin poner en duda que efectivamente sea competencia notarial, nos planteamos, a la vista de esta reiterada doctrina, cómo casa esto con la exigencia del artículo 18 LH, en la que se determina como ámbito de la calificación de las escrituras, no sólo la capacidad de los otorgantes —que parece que es competencia sólo notarial—, sino también con la validez de los actos dispositivos, pues una falta de capacidad de los otorgantes puede implicar la invalidez de dichos actos, ¿debe también el Registrador obviar dichos defectos de validez?

Sin embargo, el recurso judicial contra estas resoluciones, planteado por algunos registradores, está empezando a dar lugar a sentencias contrarias a la doctrina de la DGRN, apreciando los recursos planteados, y justificando que los registradores sí pueden entrar a valorar la suficiencia y subsistencia de dichos poderes, reclamando, cuando así fuera necesario, documentos complementarios, o información al propio Registro Mercantil, o a otras fuentes, pues sólo así podrán ejercer verdaderamente su función calificadora, que, de otro modo, se ve mermada.

### 3. RECURSOS JUDICIALES CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN

La primera de estas sentencias es la SAP de Valencia, de 25 de octubre de 2006, revocando la RDGRN de 1 de agosto de 2005. En esta sentencia, el Tribunal considera que, con base en el artículo 98 de la Ley 24 /2001, queda claro que corresponde al Notario juzgar y evaluar las capacidades de representación, pero que, asimismo, «se permite al Registrador, posteriormente, calificar el juicio notarial de suficiencia, y por lo tanto disenter de la previa opinión del Notario, y hacerla valer con sus funciones calificadoras». Continúa afirmando que no puede considerarse en ningún caso que se atribuya al Notario con exclusividad la facultad de valoración de la capacidad de los otorgantes, pues esto obviaría las competencias de los registradores y dejaría sin eficacia la función calificadora, necesaria para mantener el principio de legalidad y seguridad jurídica. Por eso, los registradores no sólo pueden sino que deben apreciar la capacidad de los otorgantes de la escritura, y si estos son personas jurídicas, debe constarse la validez de las facultades de sus representantes. Terminan diciendo que si, como era el caso, el cargo de administrador no está inscrito en el Registro Mercantil, «no podía ampararse la calificación en la exactitud registral, siendo necesaria entonces la comprobación de la realidad, vigencia, y validez del nombramiento por otros medios»; y que «la decisión del Registrador de la Propiedad de exigir la inscripción registral del cargo de administrador es importante y decisiva, pues se está amparando en las propias facultades de los registradores mercantiles, en orden a la vigilancia de la legalidad mercantil en este punto. Lo contrario sería atribuir al Notario unas facultades, saltándose las previamente atribuidas al registrador mercantil». Concluye afirmando que los Notarios pueden valorar si los otorgantes tienen o no la capacidad necesaria, pero no pueden obviar las facultades de los Registradores Mercantiles, previas a su actuación, ni predeterminar las posteriores, de los Registradores de la Propiedad.

Con posterioridad merece la pena destacar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Segovia, de 25 de julio de 2007, que, en la misma línea que la anterior, revoca la RDGRN de 13 de noviembre de 2007, y considera oportuno y totalmente correcto que la Registradora consulte en el Registro Mercantil, y suspenda la inscripción pretendida cuando constata que

en el Registro Mercantil existe inscrito un administrador único de la SL compradora, con cargo vigente, distinto del que se presenta como representante de dicha SL en la compraventa. Admite también esta sentencia que la Registradora puede consultar los medios electrónicos, en particular el FLEI para completar su calificación. Y sobre todo es importante, pues refuerza la calificación registral, entendiendo que este cotejo de las facultades de representación es parte, o ámbito de la función calificadora, pues debe alcanzar a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos, que quedará comprometida si no se comprueba y acredita la suficiencia y vigencia de las facultades de representación. El problema no debe centrarse tanto en el artículo 98, sino en la calificación de la validez de los actos dispositivos que debe realizar la Registradora. Igualmente ensalza la publicidad y legitimidad de lo que publica el Registro Mercantil y su oponibilidad a terceros.

Por último, la SAP de Murcia, de 3 de noviembre de 2008, que revoca la RDGRN de 21 de septiembre de 2005, confirma la misma tesis defendida en las dos sentencias anteriores, poniendo de nuevo el énfasis en que el ámbito de la calificación registral se extiende a la validez de los actos dispositivos de la escritura, y que «comprende todo lo que determine la validez del negocio a calificar», y que esto no entra en contradicción con el artículo 98 de la Ley 24/2001, pues cuando éste afirma que el notario valorará la suficiencia de las facultades, dicho juicio notarial de suficiencia, «útil para obviar la transcripción de facultades, no lo es para acreditar la validez del nombramiento ni para marginar o excluir la calificación de su legalidad», y continúa diciendo: «el ámbito de calificación registral se decide por la Ley (art. 18 LH) y comprende todo lo que determine la validez del negocio a calificar». En este sentido, no se calificará «lo que resulte del documento», sino «por lo que resulte del documento», y por eso atribuye al Registrador la facultad para indagar lo que sea necesario en aras a comprobar la validez de dichos actos, tal y como recoge cuando afirma que «al Registro de la Propiedad sólo pueden acceder actos válidos, completos y perfectos (art. 18 LH y concordantes), y los actos realizados en nombre del tercero sin poder para ello son nulos (art. 1.259 CC), por lo que el Registrador no puede abdicar de sus deberes y funciones de control en materia de vigencia de poderes, a lo que parece referirse el artículo 98 de la Ley 24/2001. La competencia de calificación plena que le atribuye el meritado artículo 18 LH no puede ser cercenada o desconocida sin violentar el sistema de fuentes y el principio de jerarquía normativa de alcurnia constitucional (art. 9.1 CE)»:

Estamos plenamente de acuerdo con el contenido de estas sentencias, sobre todo de esta última, que reconduce el problema al ámbito de la calificación, pues como hemos dicho al principio, se trata de un debate sobre ese ámbito de calificación, que afecta no sólo a la capacidad sino también a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras, pues si son otorgados por quien no tiene poder suficiente son susceptibles de anulación, y por tanto no son válidos y no deberían entrar al Registro (art. 33 LH). Sólo de este modo se favorece la fe pública registral, que necesita del principio de legalidad —como de otros muchos— para alcanzar su protección eficaz. Además, de impedirse, por ejemplo, al Registrador «hacer caso» de lo que otro Registro —el mercantil— publica con fe pública, se estaría cuando menos impidiendo la eficacia *erga omnes* de lo allí publicado, en definitiva, deteriorando la fe pública e impidiendo la seguridad jurídica.

Es una lástima que, a pesar de estas sentencias, la DGRN siga en «sus trece», y mantenga su tesis una y otra vez, como acaba de ocurrir en la reciente Resolución de 12 de marzo de 2009.

Es de esperar que nuevas sentencias sigan confirmando la tesis iniciada por los Tribunales, y aquí defendida, poniendo paz en esta peculiar guerra entablada entre los registradores y la DGRN; pues la calificación registral creo que tiene un ámbito claro e indubitado que en nada se opone a la dicción del artículo 98, en cuanto el Registrador puede seguir revisando la congruencia del juicio notarial. En ningún caso, el Registrador puede dejar de calificar la validez de los actos dispositivos, determinada muchas veces, como ya hemos dicho, por la capacidad de los otorgantes. Y esto tampoco supone conflicto de competencias con los Notarios, pues como bien explican estas sentencias, nada obsta o impide que los Notarios sigan desempeñando su eficaz e importante función.

#### RESUMEN

##### **CALIFICACIÓN REGISTRAL. PODERES REPRESENTACIÓN**

*La interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y su coordinación con el artículo 18 LH, ha generado una discusión en torno al ámbito de la calificación registral, en cuanto a los poderes de representación. En estas líneas se hace un breve repaso a la jurisprudencia existente sobre el tema, recogiendo las sentencias más actuales de las Audiencias Provinciales resolviendo en recursos contra las Resoluciones de la DGRN, para tratar de exponer y resumir las posturas de sobra conocidas en torno a este asunto, y cuál es nuestro criterio sobre el mismo.*

#### ABSTRACT

##### **REGISTRAR'S SCRUTINY FOR DUE FORM. REPRESENTATIVE'S POWERS**

*Interpretation of section 98 of Act 24/2001 of 27 December on fiscal and administrative measures and measures of a social nature and its coordination with section 18 of the Mortgage Act has aroused discussion about the scope of a registrar's scrutiny of a representative's powers for due form. The existing case law on the subject is briefly reviewed, focusing on the most up-to-date rulings of provincial appellate courts on appeals against decisions by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, to try and explore and summarise the very well-known postures toward this affair and our own views on the matter.*

## 1.4. Sucesiones

### *SUCESIÓN HEREDITARIA: LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR: EFECTOS*

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL  
*Profesora Titular de Derecho Civil UNED*

#### 1. PLANTEAMIENTO

Tanto en el artículo 775 como el 776 se contempla el supuesto de que un ascendiente nombre sustituto al descendiente. Tres son los sujetos que entran en juego: el testador, el sustituido y el sustituyente. En estas sustituciones el testador es quien dispone el devenir de sus bienes, si bien el tercero a quien sucede es al sustituido.

#### 2. LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y EJEMPLAR

La particularidad de la sustitución pupilar y de la ejemplar radica en que el testador instituye heredero en una herencia que no es la suya, testando por otro, nombrando un heredero para éste y no para sí. Su objetivo es el mismo, ya se trate de menores de catorce años o de mayores de catorce declarados incapaces, por lo que perfectamente podrían refundirse ambos preceptos. En los dos casos el testador dispone de la herencia del sustituido evitando que los bienes y derechos de éste pasen a la sucesión intestada. Se reconoce esta posibilidad a los padres y ascendientes.

Se ha criticado la dicción utilizada por el Código Civil que puede inducir a error, tal vez resultara más claro decir que los padres o ascendientes «podrán nombrar heredero para el hijo o descendiente» (1) en lugar de decir que podrán nombrar sustitutos a sus «descendientes».

#### 3. INTERROGANTES QUE PLANTEAN LAS SUSTITUCIONES

Las sustituciones han generado siempre un gran número de interrogantes, es tradicional la discusión sobre a quién heredan los sustitutos, si hay dos herencias o una sola... cómo se articulan estas sustituciones con el artículo 667, según el cual el testamento es el acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos... y si el testamento es un acto personalísimo —art. 670—, está el testador disponiendo de los bienes de otra persona o está disponiendo de sus propios bienes...

Como se puede apreciar, son muchas las cuestiones que suscitan las sustituciones, lo que queda fuera de toda duda es que el Código permite en estos supuestos que los padres y ascendientes nombren sustituto al descendiente pues, como recogía la sentencia del Supremo, de 6 de febrero de 1907, «dada

---

(1) Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART en *Comentarios al Código Civil. Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Madrid, Edersa, 1984, pág. 50.

la facultad otorgada por la ley al ascendiente para testar por y en nombre del descendiente» y, líneas después dice que «tal testamento produce los mismos efectos que si hubiera sido otorgado por el causante de la herencia». Según palabras del Supremo, en esta y en otras sentencias posteriores, el testador testa por otras personas, asunto que no es pacífico a la vista del artículo 667 del Código Civil. Tal vez resulte más exacta la terminología empleada por el Supremo en la sentencia de 7 de noviembre de 2008, con ocasión de una sustitución ejemplar, al decir que: «dispuso por testamento en lugar del sustituido».

#### 4. ¿A QUIÉN SUCEDE EL SUSTITUTO AL SUSTITUIDO O AL SUSTITUYENTE?

En la sentencia de 7 de noviembre de 2008, el padre realiza una sustitución para el hermano incapacitado de la actora, y el alto Tribunal se plantea a quién sucede la sustituta, si al sustituido o al sustituyente, llegando a la conclusión de que ésta sucede al sustituido y no al sustituyente.

En el supuesto contemplado en esta sentencia el sustituido falleció con posterioridad a su padre, «lo que quiere decir que le heredó, no siendo obstáculo para ello su incapacidad, pues la misma no supone más que una restricción a su capacidad de obrar, no a su capacidad jurídica, que deriva de sus atributos como persona»... la sustitución ejemplar ordenada por C. A. significa, según el alto Tribunal, que los sustitutos heredaron del sustituido, es decir, de su hermano y no de su padre, con todos los efectos que conlleva. Por eso, precisamente, entiende el Supremo que la actora fue preterida intencionalmente, dado que la nombró heredera universal, pero no le atribuyó ningún bien mientras que al resto de los hermanos, además de nombrarlos herederos universales les atribuyó bienes.

Como dice el Tribunal Supremo en esta sentencia, el núcleo central del tema se encuentra en determinar «si en la sustitución ejemplar el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustituidos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz».

No admite el Supremo el criterio seguido por la Audiencia, al entender que hereda al ascendiente respecto de los bienes dejados al hijo incapaz y, en consecuencia, no la considera preterida y le dice que puede acudir a la acción de complemento de legítima del artículo 815 del Código Civil si considera que ha recibido menos de lo que le corresponde, por eso dice que «es evidente que la actora fue preterida por su padre», dado que la nombró heredera universal, al igual que al resto de los hermanos, pero sin dejarle nada en la partición que el propio testador hizo en aquel testamento ni decir tampoco en el mismo que la causa de la omisión fuera que ya le había dado en vida la parte correspondiente a su legítima. En cuanto a los hermanos demandados, como observa el Supremo, no han alegado que su padre «no hizo la partición de toda su herencia, en otras palabras, que quedaban otros bienes en indivisión sobre los cuales se hubiera proyectado el llamamiento hereditario de doña D., evitándose así la preterición».

El Supremo adopta una posición clara sobre este tema, así en la sentencia de 26 de mayo de 1997 dice: «que la sustitución ejemplar consiste en el nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la

evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente».

## 5. CONCLUSIÓN

Como se ha puesto de manifiesto, en las sustituciones pupilar y ejemplar el sustituto sucede al sustituido y no al sustituyente, aunque el testamento sea de este último. En consecuencia, el sustituyente ha de respetar y satisfacer la legítima que correspondiere en su herencia.

### RESUMEN

#### SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

*Análisis crítico de la sustitución ejemplar y sus efectos a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la sustitución el sustituto sucede al sustituido y no al sustituyente.*

### ABSTRACT

#### EXEMPLARY SUBSTITUTION

*Critical analysis of exemplary substitution and its effects through Supreme Court case law. In this substitution the substitute is successor to the substituted party, not the substituting party.*

## 1.5. Obligaciones y Contratos

### *SE DECLARA LA SOLIDARIDAD CUANDO SE APRECIA UNA IDENTIDAD DE FIN DE LAS PRESTACIONES COMO DESTINADAS, EN COMÚN, A LA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREEDOR*

por

ISABEL MORATILLA GALÁN  
*Licenciada en Derecho*

Según el sujeto, distinguimos las obligaciones unipersonales con un solo acreedor y un solo deudor, y las pluripersonales con varios acreedores o deudores. Y las pluripersonales se dividen en mancomunadas y solidarias. En las mancomunadas, la prestación se divide en tantas partes como sujetos, por lo que cada deudor cumplirá una parte, la que sea suya, de la misma, según se trate de mancomunidad pasiva, pluralidad de deudores, o activa, pluralidad de acreedores. También puede ser mixta, es decir, pluralidad de deudores y acreedores y, en las solidarias, cada deudor debe cumplir íntegramente la prestación o cada acreedor puede exigirla íntegramente, según la solidaridad sea pasiva o activa, también puede ser mixta, cuando la prestación se ha cumplido y queda extinguida la obligación, sin perjuicio de las relaciones internas entre codeudores, porque el que ha cumplido podrá exigir la parte que le corresponden a cada uno, y entre acreedores, porque el que ha recibido la prestación o ha extinguido la obligación, deberá satisfacer a cada coacreedor la parte que le corresponde.

Contemplado esto, vemos que la doctrina jurisprudencial admite la solidaridad tácita, solidaridad que es aplicable cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una conexión interna entre ellos, con lo que se trata de facilitar y estimular la garantía de los perjudicados, descartándose únicamente cuando hay una mera casual identidad de fines o prestaciones (1). Así y como indicábamos precedentemente, la concepción actual de la obligación solidaria requiere poner de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la identidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestarse una íntima conexión entre ellas, pudiendo ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico. Las SSTs de 21 de diciembre de 1999, 11 de abril y 15 de diciembre de 2000, 26 de diciembre de 2001, 2 de marzo, 11 y 17 de junio de 2002, 15 de abril, 29 de mayo y 24 de septiembre de 2003 declaran la solidaridad cuando se aprecie una identidad de fin de las prestaciones como destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, como sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores.

El artículo 1.137 del Código Civil entiende que la solidaridad también existe cuando las características del contrato permitan deducir la voluntad de los interesados de crear un vínculo de dicha clase, obligándose o resulte aquélla de la propia naturaleza de lo pactado, lo que de modo especial sucede cuando se trata de facilitar la garantía de los acreedores (2). Pero, el rigorismo del artículo 1.137 queda menos atenuado admitiéndose la doctrina de la solidaridad tácita, así lo disponen las SSTs de 17 de octubre de 1996, 29 de junio de 1998 y 26 de julio de 2000.

Admitida queda también la solidaridad cuando existe una comunidad jurídica de objetivos y en el caso de reconocimiento de deuda, puesto que la obligación dimanante de dicho reconocimiento de deuda tiene naturaleza solidaria (3).

Por su parte, el artículo 1.138 del Código Civil ratifica que en las obligaciones con pluralidad de sujetos rige la presunción de mancomunidad. Y, además, como segunda presunción, que las partes de los acreedores, es decir, sus derechos de crédito, o de los deudores, es decir, sus deudas, son iguales. Una y otra presunción son *iuris tantum* en el sentido de que se eliminan si consta que la voluntad de los sujetos de la obligación era contraria a esa mancomunidad o a esta igualdad.

Las obligaciones mancomunadas son obligaciones separadas e independientes, cuantos son los sujetos, pues cada cuota viene a constituir objeto autónomo de una singular obligación, pese a que se conserva de modo formal la unidad en la relación jurídica. Por lo tanto, este artículo 1.138 establece la presunción *iuris tantum* de estimar mancomunada toda obligación en la que

---

(1) Así lo manifiestan las SSTs de 2 de marzo de 1981, 15 de marzo de 1982, 19 de junio de 1984, 13 de diciembre de 1986, 13 de febrero, 19 de julio y 11 de octubre de 1989.

(2) Así lo declaran, entre otras, las SSTs de 11 de octubre y 26 de julio de 1989 y 28 de diciembre de 2000.

(3) A este respecto, las SSTs de 17 y 24 de mayo de 1993 y las de 3 de septiembre de 1997.

concurran varios acreedores o varios deudores, y de ello se deduce que el crédito o la deuda han de estimarse divididos en tantas partes como acreedores o deudores existan.

El artículo 1.139, del mismo cuerpo legal, contempla el supuesto de la obligación mancomunada cuya prestación es indivisible.

Si es mancomunada activa, pluralidad de acreedores, éstos actuarán en consenso, sin embargo, se admite la eficacia de la actuación de uno sólo, que sea beneficiosa para el derecho de crédito y no si le es perjudicial.

Si la mancomunidad es pasiva, la actuación de los deudores respecto al acreedor será conjunta y la reclamación de éste deberá dirigirse contra todos ellos; si tal reclamación es judicial, se dará un claro caso de litisconsorcio pasivo necesario.

Los efectos, por lo tanto, difieren según si la obligación mancomunada es divisible o indivisible, puesto que *si es divisible*, cada acreedor o cada deudor puede por sí y con independencia de los demás exigir la deuda o cumplir su obligación y *si es indivisible*, los varios acreedores o los varios deudores han de proceder conjuntamente en la reclamación o en el cumplimiento de la prestación, excepto que por incumplimiento de la prestación debida se sustituya ésta por una indemnización en metálico, pues entonces la prestación se hace divisible y esto sucede si todos o algunos de ellos incumplen la obligación, aunque la insolvencia de un codeudor no obliga a los demás a suplir su falta.

La naturaleza de la obligación solidaria es la de pluralidad de obligaciones con diversos sujetos cuyo nexo de unión es la identidad de la prestación y que están enlazadas entre sí por las relaciones internas entre los acreedores o los deudores. El artículo 1.140 del Código Civil manifiesta que «la solidaridad podrá existir aunque los acreedores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones». Por eso decimos que en la solidaridad encontramos tres notas características y necesarias y que a continuación citamos: pluralidad de acreedores (solidaridad activa) o pluralidad de deudores (solidaridad pasiva), unidad de objeto y que un mismo hecho haga nacer la obligación solidaria siendo fuente de la obligación.

El artículo 1.141, por su parte, permite al acreedor hacer lo que sea útil a los demás, prohibiendo hacer lo que sea perjudicial. El acreedor puede dirigirse contra todos o algunos de los deudores solidarios, judicial o extrajudicialmente, y realizar actos que les sean favorables o perjudiciales (4).

Para el artículo 1.142 del Código Civil el cumplimiento de la obligación —pago— puede hacerse a cualquiera de los acreedores solidarios y exige la obligación —solidaridad activa—. Y los efectos que nacen de las relaciones de los acreedores refleja dos aspectos: 1) cada uno de los acreedores tiene derecho a reclamar del deudor el cumplimiento íntegro de la obligación, pero, reclamado ya el cumplimiento por un acreedor, no puede reclamarlo otro, porque el deudor está obligado a hacer el pago al primer acreedor que lo reclama, y 2) el deudor puede elegir libremente al acreedor a quien quiera satisfacer su crédito, extinguiendo la obligación con una limitación impuesta por la razón práctica de evitar abusos económicos, es decir, gastos procesales (5).

---

(4) La esencia de la solidaridad pasiva radica precisamente en eso, pues cualquiera de ellos es válido y eficaz para todos los deudores solidarios.

(5) Cuando uno de los acreedores ha formulado una demanda a éste, debe pagar la deuda. Por otra parte, cada acreedor puede extinguir la obligación por cualquiera de los medios de extinción de las obligaciones.

El artículo 1.143, por su parte, dispone que cualquiera de los acreedores solidarios puede extinguir la obligación por cualquiera de los medios extintivos de ésta y para ello concreta una serie de medios extintivos que puede hacer un acreedor dejando a salvo la acción de regreso. Enumera los siguientes: novación, compensación, confusión y remisión o condonación. Estos medios los puede hacer porque no son perjudiciales, mantienen la acción de regreso que tienen los demás frente al acreedor que ha extinguido la obligación. En realidad, cualquiera de esos medios extintivos de la obligación que se haga por el acreedor con uno de los deudores solidarios (solidaridad pasiva) extingue la obligación.

Trata también el artículo 1.143 la solidaridad activa y los efectos en la relación de los acreedores entre sí, es decir, las relaciones internas, tal y como hemos visto en el precepto anterior. El acreedor solidario que haya recibido o bien se haya beneficiado del cumplimiento de pago, «el que cobre la deuda», dice el texto legal, o bien haya extinguido por otro medio la obligación (6) responde frente a los demás acreedores solidarios de la parte del derecho de crédito de que éstos son titulares, es el llamado derecho de reembolso.

El artículo 1.143 se verá complementado con el 1.146 que veremos más adelante.

El artículo 1.144 trata del cumplimiento de la solidaridad pasiva, pues cualquiera de los deudores solidarios puede cumplir la obligación —pagar— y el acreedor puede exigir el cumplimiento, dispone el texto legal: «puede dirigirse contra...» a cualquiera de los deudores solidarios, a uno o a varios o a todos. Y puede, también, dirigirse contra deudores solidarios, sucesivamente, hasta que la obligación quede cumplida o «resulte cobrada la deuda por completo». Dispone el TS que se trata de una responsabilidad solidaria y así lo han recogido varias sentencias de la Sala, como las de 30 de diciembre de 1981, 28 de mayo de 1982, 21 de octubre de 1988, 22 de diciembre de 1989, 21 de abril y 30 de septiembre de 1992, 26 de noviembre de 1993, 3 de julio y 14 de diciembre de 1996 y 21 de enero y 20 de octubre de 1997 (7).

El artículo 1.145 continúa con el régimen de la solidaridad pasiva contemplando el cumplimiento, el derecho de regreso y la cobertura de la insolvencia.

En cuanto al cumplimiento porque cualquiera de los deudores solidarios puede cumplir la obligación y tal cumplimiento o pago, como consecuencia, extingue la obligación.

En cuanto al derecho de regreso porque cuando uno de los deudores paga la deuda por entero al acreedor, puede exigir a los demás la parte correspondiente.

Y, por último, en cuanto a la cobertura de la insolvencia, porque establece que la insolvencia de un deudor será suplida por los deudores a prorrata de la deuda de cada uno.

---

(6) Novación, compensación, confusión o condonación.

(7) La doctrina jurisprudencial de la solidaridad que propicia el artículo 1.144 del Código Civil se aplica para individualizar responsabilidades, pues no basta, como queda dicho, la posible concurrencia de responsabilidades plurales, sino que es necesario establecer la actuación bien precisada de cada uno, el nexo causal y grado de participación en el resultado dañoso, y así poder graduar la deuda con la parte perjudicial, pues la fijación de indemnización concreta ha de hacerse necesariamente en función de la culpa de cada responsable. Así lo ha declarado reiterada jurisprudencia en numerosas sentencias, citando las de 21 de abril y 30 de noviembre de 1992 y 30 de septiembre de 1995.

En conclusión, vemos que la solidaridad es un carácter de la obligación que afecta a la relación externa del grupo de deudores frente al acreedor o grupo de acreedores, pero no borra la fragmentación de la obligación en las relaciones internas entre los primeros.

El artículo 1.146 contempla la cuestión de la condonación, es decir, «quita o remisión» por el acreedor, no de la deuda, sino a uno sólo de los deudores solidarios. Es, como decíamos anteriormente, complemento del artículo 1.143 que prevé, expresamente, que el acreedor puede extinguir la obligación solidaria.

Si el acreedor condona la deuda a uno de los deudores, éste queda excluido de la obligación —relación interna— y, a su vez, ésta se reduce en la cuantía de la parte del deudor condonado —relación externa—, pero el deudor condonado tiene una carga y esa carga es la de avisar a los demás codeudores.

En el artículo 1.147 vemos la prevención de la imposibilidad de la prestación, sin culpa de alguno o de todos los deudores solidarios o por culpa de ellos y es que los deudores solidarios tiene acción para reclamar de aquél que provocó culpablemente la imposibilidad los daños y perjuicios que han sufrido.

Finalmente, el artículo 1.148 se refiere a las excepciones, a los medios de defensa que pueden oponer los deudores solidarios al acreedor distinguiendo las excepciones o medios de defensa objetivos que son los que derivan de la naturaleza de la obligación y los puede oponer cualquiera de los deudores solidarios, personales o de los demás deudores, como edad o vicio del consentimiento.

El artículo 1.148 junto con el 1.144 permiten al acreedor dirigirse simultáneamente o sucesivamente contra todos los deudores, mientras no esté cobrada la deuda y al deudor solidario oponer las excepciones personales que tuviera contra el acreedor y que pueden ser ajenas a los restantes obligados. Así lo disponen las sentencias de 7 de julio de 1984, 29 de junio de 1990, 13 de febrero de 1993, 25 de septiembre de 2000 y 24 de noviembre de 2005.

## CONCLUSIÓN

La solidaridad impropia que, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en el pacto expreso o implícito, responde al fundamento de salvaguardia del interés social y constituye un medio de protección de los perjudicados, sin embargo, exige para su aplicación no sólo la concurrencia de una pluralidad de agentes, sino además la indiscernibilidad en sus respectivas responsabilidades. Además, no es factible, por el resultado de las actuaciones, la determinación individual y personal de las responsabilidades atribuibles a los agentes intervinientes.

### RESUMEN

#### SOLIDARIDAD

*Aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado de independencia, permanecen, no obstante, unidos entre*

### ABSTRACT

#### SEVERAL LIABILITY

*Although the debts owed by private borrowers may have a certain degree of independence from one another, they nevertheless are linked to one another*

sí a través de la identidad de fin de las prestaciones. Fin que no es otro que estar destinadas, en común, a la satisfacción del interés del acreedor, y esto sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, porque se manifiesta una íntima conexión entre ellas, pudiendo ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico.

through their identity of purpose. That purpose is none other than the common purpose of satisfying the lender's interest, and this happens when there is a legal community of objectives binding the loans of the various borrowers, because there is an intimate connection amongst those loans. Its attendant existence may be proved by the background facts denoting that the economic result in question was really desired by the parties concerned.

NO ES OBLIGATORIO EL SEGURO DECENAL SI SE TRATA DE DOS VIVIENDAS EN PROPIEDAD HORIZONTAL DESTINADAS A USO PROPIO  
(Reflexiones críticas acerca de la RDGRN, de 11 de noviembre de 2008, y análisis comparativo con las Resoluciones de 17 de marzo de 2007 y de 9 de mayo de 2007)

por

ROSANA PÉREZ GURREA  
*Licenciada en Derecho*

## I. PLANTEAMIENTO: EXIGIBILIDAD DEL SEGURO DECENAL

La Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de edificación, estableciendo las garantías y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo y la protección de los usuarios. Se trata de una manifestación más del principio *pro consumatore* ex artículo 51 de la Constitución.

El artículo 17 de la mencionada ley regula el principio general de responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación frente a los propietarios y adquirentes por los daños materiales ocasionados en el edificio y dentro de los plazos que marca la ley. Para ello se establece un sistema de garantías que se articulan sobre la base del seguro de daños materiales o seguro de caución, distinguiendo tres tipos:

1. Seguro para garantizar durante un año el resarcimiento por daños en elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por una retención cuyo capital asegurado será de un 5 por 100 del coste final de la obra, incluidos honorarios profesionales.
2. Seguro para garantizar durante tres años el resarcimiento por daños ocasionados en elementos de habitabilidad que cubra un capital del 30 por 100 del coste final de la ejecución de las obras.
3. Seguro para garantizar durante diez años el resarcimiento por daños causados en elementos estructurales que comprometan directamente

la estabilidad o resistencia mecánica del edificio. El capital asegurado será el 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra. En este caso, la suscripción del seguro es obligatoria a partir de la entrada en vigor de la ley.

El seguro decenal sólo es exigible para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda, tanto de nueva construcción como de reforma de otra preexistente. En cuanto a los edificios a los que debe hacerse extensiva la garantía, la Resolución-Circular, de 3 de diciembre de 2003, da los siguientes criterios interpretativos: Quedan excluidos los que están fuera del ámbito de aplicación de la LOE, quedan sujetos a la garantía todos los edificios que cuenten con alguna dependencia destinada a vivienda, aún cuando el número de éstas fuera minoritario en relación con la superficie total del inmueble, dada la finalidad de protección perseguida por la ley para los adquirentes de las mismas. Es el criterio que sigue la RDGRN de 24 de mayo de 2001.

En las residencias de estudiantes, de la tercera edad y otras de carácter residencial, se entiende que no tienen el carácter de vivienda, por lo que no es exigible dicho seguro. Este es el criterio de la DGRN en Resolución de 8 de febrero de 2003, la cual, tras una serie de disquisiciones acerca de lo que ha de entenderse por vivienda, llega a la conclusión de que no es exigible el seguro para la inscripción de obra nueva terminada de un edificio destinado a residencia geriátrica; la ley delimita su campo de aplicación a los destinatarios de viviendas en el mercado, situación distinta de la empresa mercantil que construye o adquiere un edificio para desarrollar en él una actividad empresarial como lo es la explotación de una residencia geriátrica.

La garantía ha de ser exigida al tiempo de la declaración de la obra ya terminada o de la autorización del acta notarial acreditativa de su terminación, pero no cuando se trate de obras nuevas en construcción, en este sentido la Resolución de 20 de marzo de 2000 establece: «Se hará constar al pie del título el carácter obligatorio de la constatación registral de la finalización de la obra, momento en el cual procederá la exigencia de tales garantías». Por tanto, en los negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción, los notarios y registradores advertirán expresamente y harán constar al pie del título que no consta registralmente la finalización de la obra ni la prestación de las garantías legalmente exigidas a efectos de los artículos 19 y 20 y Disposición Adicional 2.ª de la Ley 38/99, de 5 de diciembre. La no constancia registral mencionada no produce cierre registral para los actos posteriores que pudieran otorgarse, este es el criterio que sigue la DGRN en Resolución de 10 de marzo de 2007.

Desde el punto de vista registral, el seguro sólo será exigible cuando la licencia de obras haya sido solicitada a partir del 6 de mayo de 2000, fecha de entrada en vigor de la ley.

## II. REFLEXIONES ACERCA DE LA RDGRN, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2008, Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON LAS RESOLUCIONES DE 17 DE MARZO DE 2007 Y DE 9 DE MAYO DE 2007

La Disposición Adicional 2.ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, tras su modificación por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, contempla supuestos de exoneración del seguro decenal.

El seguro decenal no será exigible en el supuesto de autopromotor individual de vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo de diez años, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *inter vivos* que tengan lugar dentro del plazo de diez años sin que se acredite y testimonie la constitución de la garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

Requisitos para excluir la exigencia del seguro decenal en base a la Resolución-Circular de la DGRN, de 3 de diciembre de 2003:

- En el aspecto subjetivo: Tiene que tratarse de autopromotor individual, concepto en el que se incluyen tanto las personas físicas como las jurídicas.
- En el aspecto objetivo: Se exige acreditar que se trata no sólo de vivienda, cuyo concepto se determina por el uso a que se destina (en este sentido destaca la RDGRN de 24 de mayo de 2001) sino que es unifamiliar y para uso propio; se refiere a quien construye una vivienda para usarla él mismo y sin tener intención de transmitirla en primer momento. Si concurren estos requisitos, en el Registro constará que no se ha obtenido el seguro decenal, posibilitando así el conocimiento de terceros.

La RDGRN, de 11 de noviembre de 2008, debate sobre la posibilidad de inscribir una declaración de obra nueva de dos viviendas sin necesidad del seguro decenal impuesto por la Ley de Ordenación de la Edificación, cuando se declara que las viviendas se destinan a uso propio, aunque se haya dividido la finca en dos elementos privativos en régimen de propiedad horizontal.

El Registrador considera que la constitución del seguro decenal es indispensable en este caso, ya que la exoneración del mismo en los términos que hemos indicado exige que se trate de autopromotor de una «única» vivienda unifamiliar para uso propio y en este supuesto se trataba de dos viviendas en propiedad horizontal.

Ambos requisitos deben coexistir cumulativamente. El relativo al uso propio podrá acreditarse a través de determinados documentos administrativos y también dicha exigencia podrá quedar cumplida mediante la «mera manifestación» en tal sentido, que debe realizar en la escritura quien hace la declaración de obra nueva como dueño de la construcción.

En cuanto a la necesidad de que se trate de una única vivienda unifamiliar, el Registrador considera que no sólo no ha quedado acreditado tal requisito con la documentación presentada, sino que de la misma se infiere con claridad que no estamos ante «una única vivienda unifamiliar». La escritura alude a un edificio destinado a «viviendas» en plural y señala que está constituido por dos viviendas y en la división horizontal vuelve a constatare con claridad de que se trata de dos viviendas independientes. La certificación del técnico incorporada a la escritura describe «dos viviendas de tipo bifamiliar» perfectamente diferenciadas, por tanto no estamos ante el supuesto de una única vivienda unifamiliar, tal y como exige la ley, sin que tampoco sea aplicable la RDGRN de 20 de marzo de 2007, que la declarante invoca como fundamento de la exoneración (en ella se trata de la segregación y venta de una finca y de su posible coincidencia o no con la licencia urbanística obtenida).

La DGRN estima el recurso y considera que el hecho de que la finca se divida horizontalmente en dos viviendas no es contradictorio con el uso propio de ambas. Por lo demás y como ha señalado anteriormente la DGRN en Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003 y en Resoluciones de 28 de octubre de 2004, 5 de abril y 10 de junio de 2005, 10 de mayo de 2006 y 17 de marzo de 2007, a nadie perjudica el que se demore la contratación del seguro al momento en que se produzca la enajenación en el caso de que tenga lugar. Por ello la ley sólo exige la declaración de que se va a usar lo construido para uso propio, declaración que existe en este caso y el seguro se exigirá si en un momento posterior se produce la enajenación de cualquiera de los elementos privativos de que se compone el edificio.

Por su parte, la RDGN de 17 de marzo de 2007, aunque parezca que contempla el mismo supuesto mencionado no lo hace en términos idénticos. Se otorga acta de finalización de obra de un edificio plurifamiliar de cuya descripción en el Registro resulta que está compuesta por una planta sótano destinada a tres aparcamientos, planta baja, primera y segunda destinadas cada una de ellas a vestíbulo y una vivienda, pero el propietario del conjunto es la misma persona, todo el inmueble constituye una única unidad registral, no se ha constituido ningún régimen de propiedad horizontal (a diferencia del caso contemplado en la Resolución de 11 de diciembre de 2008). El otorgante manifiesta que no es necesaria la constitución del seguro decenal, pues su intención es destinar la vivienda a uso propio, siendo segunda residencia, estando casado y con dos hijos.

Al suspender la Registradora la inscripción por la falta de constitución del seguro decenal, el recurrente alega que destinará un piso para el uso del matrimonio y los otros dos para el uso de cada uno de sus hijos, sin que se haya constituido propiedad horizontal, requisito este previo y necesario para poder transmitir los pisos a terceros. La finalidad de exigir el seguro decenal es proteger al adquirente de una vivienda y dicha finalidad proteccionista no tiene sentido en este caso concreto, ya que no existe un tercer adquirente a quien deba protegerse ante los perjuicios económicos derivados de los defectos de construcción.

El concepto de autopromotor individual, como indica la RDGRN de 5 de abril de 2005, ha de interpretarse de forma amplia, de la misma manera el concepto de vivienda unifamiliar también debería interpretarse de forma razonablemente amplia, entendiendo que se refiere a la naturaleza de la construcción, que ha de ser aislada, con independencia del número de plantas de que se componga y siempre que se trate de una unidad de morada y no se haya establecido un régimen de propiedad horizontal.

La DGRN entiende que aunque se trata de un edificio compuesto por tres viviendas, el declarante manifiesta en la escritura su intención de destinar la vivienda a uso propio, por lo que no es necesario constituir el seguro decenal, sin perjuicio de que si posteriormente se lleva a cabo la enajenación se contrate dicha garantía.

La cuestión fundamental es determinar qué entendemos por una única vivienda unifamiliar para uso propio, dentro de este concepto se pueden considerar incluidas muchas variables, pero entiendo que lo más importante es atender al espíritu y finalidad perseguida por la norma de exigencia del seguro decenal, que está destinada fundamentalmente a proteger al tercer adquirente, así entendido es vivienda única el edificio en el que administrativamente existen tres viviendas, sin que se haya constituido propiedad horizontal, lo que

pone de manifiesto la inexistente voluntad de independencia, destinándose cada una a los diferentes miembros de la familia e imponiéndose la realidad social sobre las formas en sí mismas consideradas y todo ello sin perjuicio de la exigencia del seguro decenal cuando posteriormente tenga lugar la enajenación. También es necesario que tengamos en cuenta que procede interpretar restrictivamente cualquier supuesto que pueda implicar exoneración del régimen general de exigencia de tal garantía.

La RDGRN, de 9 de mayo de 2007, considera que no es exigible el seguro decenal en el caso de división horizontal sujeta a la llamada «comunidad valenciana». El supuesto de hecho se refiere a una escritura en la que unos padres donan a sus hijos partes indivisas de un solar y a continuación declaran la obra nueva terminada de un edificio formado por un local y dos viviendas, las cuales surgen como fincas independientes de la división horizontal del edificio seguida de la extinción del condominio, a continuación se atribuye *ab initio* a cada uno de los hijos una vivienda, que declaran para uso propio, planteándose el problema de si es necesario, en este caso, la contratación del seguro decenal exigido *ex* artículo 19 de la LOE.

La Registradora considera exigible el seguro decenal, ya que aunque la DGRN ha declarado que el concepto de autopromotor individual debe ser interpretado de forma amplia, admitiendo la inclusión de la llamada «comunidad valenciana», ha precisado que esta interpretación únicamente es posible cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han asociado.

Por tanto entiende que para no exigir dicho seguro decenal, es necesario que se trate de una construcción aislada con independencia del número de plantas de que se componga, siempre que se trate de una unidad de morada que no comparta elementos comunes con otras, como ocurre con la propiedad horizontal en el presente caso y además el seguro tiene que ser único para todo el edificio.

Por su parte, el Notario, con una interpretación diferente a la anterior, considera que hay que atender a la finalidad de las normas para la que han sido dictadas, y en este caso cada hijo actúa como autopromotor de su propia vivienda, sin perjuicio de que si cualquiera de ellos pretende transmitirla a un tercero dentro de los diez años siguientes a la conclusión de la obra, se contrate un seguro decenal único sobre la totalidad del edificio. Se apoya para defender la no exigencia del seguro, en el concepto de autopromotor de vivienda, que se trata de vivienda unifamiliar y que se destina a uso propio. En este caso no existe una sola declaración de obra nueva sobre varias viviendas, sino dos declaraciones distintas realizadas por los diferentes propietarios, cada uno respecto de su vivienda.

La DGRN admite el recurso y da la razón al Notario en base a la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, que establece que el seguro decenal no es exigible en el caso de autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio, refiriéndose a quién construye una vivienda para usarla él mismo y sin tener intención de transmitirla en un primer momento.

La DGRN ha señalado reiteradamente que el concepto de autopromotor individual no debe llevar a interpretaciones excesivamente rigoristas sino que ha de interpretarse de forma amplia, comprendiendo tanto a personas físicas

como jurídicas y en contraposición al concepto de promotor colectivo que contempla la propia ley.

Es necesario que se trate de vivienda, lo que se determina por el uso a que se destina y además que sea unifamiliar y para uso propio, a efectos de excluir la necesidad de constituir el seguro decenal, al menos mientras no se transmita. La exigencia de destino a uso propio quedará cumplida con la manifestación en tal sentido realizada por quien hace la declaración de la obra. Además es preciso que la licencia obtenida no resulte contradictoria con la citada manifestación, es decir, que sea licencia municipal para vivienda unifamiliar.

Las consecuencias de la constancia registral de esta manifestación implican ya suficiente garantía a favor de terceros adquirentes, que tendrán público conocimiento de las limitaciones afectantes al inmueble.

Debe atenderse a la finalidad de la norma, basada en el ámbito de protección de los consumidores, entendiendo como tales los consumidores de lo que normalmente se conoce como vivienda en el mercado, es decir, una vivienda destinada a residencia de una familia en la que el consumidor invierte una gran parte de sus ahorros.

En este contexto de interpretación amplia del concepto de autopromotor para uso propio debe incluirse la denominada «comunidad valenciana», pero para ello es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar.
- Se entendía que el concepto de comunidad valenciana está referido generalmente a viviendas sitas en parcelas independientes, pero no hay que excluir, siempre y en todo caso, supuestos de división horizontal en sentido vertical. También aquí puede existir comunidad valenciana cuando se construyan diversas viviendas por una pluralidad de propietarios, pero siendo dueños cada uno de ellos *ab initio* de su propia vivienda con carácter independiente.

Lo esencial en este caso es que estamos ante dos autopromotores individuales, cada uno de ellos ha declarado la obra nueva sobre su vivienda para destinarla a uso propio y sin ánimo de lucro, ya que no tienen intención de transmitirla en un primer momento, por lo que no parece que la finalidad de la ley ampare la contratación del seguro decenal en este caso, sin perjuicio de que si alguno de los hijos pretende transmitir la vivienda dentro de los diez años siguientes a la conclusión de la obra, es cuando sería necesario contratar el seguro decenal único sobre la totalidad del edificio.

Se trata de un supuesto muy discutible, la construcción doctrinal y jurisprudencial se articula sobre la base de conceptos que en mi opinión adolecen de una gran indefinición como vivienda unifamiliar y autopromotor; no está bien definido el ámbito objetivo de la norma y ello plantea muchas dudas que en definitiva habrá que resolver atendiendo a las circunstancias que se nos planteen en el caso concreto, teniendo siempre en cuenta la finalidad de la norma que está destinada a la protección de los consumidores.

### III. ASPECTOS REGISTRALES

Para garantizar la suscripción del seguro se establece una norma de cierre registral tanto en el Registro de la Propiedad como en el Registro Mercantil aplicable a las obras nuevas:

El artículo 20.1 de la LOE dice: «No se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta ley, sin que se acredite o testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19».

El incumplimiento de estos requisitos determina el cierre registral, en este sentido, Ricardo SIFRE PUIG (1) dice: «Desde el punto de vista de los civilistas e hipotecaristas se ha criticado el artículo 20.1 de la LOE, porque no es lógico que a un acto jurídico, la declaración de obra nueva, que es perfectamente válido civil y urbanísticamente si cumple los requisitos de control de la legalidad urbanística se le cierre el Registro de la Propiedad por incumplir un requisito meramente administrativo. Desde la perspectiva administrativista, la institución del Registro hoy sirve sin distinción, en el fiel de la balanza, el interés público y el privado».

Si no se acredita al Registrador la constitución de las garantías del artículo 19 de la LOE, la escritura adolecerá de un defecto subsanable, pudiendo practicarse anotación preventiva en tanto se produce la subsanación (así resulta del art. 19 en relación con el 42.9 de la LH).

Forma de acreditar la constitución de las garantías:

La Instrucción de 11 de septiembre de 2000, ante la consulta formulada por la DGRN, fija los requisitos formales que deben exigir los Notarios y Registradores a la hora de autorizar o inscribir, respectivamente, la declaración de obra nueva de edificios acogidos a la LOE, regulando dos aspectos básicos:

- los medios de acreditación de la constitución y vigencia de las garantías que se concretan en: la póliza del seguro, la certificación de la entidad y el suplemento de entrada en vigor del seguro;
- las circunstancias que deben expresarse relativas a la edificación, el seguro y la entidad aseguradora.

El artículo 20.2 contempla una norma destinada al Registro Mercantil: «Cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, no se cerrará en el RM la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas por esta ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido».

---

(1) Véase SIFRE PUIG, Ricardo, «Sinopsis de la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación en relación con la constitución de las garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 669, 2002, pág. 497.

## RESUMEN

### SEGURO DECENAL

En este trabajo hemos analizado uno de los supuestos de exoneración del seguro decenal contemplado en la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la LOE en base al criterio jurisprudencial sentado en la RDGRN, de 11 de noviembre de 2008, la cual, partiendo de los requisitos de autopromotor de vivienda unifamiliar para uso propio señalados en la Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, establece que no es exigible el seguro decenal si se trata de dos viviendas en régimen de propiedad horizontal destinadas a uso propio, ya que el hecho de que la finca se divida horizontalmente en dos viviendas no es contradictorio con el uso propio de ambas, lo cual queda acreditado en la escritura mediante la manifestación de quien hace la declaración de la obra nueva como dueño de la construcción, sin perjuicio de que si posteriormente se lleva a cabo la enajenación, se exija el mencionado seguro decenal.

También hemos analizado la RDGRN, de 17 de marzo de 2007, que aunque parece que contempla el mismo supuesto no lo hace en términos idénticos, ya que en este caso no se ha constituido el régimen de propiedad horizontal, lo que pone de manifiesto una inexistente voluntad de independencia, y la RDGRN de 9 de mayo de 2007, que establece que no es exigible el seguro decenal en el caso de división horizontal sujeta a la llamada «comunidad valenciana». En todos los casos se tiene en cuenta la finalidad de la norma examinada destinada a la protección de los consumidores.

## ABSTRACT

### TEN-YEAR LIABILITY INSURANCE AGAINST MAJOR STRUCTURAL FAULTS

This paper analyses one of the instances where a builder is exonerated from the requirement to take ten year's liability insurance against major structural faults under Additional Provision 2 of the Organic Act on Building on the basis of the jurisprudential criterion set in the Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 11 November 2008. This decision, based on the requirements given in the Circular Decision of 3 December 2003 for a builder building a single-family home for his own use, states that ten-year liability insurance is not exigible in the case of two homes in a horizontal property scheme intended for the builder's own use, because the fact that the property is divided horizontally into two units is not contradictory to the builder's personal use of both units. Accreditation of the builder's personal use of the units is afforded through the deed, where the declarant of new construction is described as the owner of the construction. However, if the property is disposed of at some later time, ten year's liability insurance against major structural faults is required.

The paper also analyses the Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 17 March 2007, which seems to envisage the same case. The circumstances are not identical, however, because no horizontal property scheme had been created in the events in question, so there was clearly no desire for independence. Then the authors examine the Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 9 May 2007, which states that ten year's insurance is not exigible in the case of horizontal division subject to what is termed a «Valencian community». In all these cases account is taken of the goal of the legislation at issue, which is to protect consumers.

## 1.6. Responsabilidad Civil

### *LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS ACTOS COMETIDOS POR LOS HIJOS*

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ  
*Profesoras Titulares de Derecho Civil UNED*

#### I. INTRODUCCIÓN

El presente análisis tiene por objeto realizar un breve estudio en torno a la responsabilidad de los padres por los daños causados por los menores sometidos a la patria potestad, especialmente cuando se acercan a la mayoría de edad. La complejidad del tema se evidencia si se tiene en cuenta que en nuestra sociedad, las reformas legislativas sobre esta materia han provocado un cambio en el status social del niño, consistente fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos (1). Sin embargo este reconocimiento contrasta y en cierto modo se contradice con la consideración del menor como (inimputable) o persona exenta de responsabilidad civil cuando con sus actos causan daños a terceros que hay que indemnizar, es decir, el ordenamiento le ha concedido derechos pero no obligaciones, hasta qué punto esta situación se ajusta a los tiempos que corren, nos lleva a plantear el problema expuesto. ¿Exclusivamente los padres son responsables por culpa *in vigilando* o *in educando* de los actos de los hijos o existen más responsables?

#### II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES

El artículo 1.903 del Código Civil señala los distintos supuestos que pueden producir responsabilidad por un hecho ajeno. El apartado segundo señala que serán responsables los padres de los daños causados por los hijos menores que se encuentren bajo su guarda (2). El último párrafo del precepto exonera de tal responsabilidad cuando las personas que deban responder prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia.

Partiendo de lo anterior, observamos que los padres responderán siempre de los actos cometidos por sus hijos menores, con independencia de la edad de éstos, salvo que prueben y demuestren que actuaron con toda la diligencia

---

(1) Según el tenor literal de la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE de 17 de enero).

(2) Este párrafo fue redactado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. En su anterior redacción se atribuía la responsabilidad al padre y en el caso de muerte o incapacidad de éste a la madre, siempre que los hijos menores estuviesen en su compañía.

posible. Ya en este aspecto concreto tendremos ocasión de mostrar que cuando se aplica lo establecido en este artículo no se hace exactamente teniendo en cuenta estos parámetros.

Además, veremos cómo tras la reforma que produjo la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 1.903, se sucedieron otras muchas en el ámbito del Derecho de Familia, como hemos manifestado anteriormente, cuya finalidad era armonizar el Código con los cambios que se estaban produciendo en nuestra sociedad, que han puesto de manifiesto que en este tema concreto se debía haber acotado un poco más la situación. Además, debemos tener en cuenta el fraccionamiento del régimen de responsabilidad civil entre el Código civil y el Código penal.

Esto nos lleva a hacer los siguientes planteamientos: en primer lugar, parece que los padres responden hasta que el menor cumpla los dieciocho años o esté emancipado (3): En segundo lugar, al establecer el artículo que responden por los actos de los hijos cuando éstos estén bajo su guarda, significa literalmente que si la guarda es atribuida a un progenitor, el otro no responde. Y, en tercer lugar, las reformas llevadas a cabo en los últimos años en materia de menores se han encaminado a otorgar a éstos una mayor esfera de autonomía, dato que nos lleva a preguntarnos si hay correlación actualmente con la responsabilidad derivada de los propios actos del menor.

### III. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES

Hemos de recordar que a la persona, jurídicamente hablando, hay que considerarla desde varias perspectivas o ámbitos. En concreto a nosotros nos interesa su actuación en el ámbito civil, pero sin olvidar que hay que conectarla con otros ámbitos de gran importancia como el penal o el laboral cuando esa persona es menor de edad y está bajo la patria potestad de los padres.

#### 1. EN EL ÁMBITO CIVIL

Como hemos apuntado en líneas anteriores, el menor de edad, desde que nace y hasta que llega a la mayoría de edad, está bajo la patria potestad de los padres (4). Ésta se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende entre otros los deberes de educar a los hijos y procurarles una formación integral. No solamente han de velar por ellos y cuidarles sino que también como se ha señalado anteriormente, el artículo 1903.2, responsabiliza a los padres de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda, responsabilidad que sólo cesa cuando demuestren que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia, la imputación subjetiva no puede recaer sobre el menor, sino que debe recaer sobre otros sujetos, que son imputables y que se presume que han incumplido los deberes de vigilancia y control.

---

(3) En cuanto al menor emancipado, algún autor ha señalado que también podrían ser responsables por haber emancipado a alguien que no estaba preparado para ello.

(4) Tal y como establece el Código Civil en el artículo 154, los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y la madre.

Hay una presunción de responsabilidad de los padres, en todo caso, no se matiza si la responsabilidad difiere si el hecho dañoso lo ha cometido un menor de cinco años o un menor de diecisiete años, ambos son menores, sin embargo, hemos de resaltar que su capacidad natural y por lo tanto su discernimiento no son los mismos en uno que en otro.

Hemos de precisar que el menor de finales del siglo XIX distaba mucho del actual, el Código contemplaba una situación en la que los menores estaban sometidos a una patria potestad de carácter dictatorial, además de ser una sociedad de menor riesgo que la actual (5). De ello se deriva que el fundamento de atribución de responsabilidad del padre (6) se apoyaba, entre otros criterios, en una relación de autoridad y obediencia de los que estaban bajo su potestad, estableciéndose por el legislador una responsabilidad del padre culposa, basada en un criterio subjetivo, actuándose con una presunción de negligencia de los responsables (7).

Ahora la situación ha cambiado, desde hace algunas décadas se permite que el menor, sometido a la patria potestad, pueda consentir o tomar decisiones por sí mismo sobre ciertos actos que le atañen, y se considera que cuanto más edad tiene mayor es la capacidad de discernimiento (no será la misma la de un recién nacido que la de un menor de dieciséis años), así, baste apuntar algunos ejemplos, como que el menor puede casarse desde los catorce años si obtiene la correspondiente dispensa, puede consentir determinados actos médicos, desde quitarse el acné a una revisión ginecológica, etc. Además, no debemos olvidar que conforme establece el artículo 2.2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, «las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se deben interpretar de forma restrictiva».

De lo dicho hasta ahora, observamos como existe un claro contraste en el binomio derecho-deber, actuación-responsabilidad. Al menor se le considera sujeto de derechos con una capacidad natural que va aumentando progresivamente con la edad y junto a ella una posibilidad de discernimiento, lo que le proporciona una mayor libertad de actuación, que no se corresponde en absoluto con lo establecido en el artículo 1903.2 del Código Civil, en donde se le exonera prácticamente de cualquier responsabilidad. Cuando precisamente el incremento de autonomía debería llevar apearajada una mayor responsabilidad.

## 2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Si nos ceñimos al plano concreto de la responsabilidad civil derivada de un hecho cometido por un menor, observamos la evolución sufrida por el propio Tribunal Supremo, sin olvidar que la finalidad es el resarcimiento de la víctima, de tal forma que si alguien ha sufrido un daño, alguien debe garantizar la reparación.

---

(5) Así lo pone de manifiesto PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1984», en *CCJC*, 1984, núm. 6, pág. 1990.

(6) Decimos del padre y no de los padres, porque como se ha señalado *ut supra*, la de la madre era sólo en defecto del padre.

(7) ABRIL CAMPOY, «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *RCDI*, núm. 675, pág. 19.

El artículo 1903.2 establece claramente un criterio de responsabilidad subjetiva, por culpa, así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 17 de junio de 1980 en la que consideró que (8):

«La responsabilidad civil de los padres, dimanante de los actos ilícitos ejecutados por los hijos constituidos *in potestate*, a tenor del citado precepto, se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, omisión de la obligada diligencia *in custodiando* o *in vigilando* que el legislador contempla partiendo de la presunción de culpa concurrente en quien desempeña los poderes y deberes integrantes de la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga de la prueba, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, según lo establecido en el último párrafo del artículo citado, ha sido entendida por la doctrina jurisprudencial en concepto de marcada severidad, exigiendo “una rigurosa prueba de la diligencia empleada” atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso concreto —sentencias de 24 de marzo de 1953 (*RJ* 1953/913), 25 de marzo de 1954 (*RJ* 1954/1001), 3 de octubre de 1961 (*RJ* 1961/3276), 11 de marzo de 1971 (*RJ* 1971/1234), 10 de mayo de 1972 (*RJ* 1972/2305) y 14 de abril de 1977 (*RJ* 1977/1654)—, lo que significa la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a responder a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad».

Estamos ante una responsabilidad directa de los que incumplieron el deber de vigilancia, sin embargo, como la propia doctrina de la sala señala, se introduce el factor del riesgo, de esta forma hay un principio de inclusión del elemento objetivo de la responsabilidad, convirtiéndose en una responsabilidad cuasi-objetiva (9). Además no se tiene en consideración el grado de discernimiento del menor, en ningún caso, manifestándolo expresamente el Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de marzo de 1983 (10) al estimar que:

---

(8) Ponente: Excmo. Señor don Jaime DE CASTRO GARCÍA.

(9) Recientemente la sentencia de 8 de marzo de 2006, considera igualmente que el artículo 1903.2 contempla: «una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo», si bien al estar implicados en las lesiones varios menores y darse «la circunstancia de que no se probó cuál de los menores causó las lesiones, no obsta a la responsabilidad de todos ellos, pues todos mostraron su conformidad con la actividad creadora del riesgo del daño; responsabilidad que se debe imputar de una forma solidaria a cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, los padres de los menores causantes de los daños (SSTS de 8 de febrero de 1983 [*RJ* 1983, 867]; 21 de noviembre de 1985 [*RJ* 1985, 5624]), cuando, como aquí sucede, todos contribuyeron causalmente a la producción del daño cuya indemnización se pretende y no es posible deslindar la actuación de cada uno en el evento nocivo. Es razón por la cual, siendo los menores civilmente inimputables, serán sus padres quienes deberán responder solidariamente». Ponente: Excmo. Señor Antonio SEIJAS QUINTANA. Sentencia comentada por OLIVA BLÁZQUEZ, «Daños provocados por un grupo de menores de edad: ¿quién debe responder?», Comentario a la sentencia de 8 de marzo de 2006», en *Revista de Derecho Patrimonial. Parte Comentario*, núm. 17, 2006. 2, págs. 248 a 263.

(10) Ponente: Excmo. Señor don Jaime DE CASTRO GARCÍA.

«...lo que comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, y es claro que no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o tutor por omisión de aquel deber de vigilancia, sin relación con la culpabilidad psicológica del constituido en potestad y por lo tanto de su grado de discernimiento, y tampoco puede construirse una hipótesis de concurrencia culposa por la circunstancia culposa de que el otro menor “permitiese” al hijo del recurrente encender el mechero, según el motivo sostiene, pues además de que se está ante un caso que cae en la órbita del artículo 1.903 y no en la del 1.902, no hay dato alguno en la sentencia combatida que permita deducir que el hijo del recurrido autorizase con sus palabras o actitud a su compañero de juegos y menos le estimulase, para accionar el encendedor».

Si bien como hemos mencionado anteriormente, en el último párrafo del artículo 1.903 del Código Civil se prevé la posibilidad de exoneración de responsabilidad si se ha empleado toda la diligencia posible, se destaca en la STS de 7 de febrero de 1991 (11) al señalar que:

«...determinando el párrafo último del propio precepto que esta responsabilidad cesará cuando la responsabilidad de las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Por todo cuanto antecede, el recurso ha de ser acogido; y adquirida por este Tribunal Supremo competencia para actuar como si de Tribunal de instancia se tratara...».

Sin embargo, esa facultad de exoneración de los padres prácticamente queda eliminada por la rigurosidad de la prueba de la diligencia requerida por el Tribunal Supremo (12). Se desprende que el interés principal es el resarcimiento de la víctima que ha sufrido el daño, y por ello el Tribunal Supremo ha ido acomodando sus criterios, según las circunstancias, a este fin, introduciendo ciertos matices que están objetivando la responsabilidad, sobre todo la de los padres, sin embargo, la doctrina afirma que la responsabilidad nacida del precepto es subjetiva, por lo que el Tribunal Supremo no puede afirmar rotundamente ese criterio objetivo, ya que sería contraria al ordenamiento, a pesar de que se infiere de sus pronunciamientos (13).

Observamos que el Tribunal Supremo en esa labor de protección de la víctima ha construido una línea argumental en la que no tiene en consideración ni la edad, ni el grado de discernimiento del causante del daño e incluso como en el supuesto de la sentencia, de 10 de marzo de 1983, la posible concurrencia de culpa de la víctima. Sin embargo, de una forma táctica pone de manifiesto, en la sentencia de 26 de enero de 2007 (14), que el

---

(11) Ponente: Excmo. Señor don Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES.

(12) Como señala ABRIL CAMPOY, «El propio Tribunal Supremo se encargaba de repetir que era irrelevante e intrascendente la facultad de discernimiento del menor en relación con la responsabilidad de los progenitores». ABRIL CAMPOY, *loc. cit.*, pág. 22.

(13) LÓPEZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, 2001, pág. 30.

(14) Ponente: Excmo. Señor don Clemente AUGER LIÑÁN.

deber de vigilancia no es igual en todos los supuestos, teniendo que adecuarlo a la edad del menor, así resalta que:

«La sentencia recurrida, como se ha indicado anteriormente, consideró que junto con la conducta negligente de la entidad demandada concurría la de los progenitores del menor, a quienes atribuyó la omisión del cuidado exigible para con un menor de cinco años en un centro en el que se exhibían piezas y obras de valor “que no deben exponerse a las conductas y movimientos irreflexivos de personas carentes de razón por su minoría de edad”, imponiendo a aquéllos la obligación “de mantener una constante vigilancia cuya forma más natural de expresión es la de llevarle cogido de la mano”. Estima el tribunal de instancia que dicha conducta omisiva tuvo relevancia causal en el resultado lesivo producido, en la proporción de un tercio que se fija en la sentencia impugnada...»

La propia Sala, de forma tácita, está considerando que el deber de vigilancia de los padres, atendiendo a la edad del menor, se traduce en llevar a ese menor sujeto, agarrado de la mano, extremo que no sería en principio coherente si se tratase de un menor de dieciséis años. Ahora bien, podríamos preguntarnos cuál hubiese sido el criterio si el menor en vez de tener cinco años hubiese tenido los dieciséis.

### 3. LAGUNAS EXISTENTES EN EL ARTÍCULO 1903.2 DEL CÓDIGO CIVIL

El citado apartado se trata de una norma de difícil entendimiento, que se presenta de forma confusa y presenta algunas lagunas. Así, consideramos que además de la situación que provoca la falta de consideración de madurez y discernimiento en el menor adolescente ante un supuesto en el que deba responder, la redacción actual del artículo 1903.2 nos puede confundir.

Y ello porque, como hemos señalado anteriormente, la redacción actual de este párrafo se introdujo con la reforma de 1981, pasando de responder sólo el padre, y en su defecto y con carácter subsidiario la madre, a responder ambos conjuntamente, además de ampliar la posibilidad de actuación, ya que en la redacción originaria se hablaba de «hijos que estuvieran en su compañía» y ahora son «hijos que se encuentren bajo su guarda».

Entendemos que cuando se habla de padres, están comprendidos tanto los padres biológicos como los padres adoptantes, teniendo en cuenta la regulación sobre adopción de nuestro ordenamiento.

Sin embargo, no parece tan claro qué debe entenderse por «que se encuentren bajo su guarda». Aquí el criterio no es unánime, GÓMEZ CALLE entiende que la responsabilidad aparece vinculada a la patria potestad, no tanto a su titularidad como a su ejercicio (15), por lo tanto identifica guarda con ejercicio de la patria potestad.

En una situación en la que el menor convive con el padre y la madre o está bajo la guarda y custodia de ambos, no habría problema en identificar la si-

---

(15) GÓMEZ CALLE, «Responsabilidad de padres y centros docentes», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 3.ª ed., pág. 1242.

tuación, incluso aunque el hecho causante del daño se produzca cuando el menor estaba en compañía de uno de sus progenitores.

Sin embargo, el tema puede complicarse si los padres están separados y la guarda y custodia ha sido adjudicada a uno de ellos en la sentencia de separación o divorcio. ¿Quién respondería del hecho dañoso? ¿Responderían ambos? ¿Respondería el que tiene adjudicada la guarda?

En este sentido la doctrina está dividida. Hay quien considera que en este caso ha de responder el que ejerce la patria potestad o tiene encomendada la guarda del menor, ya que el padre o madre que no convive con su hijo no puede guardarlo, aunque llegan a hacer matizaciones atendiendo la culpa *in educando* (16). Sin embargo nos parece más acertada la tesis que defiende que la expresión «guarda» habrá de interpretarse con amplitud, porque si no se daría la paradoja que el progenitor que presta más cuidados y compañía al menor, el que más se sacrifica, resulta el más responsable (17), aunque sí creemos que habría que analizar en cada caso las circunstancias en las que se ha producido el hecho dañoso, atemperándolas al tiempo y lugar, ya que pueden existir diversidad y complejidad de supuestos, por lo que nos parece necesario hacer esta matización.

En las pocas ocasiones que el Tribunal Supremo ha podido manifestarse al respecto ha optado por la solución intermedia, considerando que la guarda la tiene la madre, pero como el hecho se ha producido cuando el menor estaba de fin de semana con el padre, existe una situación transitoria declarándose la responsabilidad del padre (18) a la vista del supuesto concreto a considerar como el hijo en el momento de acaecer el hecho estaba de fin de semana con el padre.

No debemos olvidar que hay situaciones en las que estando el menor bajo la guarda de los padres, pueden llegar a responder terceras personas, nos estamos refiriendo al párrafo cuarto del propio artículo 1.903, que contempla la responsabilidad de centros docentes cuando los menores se hallan en ellos (19),

---

(16) En este sentido se manifiestan Díez PICAZO Y GULLÓN, *Sistemas de Derecho Civil*, II, 9.<sup>a</sup> ed., pág. 566. DE ÁNGEL YAGÜE, aunque está en esta línea, matiza la cuestión señalando que: «...si bien hay que tener presente que si se considera la culpa *in educando* como uno de los fundamentos de la responsabilidad que nos ocupa, podría hacerse extensiva esa responsabilidad al otro progenitor, en cuanto hubiere participado en la educación del hijo». DE ÁNGEL YAGÜE, «Comentario del Código Civil, artículo 1.903», en *Comentarios del Ministerio de Justicia*, 1991, pág. 2010.

(17) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, I, 1985, pág. 570.

(18) STS de 11 de octubre de 1990, en la que se afirma que: «Tampoco se ha conculcado el artículo 1.903, puesto que en el caso de autos su aplicación ha sido correcta por concurrir todos los requisitos en él exigidos. Dice el recurrente que el texto legal vigente establece que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda y que el menor hijo del recurrente, por separación judicial de sus progenitores, quedó, según convenio regulador, bajo la guarda de la madre. Siendo ciertas estas afirmaciones del recurrente, no se puede ignorar el carácter flexible del concepto “bajo su guarda”, que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio, pues en el presente, dada la edad del menor, diecisiete años, se la autorizaba a acudir y permanecer, según su voluntad, en las esferas de relación paterna y materna. Y la sentencia recurrida ha declarado hecho probado que el accidente se produjo cuando el hijo estaba bajo custodia del padre. Este hecho, al no haberse impugnado, ha de mantenerse en casación y comporta la desestimación del motivo y del recurso». Ponente Excmo. Señor don Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO.

en este supuesto es responsable el centro docente y no los padres. Curiosamente, debe observarse que la responsabilidad de los padres es más severa que la de los centros docentes, pese a que éstos se lucran con su actividad.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE UN HECHO ILÍCITO EN EL DERECHO PENAL

El párrafo tercero del artículo 61 de la Ley Orgánica 5/2000 (20), de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (21), que establece los criterios generales en los supuestos de responsabilidad civil derivada de un delito, señala que: «*Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años (22), responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados, sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*».

De los daños causados responden solidariamente con el menor de dieciocho años penalmente responsable las personas responsables de su cuidado (23). Debe observarse que en el ámbito penal ambos progenitores responden solidariamente (24), no se distingue, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, entre el supuesto de que los hijos estén o no bajo la guarda de uno de los dos progenitores, para responsabilizar a ambos padres.

En principio parece que existe una mayor coherencia entre la situación real y la jurídica que en la regulación del Código Civil. Se prevé un sistema de solidaridad en el que se da entrada al menor como responsable en igualdad de condiciones que los progenitores. No olvidemos que puede haber menores que tengan un patrimonio propio y por lo tanto puedan responder civilmente.

Es cierto que se puede pensar que esto no soluciona el tema de la responsabilidad de los padres y que al igual que en el ámbito civil terminan respondiendo ellos si el menor de edad no tiene patrimonio propio. Aún siendo cierto, también lo es que al ser el menor responsable solidario, una vez que los padres han satisfecho la deuda pueden repercutir contra el menor por el importe de la misma.

#### IV. CONCLUSIONES

Actualmente los padres, en aras a la autonomía que tienen los adolescentes, no pueden controlar totalmente a sus hijos, sin embargo se les hace res-

---

(19) En este sentido, véase LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ, *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, Dykinson, 2007.

(20) BOE de 13 de enero.

(21) Hasta la vigencia de esta Ley, la Disposición Fianl séptima del Código Penal mantuvo el régimen normativo anterior al dejar en suspenso la entrada en vigor del artículo 19, que remite a la Ley de responsabilidad del menor.

(22) En estos casos hay que entender que se incluye aquí el mayor de catorce y el menor de dieciocho años.

(23) Véase CARRERA DOMÉNECH, «Minoría de edad y responsabilidad civil: de la culpa *in vigilando* a los criterios objetivos. Estudio del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Aranzadi*, núm. 16/2002, págs. 1 a 12.

(24) Sin perjuicio de que pueda ser moderada la responsabilidad.

ponder de los actos cometidos por ellos, utilizando un criterio de responsabilidad cuasi-objetivo, que no parece tener mucho sentido.

Habría que proceder a reformar los criterios de imputación de responsabilidad de los denominados «grandes menores» o adolescentes, poniéndolos en relación con la edad de los mismos y su grado de madurez y atendiendo a la realidad social. Lógicamente, a menor edad, los padres tienen mayor control sobre la educación y vigilancia de sus hijos y por lo tanto su responsabilidad debe ser superior. A mayor edad, la vigilancia va disminuyendo, sobre todo si somos consecuentes con lo establecido por el legislador en las reformas de Derecho de Familia a las que hemos hecho referencia y cuya finalidad es la atribución de mayor autonomía al menor para que pueda actuar en la vida cotidiana. En nuestra opinión, el legislador debe optar por una solución más flexible y ajustada a la realidad social.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY: «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *RCDI*, núm. 675, págs. 11-54.
- CARRERA DOMÉNECH: «Minoría de edad y responsabilidad civil: de la culpa *in vigilando* a los criterios objetivos. Estudio del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en *Aranzadi*, núm. 16/2002, págs. 1 a 12.
- DE ÁNGEL YAGÜE: «Comentario del Código Civil, artículo 1.903», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 2003 a 2034.
- DÍEZ PICAZO Y GULLÓN: *Sistemas de Derecho Civil*, II, 2001.
- GÓMEZ CALLE: «La responsabilidad de padres y centros docentes», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, Aranzadi, 3.<sup>a</sup> ed., 2006.
- LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, II, Bosch, 1985.
- LÓPEZ SÁNCHEZ: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, 2001.
- OLIVA BLÁZQUEZ: «Daños provocados por un grupo de menores de edad: ¿quién debe responder? Comentario a la sentencia de 8 de marzo de 2006», en *Revista de Derecho Patrimonial. Parte Comentario*, núm. 17, 2006. 2, págs. 248 a 263.
- PANTALEÓN PRIETO: «Comentario de la STS de 22 de septiembre de 1984», en *CCJC*, núm. 6, 1984, pág. 1979 y sigs.

## RESUMEN

### RESPONSABILIDAD PATERNA. MENOR DE EDAD

*El Código Civil establece una responsabilidad subjetiva y directa de los padres por los hechos cometidos por los hijos menores de edad, con independencia de la edad de éstos. Actualmente la tendencia global en el ordenamiento es la de ampliar el ámbito de*

## ABSTRACT

### PARENTAL LIABILITY. MINOR

*The Civil Code states that parents hold direct and subjective liability for acts committed by their underage children, regardless of the children's age. The current general trend in legislation is to allow the realm of action available to minors to expand in step with their gradual acquisition of capacity,*

*actuación de los menores atendiendo a su progresiva adquisición de la capacidad, sin que exista una correlación en la asunción de deberes y de responsabilidades. Además la doctrina del Tribunal Supremo se aparta de lo establecido en la norma y consagra una responsabilidad cuasi-objetiva para garantizar siempre el resarcimiento de la víctima, convirtiéndose los padres del causante del daño en la auténtica víctima.*

*without any correlation in the assumption of duties and liabilities. Moreover the Supreme Court's doctrine strays from the terms established in the Civil Code and consecrates a quasi-objective liability to guarantee compensation for the victim always, making the parents of the person who inflicts the damage the real victims.*

## 2. MERCANTIL

### EL INCUMPLIMIENTO DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS EN LAS ADQUISICIONES DE EMPRESAS EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2008

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Doctor en Derecho*

*Abogado*

#### I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008 (número de recurso 2098/2003 y número de resolución 1059/2008) resuelve un supuesto de incumplimiento por los vendedores de las declaraciones y garantías de un contrato de compraventa de acciones, bajo la óptica del enfrentamiento de dos soluciones opuestas para dar respuesta a la falta de conformidad del comprador, a saber, la acción de saneamiento de vicios ocultos y el *aliud pro alio*.

La estipulación tercera del contrato de compraventa analizado y que originó la litis a que dio lugar la referida casación, tenía el siguiente tenor literal:

*«Don Carlos María en su propio nombre y Pablo Atienza en representación de GESOP, S. A. responden solidariamente de la veracidad de las partidas del balance al 30 de junio de 1990. Que las cuentas del activo y pasivo del balance son fiel reflejo de la realidad de la empresa, de tal manera que los errores materiales de las cuentas no tienen carácter representativo. Además se hacen cargo solidariamente de las contingencias fiscales que puedan surgir para ENA hasta el 31 de diciembre de 1989. A tal efecto, los garantes deberán ser puntualmente informados de tales contingencias y tendrán derecho a estar presentes o representados en las actuaciones de la inspección de Hacienda. A tal efecto se une a esta matriz una copia del balance a 30 de junio de 1990, debidamente firmado por los comparecientes, extendido en tres folios de papel común escritos por una sola cara».*

Ante las graves inexactitudes que contenía el balance de situación incorporado en la escritura de compraventa, el comprador interpuso demanda contra los accionistas de la sociedad vendida ejercitando una acción por daños por habersele entregado una cosa distinta a la pactada y existir, en consecuencia, un incumplimiento flagrante de los pactos del contrato de compraventa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda alegando que el Banco, comprador del 85 por 100 del capital social, no podía alegar desconocimiento económico de la sociedad porque era banquero de la sociedad y guardaba estrecha relación con uno de sus administradores que detentaba el otro 15 por 100 de la sociedad adquirida a través de una sociedad patrimonial propia. Aparte de lo anterior, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 42 de Madrid, de 30 de abril de 1999, afirmó que aunque las acciones entregadas tuvieran los defectos alegados por la demandante: *«nos encontraríamos con que el objeto de la compraventa estaría mermado por vicios ocultos, pero nunca sería un objeto distinto de lo realmente adquirido»*, de modo que *«el hecho de que las acciones vendidas no generaran el beneficio previsto por los*

*compradores, no puede nunca considerarse incumplimiento del contrato por entrega de cosa diversa*». Al considerarse que sólo podría accionarse por vicios ocultos el plazo habría caducado.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12 bis), de 29 de enero de 2003, argumentó lo siguiente:

a) Es cierto que se compró un paquete de acciones de una sociedad en funcionamiento, pero no cabe apreciar que la sociedad vendida provocara la insatisfacción del banco, puesto que la compró en 1990 y no formuló ninguna reclamación hasta 1991; b) cabe presumir que el Banco conocía la situación económica de la sociedad, puesto que pactó aportar unos recursos adicionales de 725 millones de pesetas, a más de un crédito de 100 millones; c) para entender que se pudiera aplicar la doctrina del *aliud pro alio* hubiera sido necesario que la sociedad comprada hubiera estado en quiebra cuando le fue entregada, lo que no se correspondía con la situación; d) además, el Banco no exigió una auditoría previa, no se efectuaron depósitos de fondos ni se prestaron avales para responder del ajuste del precio tras comprobar el banco la situación económica de la sociedad; e) las partes previeron la posibilidad de que el balance no reflejara la verdadera situación patrimonial; f) el Banco actúa contra sus propios actos, puesto que ejercita una acción no sólo frente a las sociedades que le vendieron las acciones de ENA, sino también frente a don Carlos María, que no le vendió ninguna, y g) «no cabe entender que los vendedores entregaron una cosa distinta de la pactada cuando la sociedad continuó funcionando, al menos, durante varios años después de la toma de control por parte del Banco; para entender que la empresa era absolutamente distinta de la pactada, hubiera sido menester que el Banco no hubiera podido explotarla ni gestionarla en ningún momento, lo que se habría puesto de manifiesto de forma inmediata tras tomar posesión de la misma». La sentencia concluye que: «[...] únicamente sería ejercitable una acción de saneamiento por vicios ocultos para solicitar la rebaja del precio por la insatisfacción o inidoneidad “parcial” de la cosa, o bien cualquier otra acción que asista al Banco por el contrato de compraventa o, especialmente, por la estipulación tercera de dicho contrato».

El comprador recurrió en casación alegando, en primer lugar, que el objeto del contrato no estaba formado simplemente por las acciones sino también por las cualidades atribuidas a dichas acciones, lo cual no fue estimado, ya que se afirmó por el Tribunal Supremo que, efectivamente, el objeto del contrato eran las acciones de la sociedad.

En relación al fundamento casacional del comprador referido al *aliud pro alio*, pese a admitir la existencia de la jurisprudencia favorable a su admisibilidad, la sentencia de casación lo desestima, ya que «...lo que se pretendió con la compraventa de acciones fue que el comprador obtuviera el control de la sociedad ENA, mediante la compra de las suficientes acciones, tal y como ya se ha dicho en el Fundamento anterior, no se han interpretado de forma errónea los pactos de las partes en relación con el objeto de su contrato. Por ello, no puede ahora exigirse que se declare la inhabilidad del objeto en contra de los hechos considerados probados y después de haber concluido que la interpretación efectuada en la sentencia recurrida fue correcta. Por tanto, no resulta posible la aplicación de la doctrina que se dice infringida».

En suma y con independencia del análisis de los otros motivos casacionales denegados por el Tribunal Supremo, y por ser lo que ahora nos interesa,

la sentencia de casación confirma la sentencia de apelación defendiendo que es la acción de saneamiento por vicios ocultos la que cabe ejercitar ante el incumplimiento del vendedor de una declaración sobre las cuentas de la sociedad en el momento de la compraventa, no pudiéndose tratar este asunto mediante la aplicación de la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*. Esto es, la falta de conformidad en una compraventa específica es resuelta por aplicación de las acciones edilicias en detrimento de las acciones resolutorias (con el consabido problema del corto plazo de caducidad de seis meses al que está sujeto la acción de saneamiento por vicios ocultos) lo que a nuestro juicio, no supone un correcto tratamiento y solución de la controversia tal y como expondremos en este trabajo.

Es más, la conclusión a la que llega la sentencia del Tribunal, de 20 de noviembre de 2008, está en clara oposición con lo establecido para un caso similar por la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000 (*RJ* 2000/6747) (1), quizá la sentencia del Tribunal Supremo que con mayor detenimiento había tratado con anterioridad esta problemática.

En el caso de la sentencia de 30 de junio de 2000, el Estado, que resultó propietario de Industrias Tauro, S. A., por expropiación de Rumasa, celebró un contrato con la actora Samsonite Corporation, intervenido por Agente de Cambio y Bolsa y que lleva fecha de 5 de febrero de 1985, mediante el cual vendió a dicha entidad la totalidad de las acciones de la referida empresa expropiada, estableciéndose en el apartado 25 de la cláusula cuarta, que la sociedad transmitida «cuenta con todas las facultades, licencias, permisos y autorizaciones (de índole gubernativa y de otro tipo), necesarios para poseer y explotar su patrimonio y para desarrollar sus negocios y actividades, tal y como lo viene haciendo hasta ahora», sucediendo en la realidad que la sociedad carecía de licencia de apertura que el contrato declaraba existente, en virtud de la cláusula antes citada.

La parte actora en el pleito anterior solicitó las reparaciones patrimoniales por tal incumplimiento consistente, como hemos visto, en la declaración de la existencia de licencia y la efectiva inexistencia de la misma, y sus efectos económicos en la finca al tener que asumir las obras exigidas para poder obtener la preceptiva licencia municipal.

El Estado combatió lo anterior alegando que no se había producido ninguna infracción de los términos del contrato de compraventa, sino que más bien se trata de un defecto aparecido que ninguna de las partes podía conocer al tiempo de concertarse la venta del accionariado y tal defecto se ha de encuadrar en el artículo 1.484 del Código Civil, que el Tribunal de Instancia no aplicó y con ello la extinción de la acción por haber transcurrido el plazo de caducidad de seis meses de vigencia que fija el artículo 1.490 del Código Civil.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso del Estado argumentando lo siguiente: «*El saneamiento por vicios ocultos que el artículo 1.484 impone al vendedor, se proyectará directamente a la cosa específica enajenada, que adolece de defectos o imperfecciones desconocidas por el comprador. En el caso de autos se trata de licencia municipal ocultada, en cuanto se dice en el contrato que se contaba con todas las licencias, la que incluye la de apertura y, por tanto más que relacionarse la cosa, se está refiriendo a actividad o conducta precontractual del Estado vencedor; que resultó omisiva, al no haberse preocupado de consta-*

---

(1) Comentada por VERDA Y BEAMONTE, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, octubre/diciembre de 2000, págs. 1353-1358.

tar si se había concedido licencia, lo que resultaba fácil y posible con la simple consulta a las oficinas municipales (...) El incumplimiento opera en este caso por insatisfacción objetiva en la parte compradora, con trascendencia en la inhabilidad del objeto, en este caso jurídica. Se trata de vicio que existía en el momento de la contratación, y ello posibilita la sanción de los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil (sentencias de 12 de marzo de 1982, 14 de febrero de 1984, 6 de abril de 1989 y 17 de febrero de 1994)».

La conducta del Estado fue calificada como dolosa al decirse que: «La conducta censurable del Estado no se agota en que obró sin la necesaria buena fe, ya que la sentencia sienta que concurrió dolo, que apoya en el factum demostrado para decretar que la transgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas y autorizan a contemplar “dolo incidental”, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1.270 del Código Civil, en relación con el 1.104 (...) Habiéndose sentando actuación incumplidora contractual contraria a la buena fe y dolosa en la vendedora, el resarcimiento indemnizatorio, partiendo del principio general reparador que proclama el artículo 1.101 del Código Civil, hace aplicable el artículo 1.107 en relación al apartado final del 1.270. Se ha de responder de todos los daños y perjuicios, es decir, se trata de un resarcimiento pleno de los que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas».

Pese a la claridad y acierto del fallo, VERDA Y BEAMONTE (2), basándose en su proposición de restringir el ámbito de aplicación de las acciones de incumplimiento a las compraventas genéricas, siendo de aplicación la acción de saneamiento por vicios ocultos a las compraventas específicas, opina que en el supuesto litigioso existió un vicio redhibitorio, afirmando el citado autor (vid. Cuadernos..., pág. 1356) que: «La calificación del defecto como un vicio redhibitorio significa excluir que la compradora pueda obtener protección mediante el ejercicio de las acciones de incumplimiento. Sin embargo, ello no implica privarle de toda acción contra el vendedor, como a continuación veremos (y ello, a pesar de que también habían caducado las acciones de anulación, por error y por dolo, así como las previstas en el art. 21.3 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, suponiendo que estas últimas fueran aplicables al caso». A continuación VERDA Y BEAMONTE (vid. Cuadernos..., pág. 1357) añade que: «Nos encontramos, en suma, ante un supuesto de dolo in contrahendo (“la transgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas”), generador de responsabilidad precontractual, por lo que el vendedor estará obligado a resarcir daños y perjuicios al comprador de buena fe, según prevé expresamente el artículo 1.486.II del Código Civil».

VERDA Y BEAMONTE (vid. Cuadernos..., pág. 1357) finaliza su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000, afirmando lo siguiente: «La sede en que está ubicado el artículo 1.486.II del Código Civil no debe inducir a equívocos. El precepto no contempla una acción edilicia, sino una

(2) Vid. VERDA Y BEAMONTE, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, octubre/diciembre de 2000.

*acción de reparación, que, en mi opinión, encuentra encaje en el artículo 1.902 del Código Civil, norma ésta, a la que, con carácter general, son reconducibles los supuestos de culpa in contrahendo en nuestro Derecho, y que, por ende, constituirá el fundamento jurídico de la pretensión resarcitoria del comprador.*

*El artículo 1.486.II del Código Civil tiene una función muy concreta, cual es la de aclarar que, de optar el comprador por la rescisión del contrato, conservará el derecho a solicitar del vendedor de mala fe la indemnización de daños y perjuicios que, obviamente, se ceñirán a aquéllos que no queden cubiertos por la restitución recíproca de las prestaciones.*

*Pero no hay por qué interpretar que sólo el comprador que ejercita la acción redhibitoria puede exigir indemnización de daños y perjuicios. La acción de rescimiento es autónoma y sigue el régimen propio de la responsabilidad civil extracontractual. Por ello, no está sujeta al breve plazo de caducidad, que para las acciones edilicias prevé el artículo 1.490 del Código Civil, lo cual tiene su importancia en aquellos supuestos, como el que nos ocupa, en los cuales los defectos silenciados por el vendedor se descubren una vez transcurridos seis meses a partir de la entrega de la cosa. En tal caso, el comprador no podrá ejercitar las acciones edilicias (ya caducadas), pero siempre podrá accionar ex artículo 1.902 del Código Civil, en el razonable plazo (de prescripción) de un año, a contar desde que tuviera conocimiento de los vicios de que adolecía la cosa vendida (art. 1968.2 CC).*

*En conclusión, estimo que la justa pretensión resarcitoria de la compradora hubiera debido ejercitarse al amparo del artículo 1.902 del Código Civil».*

La conclusión del referido autor nos parece criticable y no la podemos compartir, según expondremos posteriormente, ya que en nuestra opinión y pese a ciertos argumentos excesivamente dogmáticos que pudieran apuntarse en contrario, y de los cuales somos conscientes, en el contexto actual y futuro de nuestro Derecho de Obligaciones, consideramos aplicables las acciones de incumplimiento a los supuestos debatidos, en el ámbito propio de la responsabilidad contractual, aunque, por razones pragmáticas, generalmente, será la indemnización de daños y perjuicios al comprador el remedio más oportuno ante el incumplimiento de las cláusulas de declaraciones y garantías en las compraventas de empresas articuladas mediante la compra directa de las acciones o participaciones sociales de la misma. Esta acción de indemnización de daños y perjuicios estaría sustentada generalmente por la existencia de un *dolo in contrahendo* (3) suscitado por el vendedor incumplidor de dichas cláusulas, lo que fundamenta una acción resarcitoria de carácter contractual normalmente por dolo incidental, ex artículo 1270.2 del Código Civil (4). Pero lo

---

(3) Vid., con carácter general sobre la figura, Antonio Manuel MORALES MORENO, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XVII, vol. 1.º B, artículos 1.269 y 1.270, pág. 378 y sigs.

Asimismo, VERDA Y BEAMONTE, «El dolo *in contrahendo*», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, núm. 16, 2006.

(4) De esencial interés es la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001), que aprecia la nulidad de un contrato de compraventa de acciones por dolo causante debido a que no se había informado al comprador de la inexistencia de un terreno en el patrimonio de la sociedad, en base a lo se conoce como «reticencia dolosa» del vendedor. Esta sentencia, en relación con el deber de informar exigible por la buena fe (arts. 7 y 1.258 del Código Civil) apoya su conclusión: «b) porque la apreciación de los hechos corresponde a esa descripción del dolo reticente, no otra que la de la ambigüedad de la vendedora, que no obstante decir que no es dueña luego lo contradice

anterior supone adelantar demasiado nuestras conclusiones, por lo que es preferible una argumentación previa de las mismas para poder ofrecer al lector la posibilidad de obtener también las suyas propias.

Pero, no sólo el criterio mantenido ahora por la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, contradice la anterior sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000, sino también al que ya mantuvo la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 2001 (2001/1320), esto es, resulta pues contraria a la jurisprudencia anterior de nuestro Tribunal Supremo.

Así la sentencia de 19 de enero de 2001, trató un supuesto donde existía una deuda tributaria de la sociedad con anterioridad a la transmisión del accionariado de la misma, que había sido garantizada por los socios al venderse sus acciones donde asumieron el balance de la sociedad acompañado, declarando igualmente que la sociedad había cumplido sus obligaciones con terceros.

De esta forma, se pronunció la referida sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 2001:

*«...las actas levantadas en el año 1990 por los Servicios Inspectores de Hacienda, que pusieron de manifiesto la existencia de una deuda tributaria por importe de 42.220.837 pesetas, correspondiente a impuestos de sociedades de la entidad Opa Gestión Patrimonial, S. A. (SGC), cuyo accionado había sido transmitido a la entidad actora Fitinvest, S. A. por los socios demandados y otros no traídos al pleito mediante escrituras públicas de 27 de octubre de 1989 y 15 de diciembre de 1989 (...)*

*No debe olvidarse y ha de decirse de inmediato, que dicha deuda fue contratada por consecuencia de la suscripción de Seguro de Capitalización en fecha 10 de noviembre de 1987, y con vencimiento el 10 de noviembre de 1988, por importe, en cuota única, de cincuenta millones de pesetas, cuyos rendimientos no fueron declarados, refiriéndose las actas a los ejercicios de 1987 y 1988, es decir, se trata de actos anteriores a la venta del accionado.*

*No resulta de recibo el argumento de que por haber vendido los recurrentes sus acciones quedaron desvinculados por completo de la sociedad en la que estaban integrados, pues, aunque la deuda fiscal se presenta como sobrevenida, se trata de deuda contratada durante la vigencia de la compañía y fueron los socios los que se comprometieron directamente en razón a la compraventa pública que llevaron a cabo de las acciones de las que eran titulares y en cartas suscritas por cada uno de ellos, que llevan fecha de 27 de octubre de 1989, y a las que se acompañaba el balance de la sociedad, y resultaron entregadas a la compradora, ya que de este modo asumieron el balance por reflejar la situación patrimonial de la compañía objeto de transmisión, al no existir otras contingencias que las que el balance incluía, asegurando el negocio al manifestar que la mercantil venía cumpliendo con sus obligaciones respecto a la Administración, sus empleados, clientes y terceros contratantes, lo que conforma acto propio con eficacia vinculativa y hace inaplicable el principio de la relatividad y límite personal de los contratos, no estando consecuentemente amparados los que recurren por posición jurídica de terceros, ya que el contrato que celebraron les obliga en*

---

*mostrando una escritura pública de propiedad y después oculta una Orden Ministerial que, de haber sido notificada (es del año 1971 y el contrato de 1973) y conocida por las compradoras otro hubiera sido el convenio».*

Sobre este extremo relativo a la reticencia, vid. VERDA Y BELMONTE, *La reticencia en la formación del contrato*. Aranzadi Civil, 1998, III, pág. 197 y sigs.

cuanto constituye ley particular para ellos, conforme al artículo 1.091 del Código Civil, en relación al 1.254 y 1.257 (....).

En el último motivo se denuncia infracción del artículo 1.481 in fine, así como del 1.475 del Código Civil, para sostener que la responsabilidad exigida a los vendedores que recurren se deriva de la pérdida de valor de la cosa adquirida, por razón del pago impuesto de la obligación tributaria contratada, y que no se tuvo en cuenta al tiempo de la venta del accionado de Opa Gestión Patrimonial, S. A. (SGC), tratándose de obligaciones de los socios vendedores consecuencia de una evicción por la actuación fiscalizadora de la Administración.

Resultan ciertas las conclusiones decisorias del Tribunal de Instancia en cuanto decretó que no se trataba de concurrencia de vicios ocultos, a lo que ha de agregarse de efectiva situación de evicción, sino de responsabilidades que se demandan y exigen por consecuencia de incumplimiento contractual a cargo de los vendedores interpelados. Se trata de una obligación expresamente asumida y de la que pretenden liberarse, sin base fáctica demostrada y apoyo legal alguno, viniendo a ser indiferente, dentro del marco procesal del pleito, que hubieran intervenido o no en las actuaciones inspectoras llevadas a cabo y el momento en que descubrieron el impago del tributo que correspondía a la sociedad.

El incumplimiento opera por insatisfacción objetiva en la parte compradora (sentencia de 30-6-2000 [RJ 2000, 6747]), al imponérsele unos desembolsos no previstos ni asumidos contractualmente para hacer frente a la reclamación de Hacienda como consecuencia de las actas de descubierto que fueron levantadas».

Por lo tanto, rechazo a la aplicación de la doctrina del saneamiento por vicios ocultos y adopción de la doctrina del incumplimiento contractual doloso es la Jurisprudencia (ex art. 1.6 del Código Civil), que contradice esta sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, sin mayores argumentos que los de hacer suyos los dictados por la sala de apelación, cayendo con ello en un dogmatismo impropio de los tiempos que corren, favorables a la adopción de los postulados propios de lo que pudiera denominarse como «Modernización del Derecho de Obligaciones» (5), por la cual no pasa ni siquiera el mantenimiento autónomo de las acciones edilicias dentro del sistema de remedios que ha de ofrecerse al comprador ante una falta de conformidad con el objeto del contrato de compraventa.

## II. EL CARÁCTER DE LAS CLÁUSULAS DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS DE ADQUISICIONES DE EMPRESAS Y SU TRATAMIENTO

Un correcto entendimiento de la problemática propuesta requiere para ello un previo análisis de las características de estas cláusulas de manifestaciones y garantías en los contratos de adquisiciones de empresas.

CARRASCO (6), señalando la procedencia anglosajona de este tipo de cláusulas, señala que con ellas: «...Básicamente se quiere decir que el vendedor comu-

---

(5) Me permito adoptar esta denominación de la excelente colección de trabajos que con el mismo título son obra de Antonio MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Editorial Thomson-Civitas, primera edición, 2006.

(6) CARRASCO PERERA, «Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento», en la obra colectiva, *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 258.

nica al comprador una serie de circunstancias relativas a la empresa enajenada o a su entorno y que le asegura que son ciertas. La garantía versa sobre la veracidad, pero no se garantiza propiamente (mediante una garantía personal o real una promesa independiente) la obligación que asume el vendedor de que tales declaraciones sean veraces, o que, a su vez, sea veraz la declaración que afirma que las restantes declaraciones son veraces».

Acertadamente, CARRASCO (7) ubica el origen de estas cláusulas en las «misrepresentations» del Derecho inglés (8), o sea, cuando una de las partes contractuales ha realizado a la otra una serie de declaraciones que con posterioridad resultan ser falsas, considerando el citado autor que el referente español de las mismas se encuentra en el *dolo in contrahendo*, normalmente incidental, ex artículo 1270.2 del Código Civil.

Aunque, ya ALFONSO DE COSSÍO (9) entendió en relación con la doctrina continental del dolo el ligamen existente con las tradicionales «misrepresentations» del Derecho inglés, diciendo que: «Una “representation” no es, jurídicamente, otra cosa que “afirmación o aserción hecha por una de las partes a la otra, antes o al mismo tiempo de contratar, de alguna materia o circunstancia relacionada con él”, una “misrepresentation” es una representación falsa, la cual puede ser inocente (“innocent misrepresentation”) cuando la parte que la hace es de buena fe, presentando “como verdadero lo que tiene motivos razonables para creer que es verdadero”, o fraudulenta (“fraudulent misrepresentation”), que consiste en lo contrario, es decir, en una afirmación hecha por “una persona que conoce su falsedad, y tiene la intención de engañar a la otra parte”, o que afirma como cierto lo que ignora si lo es».

CARRASCO (10) señala la generalización de este tipo de cláusulas por la existencia de las tradicionales limitaciones del Derecho inglés en la concesión de remedios a la parte que ha sufrido una «misrepresentation».

Así y pese a la «Misrepresentation Act» de 1967, la necesidad de una declaración fraudulenta sigue siendo un requisito para la obtención de una compensación por los daños sufridos, ya que ante las que no tienen tal carácter fraudulento: «...no existe todavía un derecho a ser compensado por los daños a consecuencia de una “misrepresentation” completamente inocente que no

(7) Vid., *op. cit.*, pág. 258.

(8) Fernando GÓMEZ POMAR, *El incumplimiento contractual en Derecho español*, Barcelona, julio de 2007. [www.indret.com](http://www.indret.com). Este autor se refiere al origen anglosajón de las mismas de la siguiente manera: «4. La influencia de la práctica angloamericana: manifestaciones y garantías en la compraventa de empresas y remedios frente al incumplimiento. En el marco de los remedios generales frente al incumplimiento, una buena piedra de toque del funcionamiento de este sistema de remedios viene dada por los supuestos de incumplimiento —en sentido lato— asociados a las cláusulas de manifestaciones y garantías que hoy acompañan a cualquier adquisición de empresa —de volumen simplemente mayor que modesto— realizada en España. Tales cláusulas son importaciones relativamente recientes en la práctica contractual española, procedentes de los modelos contractuales ingleses y norteamericanos. No hay normas en el Código Civil ni en otros textos normativos que se ocupen de ellas, pero ya hay una nutrida jurisprudencia del Tribunal Supremo [SSTS, 1.º, 30-6-2000, 19-1-2000, 18-12-1999, 11-7-2000, 12-3-1999, 16-11-2001, 3-12-2003, 19-7-2004 y 1-9-2006] que se ha ocupado de contratos que contenían, más o menos explícitamente, cláusulas de esta clase, y ya han sido objeto de cierta atención doctrinal, y no digamos ya, profesional...».

(9) Alfonso DE COSSÍO, *El dolo en el Derecho Civil*, 1955. Editorial Comares, 2005, págs. 207 y 208.

(10) Vid., *op. cit.*, págs. 258, 259 y 260.

ha llegado a tener fuerza contractual. En el caso de tal “misrepresentation”, el juez dispone de un poder discrecional de conceder compensación por los daños, en lugar de admitir la rescisión del contrato; pero no puede rescindir el contrato, o considerarlo rescindido y reconocer una pretensión resarcitoria por los daños» (11).

La segunda limitación se sitúa en la distinción entre las «conditions» y las «warranties», como expone CARRASCO (12), la cual implicaba de nuevo hacer referencia a la diferencia existente entre la «misrepresentation» fraudulenta y la «misrepresentation» inocente.

A este respecto, y como señaló Cossío (13) frente a la primera que implicaba una responsabilidad para el declarante fraudulento, se encuentra la segunda, «...y según el “common law”, no concedía acción alguna, salvo en dos casos excepcionales: 1.º Cuando el contrato pertenecía a la categoría de los denominados uberrimae fidei, es decir, convenciones concluidas entre miembros de una misma sociedad, y de “family settlements” o arreglos de familia: en ellos se estimaba la obligación de cada contratante de revelar a la otra parte todos los hechos de importancia determinante; el mero silencio a este respecto constituía una fuente de responsabilidad; 2.º Cuando la falsa declaración había sido incorporada al contrato, en cuyo caso se la consideraba como una condición o garantía “warranty”, según las partes la hubieran considerado como un elemento esencial (en cuyo caso la “misrepresentation” daba lugar a su resolución), o como un elemento accesorio o secundario (en cuyo supuesto solamente determinaba obligación de indemnizar daños y perjuicios). Los Tribunales de equidad, en cambio, dieron un alcance mucho mayor a la “misrepresentation” inocente, bien denegando a su autor la ejecución del contrato, por estimar contrario a la conciencia el reclamar algo que la otra parte había aceptado por una falsa representación, bien, en determinadas categorías de contratos, dando incluso lugar a una acción de nulidad» (14) (15).

---

(11) Según cita de CARRASCO (vid., op. cit.), pág. 259, de TREITEL, *The Law of contracts*, pág. 279.

(12) Vid., op. cit., pág. 259.

(13) Vid., op. cit., pág. 209.

(14) CARRASCO expone en relación con esta materia (vid., op. cit., pág. 259) la siguiente cita de BEALE (*Chilty on Contracts, General Principles*, 27.ª ed., 1998, págs. 375-376): «[...] Antes de la entrada en vigor de la Misrepresentation Act de 1967, la posición relativa a la rescisión era, en términos generales, como sigue: cuando una persona es inducida a entrar en un contrato como resultado de una “misrepresentation” de la otra parte, y aquella nunca llegó a incorporarse como una cláusula contractual (“contractual term”), el destinatario de la declaración se encontraba legitimado para rescindir el contrato, ya fuera la “misrepresentation” fraudulenta, negligente o enteramente excusable. En el “common law” el derecho de rescisión quedaba confinado a los casos en los que la “misrepresentation” había sido fraudulenta o en los que se hubiera producido una frustración total de la causa contractual, pero en equidad se reconocía el derecho de rescindir incluso en los casos de “misrepresentation” plenamente no culpable. Desde la Ley de 1967, este derecho de rescisión se caracteriza (excepto en caso de fraude) por el poder discrecional del juez de rechazar la rescisión y conceder en su lugar una compensación por daños [...]».

(15) Cossío (vid., op. cit., pág. 211) explica, no obstante, los posibles efectos comunes de la falsa representación y la inocente representación en el Derecho inglés del siguiente modo: «...Sin embargo, como ya dejamos apuntado más arriba, tanto la falsa representación fraudulenta como la inocente producen determinados efectos comunes, en cuanto una y otra implican un vicio de la voluntad. En cuanto a la “misrepresentation”

CARRASCO (16) señala como tercera limitación tradicional del Derecho inglés que sustentan el recurso práctico de este tipo de cláusulas de manifestaciones y garantías, el tradicional principio del *caveat emptor*, explicándolo como «...la tradicional regla del common law que rechaza que exista, con carácter general, un deber por parte del contratante de manifestar (disclose) a la otra parte los hechos materiales conocidos por aquél y desconocidos por éste, pero cuyo conocimiento pudiera ser declarado para el mismo. Este deber no existe ni siquiera respecto de los defectos ocultos de la cosa vendida, salvo que el vendedor haya hecho una declaración específica sobre las cualidades de la cosa, que resulta posteriormente falseada por la evolución de los hechos. Esta regla aboca a este sistema jurídico a una situación en la que, de hecho, el comprador que adquiere una empresa lo hace tal cual es y ha sido examinada por el comprador».

La función de este tipo de cláusulas es explicada por CARRASCO (17) sobre la asignación contractual de riesgos que realiza el comprador al vendedor. Así, «En una venta de acciones, lo que el vendedor garantiza por ley (art. 1.484 CC español) es que el objeto vendido (shares) no tenga defectos ocultos. En un bien inmaterial y no corporal, como son las acciones de una compañía, el vicio oculto que puede tener lugar con carácter más frecuente es que las acciones estén sujetas a gravámenes ocultos para el comprador o que el valor de las mismas no represente el valor de la compañía, que las partes tuvieron presentes al convenir el precio de venta (...) Los activos de la empresa vendida no están incluidos en la garantía, pues tales activos no son objeto de venta. Las distintas disfunciones y contingencias que puedan afectar a esos activos no afectan a la cosa vendida (shares), en cuanto vicio, salvo que supongan un

---

inocente, el “common law” distingue si forma o no parte del contrato, atribuyendo a una y otra diferente alcance. La “equity”, sin embargo, tiende a extender los efectos de la segunda de manera progresiva. Cuando la representación inocente constituye un término del contrato, puede, según hemos indicado, hacerlo en forma de condición o garantía. Cuando es una condición del contrato, puede el que ha padecido los efectos de la falsa representación, pedir la nulidad del mismo, a no ser que el contrato haya sido sustancialmente ejecutado, en cuyo supuesto únicamente puede pedir daños y perjuicios; cuando constituye una garantía, únicamente puede pedir daños y perjuicios. Si la representación no forma parte del contrato, no se ha incorporado a él, lo único que se puede hacer es pedir la nulidad, pero nunca exigir daños y perjuicios. Pero esta rescisión tiene características especiales que se resumen en el principio: “todo debe quedar igual que estaba antes del contrato para ambas partes”. El impugnador debe reintegrar todo lo que ha recibido y exonerar al demandado de todas las cargas que asumiera: el “status quo” precontractual debe ser íntegramente restaurado y en tal sentido procede también la indemnización de los daños experimentados con ocasión del contrato (cosa distinta de la indemnización de daños y perjuicios). Tal rescisión no será sin embargo posible cuando el contrato haya sido totalmente ejecutado, ya que entonces no es posible reponer las cosas a su estado primitivo. Si la falsa representación supone un fraude, el contrato es nulo, además de lo cual, procede la indemnización de daños y perjuicios mediante la acción “of deceit” (de dolo). Tal derecho de rescisión no es, sin embargo, posible ejercitarlo, cuando ha mediado confirmación posterior del contrato, con pleno conocimiento de causa; o cuando sea posible la íntegra restauración de las cosas al estado que tenían anteriormente al contrato, o cuando tal resolución pueda redundar en perjuicio de tercera persona que no intervino en el contrato. Claro está que ello no impide el rescamiento de daños y perjuicios que puede obtenerse mediante el ejercicio de la acción de dolo».

(16) Vid., op. cit., pág. 260.

(17) Vid., op. cit., págs. 266 y 267.

*gravamen oculto de las mismas o una disminución grave del valor de estas acciones» (18) (19).*

(18) Para una clasificación de las mismas, vid. CARRASCO, *op. cit.*, pág. 273 y sigs. En igual sentido, vid. Fernando GÓMEZ POMAR, *op. cit.*, pág. 33 y sigs.: a) Promesas de conducta futura del vendedor o garantía de ciertos hechos, resultados o contingencias futuras; b) Declaraciones del vendedor acerca de la existencia o subsistencia de ciertos hechos, pasados o presentes; c) Declaraciones del vendedor por la que manifiesta su creencia en ciertos eventos o estados del mundo futuro; d) Declaraciones acerca del valor y trascendencia de las propias manifestaciones y garantías o de alguna de ellas (metamanifestaciones).

En cuanto a las consecuencias de cada tipo de estas cláusulas, en términos de incumplimiento, Fernando GÓMEZ POMAR (vid., *op. cit.*, pág. 33 y sigs.) entiende para las más frecuentes como son: las del apartado a), en la que la sujeción del vendedor a los remedios del incumplimiento contractual sería plena. Para las del apartado b), ante la falsedad de lo declarado como cierto y exacto, una vez probada su inexactitud por el comprador, el vendedor asume ese riesgo, aunque no se pueda acreditar la intención fraudulenta o el dolo en sentido estricto, ni siquiera la negligencia en el desconocimiento de la realidad, con cita de las SSTs de 30 de junio de 2000 y de 19 de enero de 2001, recuerda que el Tribunal Supremo ha considerado estos supuestos como de verdadero incumplimiento contractual.

(19) Por su parte, CARRASCO (vid., *op. cit.*, pág. 284 y sigs.) analiza las diferentes soluciones o remedios que pudieran utilizarse en relación con estas cláusulas. De esta forma (y en cuanto aquí nos interesa), en relación con la acción de saneamiento por vicios ocultos sobre la cual concluye lo siguiente: «...Con todo, con seguridad los tribunales no aceptarían la pretensión del vendedor de que la correspondiente acción del comprador se canalizara en exclusiva por este mecanismo. Como veremos, bien sea por la doctrina de la compatibilidad, bien sea por la calificación de la contingencia como un caso de incumplimiento total, difícilmente nos encontraríamos ante la aplicación de estas normas. Esta dificultad persistiría aunque fuera el comprador el que pretendiera obtener una reducción del precio pagado por las acciones como consecuencia de una falsedad o incompletud en las manifestaciones y garantías. Téngase presente también aquí que el objeto de la compra son acciones y no activos de la empresa». En cuanto a la acción de incumplimiento, afirma CARRASCO que: «Esta vía estaría abierta para dos tipos de supuestos. En primer lugar, cuando la manifestación o garantía pudiera ser interpretada como una promesa de cumplimiento de una conducta futura. En segundo lugar, cuando las contingencias fueren de naturaleza tan sustancial que se pudiera considerar que existe una entrega de cosa objetivamente distinta de la prometida. La única objeción que cabría hacer a esta segunda aplicación es que, tratándose de una venta de cosa específica, como lo es la venta de acciones de una determinada sociedad, no se podría decir que se entrega cosa distinta de la que se prometió cuando se entrega efectivamente la que se prometió. Esta objeción, que sin duda está en la base del régimen codificado del saneamiento por vicios ocultos, sin embargo ha sido rechazada por la aplicación jurisprudencial que ha aplicado sin problemas el régimen de las acciones generales de incumplimiento contractual cuando se ha tratado de venta de cosas específicas con graves defectos de calidad o funcionalidad». En relación con la acción de indemnización y nulidad por dolo, CARRASCO mantiene que: «Según la jurisprudencia —lo que es de importancia especial en nuestro caso— también es relevante el engaño que versa sobre los activos de la sociedad, cuando el objeto de la compra no son éstos, sino las acciones de la sociedad titular de los mismos [vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001)]. La inexistencia de manifestaciones expresas sobre cualidades de los bienes transferidos sólo podría dar lugar a nulidad por dolo si el silencio pudiera interpretarse como reticencia dolosa; es decir, cuando existe un deber de hablar y comunicar circunstancias importantes para la otra parte, y el vendedor las silencia... Nada de eso ocurre si existe una declaración expresa, que resulta ser falsa. Pues en este caso el comprador puede legítimamente atenerse al contenido de tales cualidades que se afirman de la cosa, con independencia del grado de diligencia que el

Por su parte, Fernando GÓMEZ (20) expone, con gran acierto, las ventajas de las cláusulas de manifestaciones y garantías del siguiente modo:

- (i) Permitiría eliminar casi por completo el riesgo de que la contravención de las mismas fuera considerada como un supuesto de saneamiento por vicios ocultos, o a lo sumo, como un supuesto de reticencia dolosa del vendedor quien debería haber declarado algo y no lo hizo, y no un *aliud pro alio*, o cualquier otro supuesto que permitiera acudir a los regímenes generales del incumplimiento contractual.
- (ii) La existencia de unas manifestaciones y garantías expresas sobre hechos o contingencias negativas que con posterioridad se revelan, permiten afirmar la existencia de un *dolo in contrahendo* por parte del vendedor que las ha realizado, excluyéndose sólo esta posibilidad si el comprador conocía tal circunstancia negativa, sin necesidad de que el comprador tenga que probar el fraude, la intención dolosa, o incluso el mero conocimiento del hecho por parte del vendedor.
- (iii) Cuando las manifestaciones y garantías versan sobre activos sociales, el incumplimiento de las mismas supondría un supuesto de *dolo in contrahendo*, aunque el objeto del contrato haya sido las acciones o participaciones de la sociedad.
- (iv) Aun cuando fuera calificable el supuesto como un caso de saneamiento por vicios ocultos, la existencia de las manifestaciones y garantías supondrían eludir la presunción de conocimiento del comprador experto y facilitar la prueba para la consideración del vendedor como vendedor de mala fe.

En suma y como reconoce Fernando GÓMEZ (21): «*Las manifestaciones y garantías que forman parte principal de los contratos de compraventa de empresa presentan, a la vista de lo anterior, variantes importantes en su relación con la realización del propósito contractual conjunto de los contratantes, y se ajustan de manera diferenciada a las estrategias contractuales de realización de valor que las partes persiguen. Parece que sólo un Derecho del incumplimiento contractual con supuestos de aplicación amplio y flexible, y con un sistema de remedios frente al incumplimiento adaptable a las diversas circunstancias que afectan a la negociación, celebración y cumplimiento del contrato, y a los deseables incenti-*

*propio comprador haya puesto en el proceso de due diligence*». Respecto de la consideración del supuesto como «falta de conformidad», expone CARRASCO que: «...*existen dificultades para considerar que la falta de veracidad o completud de las Manifestaciones y Garantías pueda ser caracterizada como vicio oculto en el sentido del artículo 1.484 del Código Civil. Pero aunque así no fuera, la propia limitación del régimen de los vicios ocultos haría escasamente útil al comprador una defensa basada en este régimen. Es preciso que la falta de conformidad pueda ser reputada como incumplimiento contractual o precontractual, para que el comprador pueda tener la posibilidad de reclamar una indemnización. La jurisprudencia española no ha tenido nunca problemas en sostener un concepto muy amplio de lo que es incumplimiento contractual. Bien por considerar que todo defecto oculto es a la vez un incumplimiento del contrato, y permite acudir a las acciones de defensa de los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, bien por entender que los incumplimientos que hacen inútil la cosa vendida para el comprador o que disminuyen sustancialmente la utilidad constituyen entrega de cosa diversa (aliud pro alio), y no simple vicio oculto*».

(20) Vid., *op. cit.*, págs. 36, 37 y 38.

(21) Vid., *op. cit.*, pág. 38.

*vos de conducta de los contratantes, está en condiciones de ofrecer un marco normativo útil para mejorar la eficiencia de los intercambios en este sector».*

En nuestra opinión, resulta evidente que la ubicación sistemática en nuestro Derecho codificado de la problemática que puede suscitar el incumplimiento de las manifestaciones y garantías ha de realizarse no en sede de los remedios previstos por las acciones edilicias, las cuales fueron creadas con otros propósitos, sino en el marco de la actuación dolosa del vendedor, generador de responsabilidad por *dolo in contrahendo*, bien como supuesto de nulidad relativa del contrato (22) con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, o bien, como hecho generador de responsabilidad que también lleva pareja una indemnización de daños y perjuicios, en función de la tradicional (aunque criticada por cierto sector doctrinal) distinción entre dolo causal y dolo incidental (23). Dolo aplicable, excepto en los casos de conocimiento del comprador del supuesto generador de la falta de conformidad.

Pero junto, a la solución ofrecida como hecho generador de *dolo in contrahendo*, en relación con el consentimiento contractual, también consideramos que desde la óptica de la causa del contrato puede atenderse el incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Esto es, con el sistema codificado actual entendemos que también el correcto análisis de los elementos del negocio jurídico ofrecen una solución más adecuada que la que pueda ofrecerse mediante el recurso a la acción de saneamiento, no sólo por la dificultad admitida doctrinalmente en cuanto a la configuración del concepto de «vicio» y su posible circunscripción a las compraventas específicas, como tendremos oportunidad de exponer con posterioridad, sino porque la atención de este asunto exclusivamente desde la óptica de las acciones edilicias (tal y como

---

(22) Así lo entendió la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001), aunque en la práctica los costes derivados de una anulabilidad pueden hacer poco deseable este recurso, no por ello ha de desdeñarse.

(23) Vid., sobre la distinción entre dolo causal y dolo incidental, vid. MORALES MORENO, «Comentario...» (*op. cit.*), págs. 406 y 407. Este autor recoge, con interés sobre el tema que nos ocupa, como una de las manifestaciones del dolo *in contrahendo* que pueden relacionarse con el dolo incidental el engaño en el valor de la cosa y el problema de la equivalencia de las prestaciones [vid. «Comentario...» (*op. cit.*), págs. 413 y 414]. Así explica lo siguiente: *«El dolo in contrahendo puede afectar a la equivalencia de prestaciones. Es un engaño que se refiere al precio. Unas veces incide directamente sobre la determinación del precio (por ejemplo, se falsifican informes de peritos sobre el valor de la cosa, su tasación o sobre el precio de mercado). Otras veces incide de modo indirecto: se refiere, por ejemplo, a las cualidades del objeto que se transmite, o las de la persona con la que se contrata... Descartada la rescisión [por lesión] como posible remedio a utilizar en estos casos, nos queda la indemnización, remedio propio del dolo incidental... Debe tenerse en cuenta que un reajuste del precio es, probablemente, en muchos casos, la solución más razonable, y parece conveniente favorecer esta solución... El reajuste debe practicarse según el criterio concreto que pueda ofrecer el contrato (equivalencia subjetiva)... El contrato puede contener las bases para extraer de él un criterio de equivalencia subjetiva. Por ejemplo: si se ha pagado un precio por la cosa, creyendo que tiene ciertas cualidades, se podrá realizar un reajuste proporcional del precio, si carece de ellas (comp. art. 1486.1.º). Pero seguramente en muchos casos el contrato no nos ofrecerá elementos suficientes para extraer de él el criterio de equivalencia subjetiva. En ese caso habrá que utilizar el precio de mercado (comp. art. 1289.1.º). No creo que puedan ser utilizados criterios subjetivos puramente unilaterales: la equivalencia que hubiera estado dispuesto a aceptar, de no mediar el dolo, el contratante engañado. Esa equivalencia subjetiva/unilateral no parece que pueda servirnos, si no se ha incorporado al contrato, ni puede constarle al otro contratante».*

hace esta reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008), supone una clara y evidente indefensión en cuanto a la tutela de la lesión del derecho de crédito del comprador, al no permitir el acceso al conjunto de remedios, aunque asistemáticos pero existentes, que ofrece nuestro Ordenamiento Jurídico como satisfacción del comprador ante la prestación defectuosa realizada por el vendedor de la empresa.

Ello debe ser así, pese a que la regulación del contrato de compraventa en nuestro Código Civil inspirada en los postulados de la *emptio venditio* romana siga entendiendo el objeto del contrato como el objeto propiamente real y no el ideal, protegiendo (pese al nacimiento de las acciones edilicias) el interés del vendedor al cumplir con la mera entrega de la cosa, ya que la entrega defectuosa no supone pues un genuino incumplimiento contractual, sino un supuesto de saneamiento. Esta concepción excesivamente dogmática implica la no satisfacción del comprador ante la entrega de la cosa con defectos. No obstante, no es menos cierto que la Jurisprudencia ha tenido ocasión de superar esta excesiva rigidez dogmática no adecuada al tráfico jurídico actual mediante la ampliación del concepto de incumplimiento contractual a los supuestos de entrega defectuosa, a través de la conocida aplicación de la doctrina del *aliud pro alio*; aunque estos loables intentos jurisprudenciales deberían tener su reflejo positivo para poder ofrecer al comprador un amplio sistema de remedios satisfactorio de sus pretensiones, tal y como sucede desde una atención comparatista de la cuestión.

Pero antes de avanzar en estas ideas, volvemos a lo que anteriormente introduciáramos, esto es, el análisis de tal incumplimiento de las manifestaciones y garantías desde la causa del contrato. Para ello y como ya hiciera MORALES (24), resulta básico tener presente la definición de negocio jurídico que ofreciera don Federico DE CASTRO (25) al decir que se considera como negocio

(24) MORALES MORENO, «El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», en *Anuario de Derecho Civil* (1983), págs. 1529 a 1546, y «La modernización del Derecho de Obligaciones». Editorial Thomson-Civitas, 1.ª ed., 2006, pág. 324 y sigs.

(25) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, 1985, pág. 34. En las páginas 27, 28 y 29, DE CASTRO justifica el fin del negocio jurídico como la persecución de un resultado en contraposición con las tesis de SAVIGNY en cuanto a la consideración del negocio que persigue un fin jurídico. El ejemplo que cita DE CASTRO es sumamente revelador. Para SAVIGNY, la compra de una casa es un negocio jurídico, ya que el comprador, sabiendo lo que hace, da lugar a una relación jurídica que le origina derechos y obligaciones, sin que importe cuál sea el fin extrajurídico para el que se adquiere (habitarla, arrendarla, revenderla). Sin embargo, DE CASTRO propone al efecto (vid., *op. cit.*, págs. 29, 30 y 31) lo siguiente: «Atender al propósito práctico del negocio no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino por el contrario tenerla en cuenta en su doble aspecto de libertad y responsabilidad (...) También se tiene en cuenta mejor la verdadera voluntad de los particulares, atendiendo al fin práctico del negocio; lo que se puede observar en el mismo ejemplo de Savigny de la compra de la casa. Según su criterio, quedaría extramuros del Derecho el propósito práctico del comprador de habitarla o arrendarla, aunque de ello se tratara con el vendedor. En cambio, conforme al fin práctico propuesto (como hacen en sus decisiones los tribunales), se entenderá integrado en el propósito negocial el de habitar o arrendar la casa, y consecuentemente quedará viciado el negocio cuando se ocultó el mandato de su derribo (por ejemplo, por servidumbre hacia un aeródromo, por ser zona militar) o la prohibición de arrendar (por ejemplo, respecto de ciertas construcciones protegidas (...)). La práctica de nuestros Tribunales, por su lado, da la impresión

jurídico: «la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hecho o actos». Esto es, y en cuanto ahora nos ocupa, la idea de consecución de un resultado en cuanto a los fines o propósitos perseguidos por las partes es el fin del negocio jurídico. Para DE CASTRO, pues, la contravención del propósito práctico incluido en la relación negocial mediante la ocultación por el vendedor de elementos que pudieran impedir la consecución del mismo supone que el negocio jurídico esté viciado (vid., *op. cit.*, pág. 29), vicio del mismo, que en nuestra opinión y en relación con el caso que nos ocupa puede ser adicionalmente entendido como un negocio viciado en su causa (26), lo que nos lleva a la llamada «causa concreta» del contrato.

Como correctamente observó MORALES (27), la cuestión del propósito práctico del negocio jurídico entraña como dificultad la realización de un deslinde entre lo que DE CASTRO (28) denominó «simples motivos» de los «motivos incorporados a la causa». En este sentido, DE CASTRO (29) ofreció como concepto de causa el siguiente: «la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales». Vista la causa desde el ángulo subjetivo (supuesto de hecho) será: «lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera (no se ha querido excluir) el amparo jurídico». Desde el ángulo objetivo o de la norma jurídica, la causa servirá como: «el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada», conforme al que se determinará la validez o invalidez del negocio y el tipo de eficacia que le corresponda».

Partiendo de lo anterior, DE CASTRO (30), en relación con la delimitación de la «causa concreta», afirma lo siguiente: «De lo dicho puede advertirse la utilidad de la llamada «causa concreta». La cuestión de los «motivos» queda con ella reducida a la delimitación de la causa en su aspecto subjetivo, o sea, a la de separar del supuesto de hecho todo aquello que sea jurídicamente indiferente para caracterizar el negocio. No importarán deseos o pretensiones individuales, ocultas o expresadas, ni las demás características del objeto y componentes de su contenido. Se tratará de poner en claro cuál fuera el resultado y repercusión social del negocio, en cuanto venga a darle un especial sentido respecto a su calificación o clasificación causal. Resultado o propósito que, en un contrato, habrá de ser materia de consentimiento de las partes, o deberse dar por consentido (responsabilidad). Es lo que, con terminología muy expresiva, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido destacando como «los motivos incorporados a la causa». Conforme a ello, se denominarán motivos o simples motivos todo lo que

---

de que consideran siempre necesario atender al fin práctico buscado con el negocio, valorando a tal efecto la conducta de las partes. Lo que corresponde a la concepción «espiritualista» y causalista del sistema jurídico español».

(26) DE CASTRO (vid., *op. cit.*, pág. 229) expone como se ha entendido que un contrato es inválido lo mismo por carecer de causa que por no cumplirse la condición tácitamente pactada (sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 1956, que analiza un supuesto donde se compró un solar para construir viviendas o dependiendo de que en él se autorizase la construcción, lo que negó el Ayuntamiento).

(27) MORALES MORENO, *La modernización...*, pág. 332.

(28) DE CASTRO, vid., *op. cit.*, págs. 228 y 229.

(29) DE CASTRO, vid., *op. cit.*, págs. 191 y 192.

(30) DE CASTRO, vid., *op. cit.*, págs. 228 y 229.

*no afecte a la consideración jurídica o caracterización del negocio mismo, es decir, a la del resultado práctico o social para el que aparece utilizado».*

En nuestra opinión, la inclusión en los contratos de adquisición de empresas de las cláusulas de manifestaciones y garantías supone (mediante una adecuada redacción de las mismas) el reflejo negocial del resultado práctico querido por las partes mediante dicha compraventa. A nadie se le escapa que en las adquisiciones de empresas instrumentadas mediante compraventas, cuyo objeto son las acciones o participaciones sociales, el propósito negocial de ambas partes es la satisfactoria toma de control sobre la empresa, o toma de participación en la misma, entendida la empresa, como el conjunto de elementos materiales o inmateriales organizadamente relacionadas cuyo objeto persigue la consecución del fin social.

Es decir, la calidad y fin de las manifestaciones y garantías, en cuanto al propósito negocial, debe suponer (en nuestra opinión) la cualificación de las mismas como verdadero motivo causal de la celebración del contrato de adquisición y no un mero deseo del comprador en cuanto al objeto de la adquisición instrumentada mediante el correspondiente contrato de compraventa, por lo que su incumplimiento puede ser digno de tutela mediante la correspondiente resolución contractual (cosa distinta es que el comprador opte por la misma, debido a las consecuencias perjudiciales que en su caso pudieran derivarse de la correspondiente restitución de prestaciones), o bien, dignas del amparo de la responsabilidad contractual del vendedor por entrega defectuosa.

No obstante lo anterior, la cuestión no deja de ser controvertida debido a la inexistencia de una acción autónoma para la impugnación del negocio por vicio de la causa, aunque no por ello no puede ser remediado dicho vicio causal, desde nuestro punto de vista mediante la resolución contractual (31) o la acción de responsabilidad contractual, por haberse frustrado la finalidad económica del contrato.

Pese a ello, y al respecto, Díez-Pícazo (32) expone de forma interesante lo siguiente: *«La consideración de la causa del contrato como causa concreta ha sido abundantemente recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente a la hora de definir los incumplimientos esenciales en materia de resolución de contratos, como ocurre, por ejemplo, en la sentencia de 24 de enero de 1986, cuando se habla de la eventualidad resolutoria de la conducta de una de las partes que pueda reputarse contraria a la “finalidad perseguida por el contrato”, o cuando se ha hablado, en el mismo sentido, de frustración del fin del contrato, como hizo, por ejemplo, la STS de 8 de julio de 1983.*

*Es manifiesto que todas estas sentencias en que se habla de la finalidad económica del contrato o de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato, se encuentran en la misma línea de lo que se ha denominado causa concreta del contrato, estando ésta formada por aquellos intentos empíricos o prácticos que las partes, o una de ellas con el conocimiento y aquiescencia de la otra, tratan de alcanzar por medio del contrato. Se pueden considerar equivalen-*

---

(31) Evidentemente, siempre que este ánimo resolutorio sea el interés del comprador (lo que será difícil en los contratos de adquisiciones de empresas) y se cumplan los requisitos para entender que nos encontramos ante un incumplimiento resolutorio. En este sentido, vid. Luis Díez-Pícazo, *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson-Civitas, 2005.

(32) Luis Díez-Pícazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I*, Editorial Thomson-Civitas, 6.<sup>a</sup> ed., págs. 276 y 277.

*tes las expresiones que a veces utiliza la jurisprudencia al hablar de la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato, de quiebra de la finalidad del contrato o de falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes, no sólo en materia de resolución por incumplimiento, sino también, y de modo muy notorio, cuando se trata de poner en marcha la llamada doctrina de la cláusula rebus sic stantibus, donde los tópicos mencionados aparecen de forma muy reiterada».*

Por esto y como hemos tenido oportunidad de comprobar, aunque analicemos el problema desde la perspectiva de la existencia de un *dolo in contrahendo*, o bien, desde el enfoque de la causa concreta del contrato (como alternativas a la acción de saneamiento) resulta de enorme interés e importancia la constancia de una cláusula de declaraciones y garantías en los contratos de adquisición de empresas con el objeto de poder ofrecer una interpretación clara y no controvertida sobre cuáles fueron los compromisos que se obligó a cumplir el vendedor, en creencia de los cuales el comprador accedió a contratar, y que sin embargo no cumplió (actitud dolosa), así como para poder ofrecer cuál es el propósito práctico perseguido por el comprador cuya insatisfacción supondrá la quiebra de la finalidad buscada por el comprador.

Resulta interesante mostrar cómo los «Principles of European Contract Law» exigen (en superación de la distinción entre dolo causal y dolo incidental) para la anulación del contrato que éste se haya celebrado bajo la influencia del dolo, pero no que el dolo sea causa de la celebración del contrato (33), pudiendo ser el dolo activo u omisivo (34), y pudiendo

---

(33) Artículo 4:107: Dolo:

1. Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.
2. La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.
3. Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:
  - a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
  - b) el coste de obtener dicha información;
  - c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
  - d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

(34) En relación con los remedios, en caso de dolo, vid. el artículo 4:117: Daños y perjuicios:

1. La parte que denuncia un contrato, en virtud del presente capítulo, podrá solicitar de su contraparte una indemnización por daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta.
2. La parte que teniendo derecho para anular un contrato conforme a este capítulo, no lo ejerce o lo ha perdido en virtud de las disposiciones de los artículos 4:113 ó 4:114 puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios como señala el apartado 1, limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106.

tener influencia la conducta de terceros, conocida como «dolo del tercero» (35).

Por otro lado, y como según hemos expuesto, ya que el vendedor genuinamente no responde del defecto, en sede de incumplimiento contractual, sino simplemente con la entrega de la cosa, resulta pues necesario realizar una distribución o asignación contractual de riesgos, con el ánimo de ofrecer una protección al comprador mediante la obligación de la obtención de un resultado por parte del vendedor ante la prestación defectuosa. Aunque esta mera obligación esté siendo objeto de revisión por nuestra doctrina (36) y jurisprudencia,

3. Por lo demás y con los ajustes que correspondan, se aplicarán a la indemnización por daños y perjuicios las disposiciones correspondientes de la sección 5 del capítulo 9.

(35) Artículo 4:111: Terceros:

1. Cuando un tercero de cuyos actos responde una de las partes o que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la misma:

- a) provoca un error al dar una información o conocía o debía conocer que existía un error,
- b) proporciona una información incorrecta,
- c) incurre en dolo,
- d) provoca intimidación,
- e) u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta, se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo en idénticas condiciones a las que se aplicarían si el comportamiento o la información fueran de la parte misma.

2. Cuando cualquier otro tercero:

- a) proporciona una información incorrecta,
- b) incurre en dolo,
- c) provoca intimidación,
- d) u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta, se podrán utilizar las medidas previstas en este capítulo, si la parte conocía o debería haber tenido conocimiento de los hechos relevantes o si, en el momento de la anulación, no hubiera actuado de acuerdo con el contrato.

(36) DÍEZ-PICAZO, vid. *Fundamentos...*, vol. II, págs. 704 y 705, en cuanto a los remedios con los que se goza ante una prestación de carácter defectuoso propone una generalización del siguiente tenor:

*«Si la relación obligatoria es sinalagmática, el acreedor dispone de la misma pretensión de corrección o de rectificación de la prestación defectuosa, que es, en definitiva, la acción de cumplimiento en forma específica. Dispone, además, de la acción para exigir los daños y perjuicios cuando los defectos le sean imputables al deudor. Sin embargo, la interdependencia funcional propia de las obligaciones sinalagmáticas hace que en éstas quepan consecuencias distintas y más amplias. Así podrá ejercitarse la llamada excepción de cumplimiento defectuoso, que se examinará más adelante y mediante ella enervar el pago de la contraprestación hasta que los defectos hayan sido corregidos. Además, hay que admitir la posibilidad de un reajuste o reducción de la contraprestación que adecúe ésta el valor real de la prestación ejecutada defectuosamente. Por último, es necesario admitir igualmente la posibilidad de que el acreedor demande la resolución del vínculo obligatorio. En los casos de prestación defectuosa, la resolución posee un alcance excepcional y requiere, de acuerdo con las directrices jurisprudenciales, una frustración total o parcial del contrato. En particular, que la prestación defectuosa no útil por no servir al fin al que se le había destinado o que el interés del acreedor en la resolución sea atendible, por no aparecer la resolución como abusiva o como contraria a la buena fe.*

*En un sentido parecido, la STS de 9 de octubre de 1981 dijo expresamente que si la ejecución de una prestación había sido tan defectuosa que “resulta frustrada la finalidad perseguida por el negocio y el consiguiente interés del acreedor”, en las obligaciones sina-*

revisión con la que estamos plenamente de acuerdo, lo que supone una constante ampliación de los supuestos de incumplimiento, por lo que para evitar calificaciones del supuesto como saneamiento —tal y como realiza esta sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008—, resulta de enorme interés y altamente aconsejable incluir una cláusula de manifestaciones y garantías con el fin de la asignación contractual de riesgos a que antes hacía referencia (37).

En suma, la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, al tratar el incumplimiento de una manifestación y garantía en el seno de un contrato de compraventa de acciones como un caso de saneamiento, no hace más que reflejar en el campo de las adquisiciones de empresas y de este tipo de cláusulas, la existencia de una grave problemática que con carácter general existe sobre el estado de la cuestión en relación con los remedios existentes ante la existencia de una prestación defectuosa, según la dogmática más tradicional en cuanto a las obligaciones del vendedor. Este problema ha venido intentándose superar a través de intentos doctrinales (38) y jurisprudenciales al efecto (me refiero a la llamada doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*, aunque no cabe duda que nos adscribimos también a estas opiniones que desde hace unos años vienen clamando por la reforma de nuestro Derecho de Obligaciones en materia de compraventa, para hacer cohonestar el mismo con

---

*lagmáticas es posible actuar (art. 1.124 CC) exigiendo que se imponga al deudor el cumplimiento o bien optar por la resolución del vínculo. Y la STS, de 5 de mayo de 1982, dijo que el denominado cumplimiento irregular o defectuoso no produce la ineficacia del sinálgama contractual y sí sólo la posibilidad de instar una ejecución complementaria correcta o una reducción del montante de la contraprestación debida».*

(37) De nuevo, nos parecen correctísimas las observaciones de MORALES (vid. *La modernización...*, págs. 341 y 342), cuando afirma lo siguiente:

«...Pero además de estos casos de imputación de riesgo [saneamiento por vicios ocultos, entre otros] previstos en la ley, en los que no interviene culpa, caben otros establecidos por la voluntad a través de la garantía. La garantía a que aquí nos referimos es un pacto incorporado al negocio por el que una de las partes asume voluntariamente un riesgo, que en otro caso no le sería atribuido. Por ejemplo, el vendedor se compromete a reparar determinados defectos de la cosa, a sustituirla por otra o indemnizar daños, en un caso en que la ley no le impone estas obligaciones.

Una cláusula de garantía adquiere sentido, en la medida en que ofrezca al adquirente de un objeto una protección que no le ofrece la ley: bien porque atribuye al vendedor riesgos que la ley no le atribuye, bien porque altera la distribución legal de riesgos. Pero en ningún caso puede servir para excluir, por vía de sustitución, una imputación legal de responsabilidad que no admita pacto en contrario o un sistema de reparto de riesgos que no admita alteración.

Otras veces el riesgo se distribuye (se imputa al transmitente) manejando criterios de imputación d responsabilidad basados en la culpa.

El primer criterio en que se piensa, tratándose de las obligaciones derivadas de un contrato, es el incumplimiento de una obligación contractual. Mas no siempre que resulta defectuosa la cosa entregada o que no se acomoda a lo pactado, podemos entender que hay incumplimiento en sentido estricto. Propiamente no lo hay, si los defectos de la cosa fueran debidos a la falta de cuidado en la custodia de la cosa, habría un incumplimiento de la obligación de custodia (cfr. art. 1.094).»

(38) En este sentido resultan de enorme interés las obras de MORALES MORENO citadas en este trabajo, así como los siguientes trabajos de Fernando PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, págs. 1019-1091, y «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, págs. 1719-1745.

el sistema de remedios admitidos en la contratación internacional, como abordaremos más adelante.

Tales opiniones han llegado a cristalizar en un loable trabajo en el seno de la Comisión General de la Codificación, como es el Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa (39), con la finalidad de modernizarlo, incorporando al mismo las nuevas corrientes del Derecho Uniforme y Comunitario, siendo los referentes de dicha reforma, la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías (1980) y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Siendo igualmente destacables a estos efectos, los «Unidroit Principles of International Commercial Contracts» y los «Principles of European Contract Law».

En el referido Anteproyecto y en relación con el saneamiento por vicios ocultos, cabe destacar que el mismo y el saneamiento por evicción quedan sustituidos porque al vendedor se le obliga a entregar la cosa conforme al contrato y libre de derechos y pretensiones de tercero. Así, la Propuesta de Anteproyecto dice, en relación con las acciones edilicias, lo siguiente: *«La reforma afecta, fundamentalmente, al régimen de los denominados saneamientos. Afecta, pues, al saneamiento por defectos ocultos de la cosa vendida, que es el que corresponde en la tradicional regulación del Código Civil al principio de conformidad de la Directiva. Afecta también al saneamiento por evicción y por gravámenes ocultos, cuya regulación en el Código Civil no corresponde con las*

---

(39) Esta propuesta de Anteproyecto de Ley fue publicada en el Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1998, pág. 2076 y sigs.

En lo que ahora nos interesa, la redacción de los artículos del Código Civil que modifica este Anteproyecto es la siguiente:

- Artículo 1.445. Por el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de tercero que no han sido contemplados en él, y el comprador a pagar un precio en dinero y a recibirla en las condiciones estipuladas.
- Artículo 1.474. La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente a la pactada se equipara a la falta de conformidad.
- Artículo 1.475. A salvo de los pactos por las partes hay, en particular, falta de conformidad:
  - 1.º Si la cosa no se ajusta a la descripción del vendedor.
  - 2.º Si no posee las cualidades de la muestra o del modelo presentados por el vendedor al comprador.
  - 3.º Si no es apta para el uso especial requerido por el comprador al celebrarse el contrato siempre que el vendedor haya admitido que la cosa es apta para dicho uso.
  - 4.º Si no es apta para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o no presenta la calidad y proporciona las prestaciones habituales que, conforme a la naturaleza del bien, el comprador pueda fundamentalmente esperar.
- Artículo 1.481. El vendedor responderá ante el comprador de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo de éste.
- Artículo 1.482. En caso de falta de conformidad, el comprador podrá, por su sola declaración dirigida al vendedor, exigirle el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato. En cualquiera de estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere.

*exigencias de la sociedad actual. Los saneamientos, como regímenes especiales de responsabilidad contractual, desaparecen y son sustituidos por una regulación de los problemas acorde con las reglas generales del derecho de obligaciones. En este punto, la reforma está presidida por la idea de unificación del sistema de responsabilidad contractual».*

O sea, no se puede ser más explícito, la acción de saneamiento no se corresponde con las exigencias de la sociedad actual, por lo que sorprende el recurso a la misma en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, y no puede entenderse sino es desde posturas excesivamente dogmáticas y no pragmáticas, por lo que hubiera sido deseado que las alegaciones en cuanto a la existencia de un incumplimiento contractual y correspondiente solicitud de daños y perjuicios alegadas en el pleito hubieran sido acogidas en sus instancias (de ser calificado como esencial, según veremos y si el defecto no hubiera sido conocido por el comprador), lo que hubiera supuesto un correcto entendimiento del incumplimiento contractual en cuanto a la inexistencia de falta de conformidad. Por ello, fallos judiciales como el aquí tratado, surcan caminos en sentido contrario a los propuestos no sólo en los «Unidroit Principles of International Commercial Contracts» y los «Principles of European Contract Law» (40), sino en nuestro Derecho patrio, como son la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías (1980) (41) (art. 35 y sigs.) y el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ha integrado el régimen de las ventas de consumo.

Por otro lado, sorprende cómo la ponente (Excma. señora Encarnación ROCA TRÍAS) de la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, no acude como criterio interpretativo a los textos antes mencionados, como de hecho sí hace la misma ponente en otras dos resoluciones, aunque en éstas a propósito del correcto entendimiento de lo que debe considerarse un incumplimiento esencial, como son: la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de diciembre de 2008 (*JUR* 2009/8393) y la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2008 (Id. Cendoj: 280791100012008101164) (42).

---

(40) Vid. LUIS DÍEZ PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

(41) *La compraventa internacional de mercaderías*. Comentario de la Convención de Viena, dir. y coor. LUIS DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Madrid, 1998.

(42) En la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de diciembre de 2008, se afirma lo siguiente: «...Ante un incumplimiento de este tipo, la jurisprudencia ha venido entendiendo, si bien no de una forma lineal, que los incumplimientos esenciales o sustanciales permiten la resolución del contrato o exigir el cumplimiento (art. 1124.2 CC). Aunque una tendencia jurisprudencial haya exigido lo que se ha calificado como “voluntad deliberadamente rebelde del deudor”, sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso por incumplimiento, por el hecho de la frustración del fin del contrato, “sin que sea preciso una tenaz y persistentes resistencia obstativa al incumplimiento, bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte” (STSS de 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre y 31 de octubre de 2006, entre otras). Modernamente, los textos internacionales relativos a las obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el Derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, UNIDROIT), y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien, “si otorga a la parte perjudicada razones para creer

Es decir, fallos judiciales como el aquí expuesto también contradicen la Jurisprudencia que en relación con el *aliud pro alio* o insatisfacción objetiva del comprador han intentado superar rigideces normativas actuales en nuestro Código Civil, tales como la regulación de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa en aras a configurar el concepto de «falta de conformidad», como el verdadero supuesto generador de incumplimiento de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa.

No nos queda más en este momento que recordar que dicho Anteproyecto configura a la «falta de conformidad» como el nuevo supuesto generador de incumplimiento del vendedor en el contrato de compraventa y, como tal, faculta al comprador para ejercitar los remedios propios para el incumplimiento que pasan por una generalización de los mismos, tal y como hacen los «Principles of European Contract Law» (1:301 [4]), los cuales, en relación con el término «incumplimiento» expresan: *«que denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos»*.

Por ello, la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios solicitada por la demandante (en el pleito resuelto por esta sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008) ante el incumplimiento de las obligaciones de la demanda en relación con lo aseverado en las manifestaciones y garantías, entendemos que pudiera haberse resuelto positivamente en clave de incumplimiento contractual (43). Así, el artículo 8:103 de los «Principles of European Contract Law» califica de esencial del incumplimiento:

*que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra". Este principio se repite en el artículo 8.101 [1] de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL), que en el artículo 8.103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato. Reglas parecidas se encuentran en vigor en España a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 y ratificada por España en 1991; en su artículo 49.1, al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver el contrato cuando esta conducta constituya "un incumplimiento esencial del contrato" (SSTS de 5 de abril y 22 de diciembre de 2006). Aplicando estos principios al presente recurso...».*

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2008, expone en cuanto al tema que ahora tratamos, lo siguiente: *«...Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTSS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil. Y a tal efecto es buena la referencia del artículo 8:103 PECL, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, por una parte el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; el caso de que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, y el caso del incumplimiento intencional que de razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento. En el recurso nos encontramos ante la segunda de las causas...».*

(43) Evidentemente, si el incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías pudiera calificarse de «esencial» de acuerdo con estos términos.

- «a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato.
- b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado.
- c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte».

Y, como según el artículo 8:101 de los «Principles of European Contract Law», el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los remedios dispuestos en el capítulo 9, observamos cómo el artículo 9:501 de los «Principles of European Contract Law» (entre los otros remedios disponibles) faculta para solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, incluyendo las mismas: a) las pérdidas no pecuniarias, y b) las futuras pérdidas previsibles y probables.

En suma y en virtud de lo expuesto, el incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías, bien por su análisis desde el *dolo in contrahendo*, como vicio de la causa o como prestación defectuosa por falta de conformidad, pudieran haber dado lugar a la indemnización de daños y perjuicios solicitada en este caso jurisprudencial, siendo remedios más acordes con los textos internacionales y con la aplicación que el propio Tribunal Supremo, ya está haciendo de los mismos que la acción de saneamiento por vicios ocultos, tanto por las dificultades de la misma en cuanto a un correcto entendimiento del «vicio», como por la superación que de dicha doctrina edilicia se ha venido realizando también en la práctica mediante la aplicación de la conocida doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*.

Como hemos podido comprobar, principalmente pueden ofrecerse soluciones al problema, analizado tanto desde la perspectiva del dolo como de la falta de conformidad en el ámbito del incumplimiento contractual (44). En este caso, aún admitiendo una coexistencia entre ambos regímenes, la tendencia a construir un sistema de responsabilidad contractual objetiva, que se demuestra en los textos propuestos y en nuestra Jurisprudencia, supone un remedio más favorable, en cuanto a su aplicación para el comprador, el recurso al incumplimiento o responsabilidad contractual, aunque ciertamente, el plazo de prescripción de quince años (*ex art. 1.964 del Código Civil*) pueda considerarse excesivo y sea recomendable su reducción en los términos del citado Anteproyecto.

---

(44) Nieves FENOY PICÓN, «El sistema de protección del comprador», en *Cuadernos de Derecho Registral*, 2006. Esta autora, aunque en el ámbito de las compraventas de consumo, afirma al respecto lo siguiente: «Por otro lado, el caso del vendedor doloso puede encajar en el dolo vicio del consentimiento (arts. 1.269, 1.270 CC). Hay una concurrencia entre el dolo vicio y el régimen general del incumplimiento del Código Civil, concurrencia que, en la situación actual de nuestro ordenamiento, soy partidaria de solucionar admitiendo su compatibilidad, a elección del comprador; siendo lo más probable que el consumidor encauce la protección de sus intereses a través del incumplimiento. Éste, tanto en remedios (cumplimiento, resolución, indemnización), cuando en plazo de ejercicio (quince años), resulta más ventajoso que el del dolo vicio (anulación, indemnización; cuatro años). Vid. la abundante doctrina citada por esta autora en esta obra, en relación con la evolución del Derecho en este campo.

### III. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS DESDE EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS Y EL *ALIUD PRO ALIO*

El tratamiento de la cuestión, objeto de controversia, en el procedimiento que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, desde la aplicación al mismo de las soluciones ofrecidas por la acción de saneamiento por vicios ocultos, no deja de ofrecer problemas, fundamentalmente por la polémica doctrinal en cuanto al concepto de «vicio», la cual simplemente nos vamos a limitar a apuntar en este trabajo.

En un primer lugar, dicha polémica ha venido tradicionalmente referida en cuanto a la existencia de una noción conceptual de vicio frente a una concepción funcional de vicio.

MANRESA (45) expuso la noción conceptual de vicio al afirmar que *«la simple ausencia en la cosa de determinadas cualidades, que el comprador creía haber encontrado en ella, no puede estimarse como un vicio redhibitorio. Una cosa es que el objeto vendido carezca de ciertas bondades, y otra que positivamente tenga ciertos vicios»* (46).

Por otra parte, la noción funcional de vicio ya fue expuesta por Mucius SCAEVOLA (47) cuando dice que el uso de la cosa, a que se refiere el Código Civil en materia de saneamiento por vicios ocultos *«...no es, en términos generales, aquel uso que el comprador manifiesta querer obtener, sino el que natural y lógicamente corresponde prestar la cosa»* (48).

(45) MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. X, Madrid, 1910, pág. 208.

(46) VERDA Y BEAMONTE ilustra esta doctrina del siguiente modo: *«Tomando un ejemplo tradicionalmente propuesto por los autores que defienden la noción conceptual, no habría, así, un “vicio” cuando el cuadro vendido no hubiera sido pintado por el famoso artista, al que erróneamente se hubiera atribuido su autoría. Ciertamente, de haber conocido al comprador esta circunstancia, no habría comprado el cuadro o habría pagado un menor precio por él. Sin embargo, en este caso, faltaría el prius, respecto del cual poder enjuiciar la gravedad del defecto, a saber, la existencia misma del “vicio”, ya que el cuadro sería hábil para su normal destino, cual es el de su contemplación estética. Por lo tanto, la ausencia en la cosa vendida de una cualidad especialmente presupuesta (la autenticidad de la obra pictórica) habría de ser reconducida a las normas generales de los contratos, con el fin de posibilitar la anulación (por error-vicio del consentimiento) o la resolución (por defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega) del contrato»*. VERDA Y BEAMONTE, *«La noción de “vicio” del artículo 1.484 del Código Civil»*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, vol. II, pág. 3231.

(47) Mucius SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XXIII, artículos 1.445 a 1.541, Madrid, 1906, pág. 608.

(48) VERDA Y BEAMONTE, *vid., op. cit.*, *«La noción de “vicio”...»*, pág. 3234, retomando el ejemplo del cuadro, gráficamente lo trata desde la concepción funcional de vicio al decir que: *«Por lo tanto, la falta de autenticidad de una obra de arte, en la que no hay una cualidad presupuesta por el comprador, cual es la de haber sido pintada por un famoso maestro, constituirá un “vicio” en el sentido del artículo 1.484 del Código Civil. Ciertamente, que el cuadro seguirá siendo hábil para su natural destino (su contemplación estética), pero, con toda probabilidad, el comprador no sólo lo habrá adquirido para contemplarlo, sino también en atención a haber sido pintado por un concreto autor, ya que, en definitiva, la autoría de un cuadro es circunstancias que determina su valor de mercado. Resulta, pues, que el comprador no podrá extraer de la obra pictórica todas las utilidades que razonablemente esperaba obtener de ella, ya que con su adquisición pensaba haber realizado una adecuada inversión económica tendente a la conservación o revalorización de su patrimonio»*.

Aún admitiendo, como de hecho consideramos que ha de hacerse, el concepto funcional de vicio, no es menos cierto que en el caso analizado, el objeto del contrato son las acciones de la compañía. En este sentido, también habría de superarse la clásica polémica entre la concepción objetiva del vicio y la concepción subjetiva del vicio (49). Así, la concepción objetiva delimita la noción de vicio en función de caracteres abstractos, mientras que la concepción subjetiva delimita los vicios, atendiendo a lo querido por las partes en el contrato, lo cual no ha estado claro en la doctrina, existiendo posiciones discrepantes al respecto, aunque pudiera admitirse una concepción subjetiva del vicio, con la consabida hasta ahora, expansión del supuesto de hecho de las acciones edilicias (50).

El tercer punto del debate vendría suministrado por la polémica existente entre si el ámbito de circunscripción de las acciones edilicias es el de las compraventas de cosa específica, mientras que el de las acciones de incumplimiento es propio de las compraventas de cosa genérica. Aunque pudiéramos aceptar que, efectivamente, ello fuera así, la cuestión tampoco ha estado exenta de polémica (51).

Otro aspecto controvertido es la continua superación del concepto de vicio, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, a favor de la ampliación del ámbito de aplicación del incumplimiento contractual, tendencia que como ya hemos expuesto consideramos correcta. Así, en la dicotomía *alius/peius*, se defiende que habría un *aliud* en los supuestos de falta de conformidad por parte del comprador cuando la cosa vendida adolezca de las especificaciones contractuales, existiendo un *peius* cuando la cosa es impropia para el destino habitual de la misma (52).

---

(49) Antonio Manuel MORALES MORENO, «El alcance protector de las acciones edilicias», en *Anuario de Derecho Civil*, 1980, pág. 635 y sigs.

(50) MORALES MORENO, *El alcance...* (vid., págs. 644 y 645), expone la cuestión del siguiente modo: «Una cuestión que nos suscita la interpretación del artículo 1.484, básica para la determinación del concepto de vicio redhibitorio en nuestro Derecho, consiste en saber si acoge sólo un sistema subjetivo o permite emplear, al menos con cierta medida, criterios subjetivos para su determinación. El texto del artículo no ofrece, a primera vista, una solución clara: Su referencia inicial al uso a que la cosa se destina, no nos conduce claramente a un resultado concreto...», y pese a la admisión del criterio subjetivo, el mismo autor expone más adelante en este trabajo (vid., pág. 652) lo siguiente: «...En cuanto se supera la construcción puramente objetiva de los vicios, como ocurre en nuestro sistema jurídico, es difícil trazar una distinción segura, con efectos prácticos satisfactorios, entre vicios y ausencia de cualidades...».

(51) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, 1969, pág. 839 y sigs. Este autor considera que si el comprador conocía los defectos de la cosa, no se aplicaría la acción de saneamiento sino la de incumplimiento, proponiendo la aplicación de la acción de saneamiento a los vicios manifiestos y la de incumplimiento a los vicios ocultos.

En cuanto a la consideración de la aplicación de las acciones edilicias a las compraventas específicas y las de incumplimiento a las compraventas genéricas, puede observarse VERDA BEAMONTE, *La noción de «vicio»...* y la doctrina por él citada, pág. 3268.

(52) Claramente en contra con esta solución, VERDA Y BEAMONTE, *La noción de «vicio»...* y pág. 3267, cuando afirma: «A mi parecer, la distinción entre *peius* y *aliud* no puede basarse en la circunstancia de que las cualidades de que adolece el bien haya sido objeto, o no, de una expresa previsión contractual, sino que ha de prestarse atención al diverso significado que en la compraventa de cosa específica y en la de cosa genérica alcanza la ausencia de las cualidades expresamente previstas o implícitamente presumpues-

Evidentemente, la polémica anterior ha servido para sentar las bases de la correspondiente jurisprudencia del *aliud pro alio* (53) que con referente en el artículo 1.166 del Código Civil ha tenido la oportunidad de colaborar en el avance de la solución al problema propuesto, identificando como supuestos de incumplimiento contractual por equiparlos a falta de entrega, aquellos casos en que se produce una insatisfacción o falta de conformidad objetiva del comprador en cuanto a las características de la *res vendita* (54), por lo que, en

*tas por las partes al tiempo de la celebración del contrato». Sin embargo, de enorme interés resultan las citas que el mismo autor (vid., op. cit., pág. 3261) a la posición contraria que existe en la doctrina y jurisprudencia francesas. Así expone, lo siguiente: «(47) En tal sentido se orienta la actual jurisprudencia francesa, la cual diferencia los conceptos de "vicio redhibitorio" y de "ausencia de cualidad". El "vicio" se identifica con aquellos defectos que hacen la cosa impropia para el uso a que habitualmente se la destina para el tráfico jurídico, mientras que la "ausencia de la cosa vendida de una cualidad" especialmente tenida en cuenta por las partes se califica como un supuesto de defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega ("non conformité"). De esta clasificación se extraen importantes consecuencias: si la cosa es inútil para su normal destino, el comprador sólo puede acudir a las acciones edilicias, mientras que si es inútil para una específica finalidad pretendida por las partes, se admite la posibilidad de acudir a las acciones generales de incumplimiento, las cuales no están sujetas al breve plazo previsto por el artículo 1648 del "Code"».*

(53) Vid. Antonio ORTÍ VALLEJO, «Los vicios en la compraventa y su diferencia con el *aliud pro alio*: jurisprudencia más reciente», en *Aranzadi Civil*, vol. I (Estudio), 1996. Asimismo, VERDA Y BEAMONTE, «Entrega de *aliud pro alio*», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, Editorial Aranzadi, 1999.

(54) VERDA Y BEAMONTE, *La noción de vicio...* (págs. 3268 y 3269) reconoce, pese a su posición, que: «La jurisprudencia española, en cambio, sigue un criterio bien diverso al que aquí se sugiere en orden a la coordinación de las acciones edilicias y las acciones de incumplimiento, ya que no distingue según que los defectos afecten a cosa específica o genérica, sino que atiende a la gravedad o levedad de los mismos. Con la finalidad de obviar la aplicación de las normas reguladoras del saneamiento y de asegurar la tutela del comprador, más allá del breve plazo de caducidad establecido en el artículo 1.490 del Código Civil, entiende que cuando la cosa presenta defectos de tal entidad, que resulta totalmente inhábil para el uso a que se destina, no existe un vicio en el sentido del artículo 1.484 del Código Civil, sino que hay un supuesto de entrega de *aliud pro alio*, por lo que las acciones ejercitables no son las edilicias, sino las de incumplimiento, las cuales están sujetas al amplio plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964 del Código Civil... Hay que reconocer que esta moderna orientación jurisprudencial, que se ha impuesto a otra más antigua, favorable a la compatibilidad de las acciones edilicias y las de incumplimiento tiene sus méritos. El más evidente es el de paliar, al menos en parte, las consecuencias de una inadecuada regulación procesal de las acciones edilicias, obviando la aplicación del breve plazo de caducidad que para su ejercicio prevé el artículo 1.490 del Código Civil... Creo que es innegable que existe un inevitable punto de coincidencia entre la entrega de *aliud pro alio*, tal y como es concebida por la jurisprudencia, y el "vicio", tal y como es definido por el artículo 1.484 del Código Civil. Entiendo, en definitiva, que la orientación jurisprudencial que circunscribe el ámbito de aplicación del artículo 1.484 del Código Civil a los pequeños defectos que disminuyan la utilidad de la cosa, pero que no la hacen totalmente inútil para el uso a la que se la destina, carece de fundamento legal, ya que supone ir contra el claro y tajante tenor del precepto. Y, además, aplicada rigurosamente conduce a un resultado injusto, ya que sólo permite al comprador ejercitar las acciones de incumplimiento cuando los defectos hacen la cosa "totalmente inhábil para el uso a que va destinada", negándole tal posibilidad cuando se trate de defectos de calidad menor, en cuyo caso no se comprende por qué no ha de poder demandar la sustitución o reparación del bien, y ha de limitarse a ejercitar las acciones edilicias, quizá ya extinguidas por el transcurso del breve plazo de caducidad del artículo 1.490 del Código Civil».

nuestra opinión, esta doctrina jurisprudencial no puede valorarse en función de la exclusiva gravedad o levedad del defecto, sino sobre dicha falta de conformidad por ser contraria a las especificaciones contractuales de la cosa vendida aunque, evidentemente, para que dicho incumplimiento pueda calificarse como resolutorio ha de ser esencial.

No obstante lo anterior, la propia sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, sobre las bases de los hechos probados y de lo alegado en las instancias, no considera aplicable la doctrina del *aliud pro alio*, fundamentalmente por considerar probado que el objeto del contrato eran acciones y no la toma del control de la sociedad, lo que a nuestro juicio, vuelve a ser propio de un excesivo dogmatismo en cuanto a la interpretación del objeto contractual, atendido única y exclusivamente desde la óptica del objeto real del contrato y no desde lo que pudiera ser considerado objeto ideal del contrato, que es el conformado no sólo por el real sino por las especificaciones contractuales que realizan las partes sobre el mismo en las referidas cláusulas de manifestaciones y garantías; obviándose por otro lado, la integración que en relación con el contenido del contrato ha de realizarse conforme al artículo 1.258 del Código Civil (55).

Además, lo anterior sería contrario incluso a la concepción subjetiva de vicio, defendida por la doctrina mayoritaria, y por lo tanto incongruente con el tratamiento edilicio efectuado por la sentencia.

Resulta incluso significativo, exponer como la Audiencia Provincial de Madrid afirmaba en el recurso de apelación que para entender que se pudiera aplicar la doctrina del *aliud pro alio* hubiera sido necesario que la sociedad comprada hubiera estado en quiebra. Entendimientos como éste implican incluso agravar hasta límites insospechados en el ámbito de las adquisiciones de empresas el concepto de «esencialidad» como requisito del incumplimiento resolutorio, contrario a la concreción que de dicho concepto se ha venido realizando por la Jurisprudencia: a saber, existe un incumplimiento esencial cuando se produce la falta de obtención de la finalidad perseguida, la frustración de las legítimas expectativas o de las aspiraciones, quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico perseguido. En este sentido, Díez-PICAZO expone con claridad su opinión cuando afirma que (56): «*De esta suerte, el problema que plantea la calificación de un incumplimiento como esencial es si éste debe resultar claramente de las estipulaciones de las partes, de manera que éstas contengan lo que los ingleses llaman una conditio, o se trata de una valoración realizada a posteriori sobre lo que puede considerarse la trama económica del contrato. En este punto, hay que decir que, a nuestro juicio, es solución preferible la primera, pues en la segunda existe siempre una cierta dosis de arbitrariedad*».

De ahí que, a nuestro juicio, la normal y correcta construcción de la cláusula de manifestaciones y garantías evidencie claramente la esencialidad de lo que antes también hemos denominado «propósito negocial», por lo que pueden justificar un incumplimiento resolutorio en términos de esencialidad, sin que sea correcto entender que su falta sólo puede ser digna de consideración

---

(55) Sobre la integración del contrato con carácter general, vid. Carlos LASARTE, «Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *Revista de Derecho Privado*, LXIV, págs. 50-78, 1/1980.

(56) Díez-PICAZO, *Los incumplimientos...*, pág. 66.

si la empresa se encuentra en insolvencia, ya que la frustración del fin del contrato evidentemente se puede producir sin tener que esperar al acaecimiento de la situación de insolvencia.

#### IV. CONCLUSIONES

Como hemos tenido oportunidad de exponer, no consideramos adecuado el tratamiento que la sentencia de 20 de noviembre de 2008 realiza del supuesto de hecho debatido, a saber, el incumplimiento de una cláusula de manifestaciones y garantías en el ámbito de las adquisiciones de empresas cuando ésta se conviene mediante un contrato de compraventa de acciones.

La solución a este problema no puede venir por la aplicación del régimen del saneamiento por vicios ocultos, un sistema de protección del comprador introducido en Roma por los Ediles Curules para mitigar el conocido *caveat emptor* en las ventas celebradas en los mercados, cuando ni siquiera este nuevo remedio edilicio en el Derecho Romano excluía por completo la posibilidad del comprador de acudir a las acciones y remedios propios del *Ius Civilis* (57).

La ubicación de este tipo de cláusulas en sede de *dolo in contrahendo* y de vicio de la causa subjetiva o concreta, podrían haber servido como justificaciones para la exigibilidad de la indemnización de daños y perjuicios solicitada, con cumplimiento de sus requisitos.

La progresiva evolución del concepto de incumplimiento resolutorio (aunque el comprador pueda pretender, en la mayoría de estos supuestos, exclusivamente la acción de indemnización de responsabilidad contractual debido a las características de este tipo de adquisiciones) en función a la «falta de conformidad» ha de servir igualmente como fundamento jurídico de la indemnización solicitada, coadyuvando al respecto la igualmente progresiva objetivización de dicho incumplimiento.

El saneamiento por vicios ocultos no se desvela como una fórmula adecuada para el tratamiento de este problema, a la luz de su desaparición como figura autónoma en los textos internacionales y de los constantes esfuerzos jurisprudenciales por una superación del referido sistema edilicio, en aplicación de la doctrina del *aliud pro alio*, siendo evidente que el recurso edilicio no es el correcto, según las características especiales de las adquisiciones de empresas, por no ser el apropiado para atender al remedio por contravención de los propósitos negociales o fines buscados por el comprador en estas adquisiciones.

Ni los textos internacionales (como los Principios del Derecho Europeo de Contratos, que están siendo aplicados ya por nuestro Tribunal Supremo), ni nuestro propio Derecho nacional (Convención de Viena de 1980 y Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,

---

(57) MORALES MORENO, *El alcance...* (pág. 597), afirma que: «El sistema protector de los ediles, aun siendo un sistema especial, no va a privar al comprador de la posibilidad de utilizar, ante la jurisdicción correspondiente, los remedios propios del *Ius Civile*. Ello es así, incluso en los casos en que el remedio edilicio no se ha dado suplendi *iuris civilis*, sino *adievundi iuris civilis gratia*... (20). ARANGIO RUIZ, *Compraventita*, pág. 367. Por ejemplo, el simple silencio del vendedor de buena fe no estaba sancionado; no determina la *actio empti* y sí la protección edilicia. En cambio, las declaraciones positivas engañosas del vendedor daban lugar a la protección civil honoraria».

que ha integrado el régimen de las ventas de consumo), donde se supera por completo el régimen de las acciones edilicias a favor de la falta de conformidad, justifican la existencia de la desigualdad de trato en los remedios que pudiera utilizar el comprador en estas adquisiciones especiales, como de hecho ocurre con la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008, desde postulados, a nuestro juicio, excesivamente dogmáticos.

El anterior rigor en cuanto al recurso codificado edilicio y las polémicas doctrinales en cuanto al mismo y su conexión con el incumplimiento contractual, pese a los loables intentos de la conocida doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* (con los riesgos en cuanto a la gravedad o no del defecto), hacen aconsejable, en general, una reforma del sistema de nuestra compraventa regulado en el Código Civil (58).

En suma, asuntos como el resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, refuerzan dichos propósitos de reforma. En esta línea, y como colofón a las reflexiones realizadas en este trabajo, consideramos sumamente ilustrativas las palabras de Díez-PICAZO (59) al respecto: *«El problema, en mi opinión, es definir claramente si en el Derecho moderno se debe seguir una política, por llamarla de algún modo, denominaremos de favorecimiento de la contratación, o si se debe seguir una política que en cierta medida resulta restrictiva. Mi opinión va en el primero de los sentidos mencionados. Puedo admitir, aunque las cosas no estén en este punto especialmente claras, que en los momentos en que el Código Civil francés se promulgó, el contrato fuera considerado como una aventura especialmente arriesgada, de manera que para generar obligaciones vinculantes hubiera que tomar algunas precauciones y que no se sintiera la necesidad de un mundo con demasiados contratos, pero me parece que no es la misma óptica que doscientos años después se debe adoptar. Aunque sea tachado de neoliberal, tendré que decir que el progreso económico va unido al desarrollo constante de la contratación y que, por consiguiente, cuantas más medidas se tomen en ese sentido mejor será para todos. (...) En cualquier caso, y a modo de conclusión, quiero señalar que cualquier reforma que, en estos momentos o en el futuro, se acometa para modificar los actuales códigos civiles, tiene, naturalmente, que adquirir conciencia clara de que debe ponerlos en línea con los textos en los que se plasma un proyecto de Derecho europeo. El Derecho de contratos se encuentra hoy en un momento delicado de su evolución y, si se considera necesario reformarlo, lo mejor que puede hacerse es colocarse en la misma línea que el llamado Derecho europeo».*

---

(58) De hecho, países como Alemania han llevado a cabo una reforma de su Código Civil (BGB) mediante la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), para trasponer la Directiva 1999/44/CE, donde se ha sustituido la regulación de los vicios por la falta de conformidad de la Directiva. Lo mismo ha ocurrido en Austria mediante la (*Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz*) que ha modificado en el mismo sentido el Código Civil austríaco (ABGB). Igualmente, en Holanda el nuevo Código Civil (NBG) ya había recogido la regulación de la compraventa bajo los principios de la Directiva 1999/44/CE y del Convenio de Viena de 1980.

(59) Díez-PICAZO, «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», en *Anuario de Derecho Civil*, LV-4, octubre de 2003.

RESUMEN

ADQUISICIÓN DE EMPRESA. INCUMPLIMIENTO

*La sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008, resuelve un supuesto de incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías en un contrato de adquisición de empresa, articulado mediante una compraventa de acciones, desde la aplicación del saneamiento por vicios ocultos, lo que nos parece contrario a los modernos postulados del Derecho de obligaciones que ofrecen el concepto de «falta de conformidad» como superación de las clásicas acciones de saneamiento.*

ABSTRACT

COMPANY ACQUISITION. BREACH OF OBLIGATION

*In a case of breach of the clause of statements and guarantees in a contract to purchase a company through a purchase of shares, the Supreme Court's ruling of 20 November 2008 was to apply a remedy to hidden defects. This seems to us contrary to the modern postulates of obligation law, which offer the concept of «unacceptability» as a better tool than classic action to remedy hidden defects.*

### 3. URBANISMO

*DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA Y CONSTITUCIÓN EN RÉGIMEN  
DE PROPIEDAD HORIZONTAL. RESERVA DE LEY PARA  
LA EXIGIBILIDAD DE LICENCIA RESPECTO DE LA CREACIÓN  
DE MAYOR NÚMERO DE ELEMENTOS PRIVATIVOS  
DE LOS PERMITIDOS EN LA LICENCIA DE EDIFICACIÓN  
[Examen de los arts. 17.2 del TRLS 2008 y el art. 53.a)  
del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio]*

por

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

*Abogado*

COMENTARIO A LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO MANIFESTADA EN RESOLUCIONES COMO LAS DE 18 DE JULIO DE 1996, 7 DE OCTUBRE DE 1999 Y 16 DE ENERO DE 2002, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 17.2 EL TEXTO RE-FUNDIDO DE LA LEY DE SUELO (RDL 2/2008, DE 20 DE JUNIO)

#### I. RESUMEN DE LOS HECHOS Y DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN LA MATERIA

El caso que comentábamos en el número 678 de esta Revista versaba sobre la negativa a la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal sobre una finca en la que la obra nueva consistía en un edificio de cuatro plantas destinado a vivienda unifamiliar que se dividía horizontalmente dando lugar a dos viviendas unifamiliares independientes, de cuatro plantas cada una de ellas, constituidas en lo que la doctrina ha denominado régimen de propiedad horizontal tumbada.

En la licencia municipal de edificación aportada con el título constaba que se refería a una sola vivienda, además de la edificabilidad máxima permitida y la computable edificada.

Presentado el título ante el Registro de la Propiedad, número 33 de Madrid, había sido calificado negativamente por el Registrador con la siguiente nota: «sólo la obra nueva se puede inscribir, solicitándolo en el Libro Diario, pero para inscribir la división en régimen de propiedad horizontal, por tratarse de vivienda unifamiliar, hay que acompañar la licencia municipal prevista en el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Arreglar el error de la Cláusula Quinta».

Tras el correspondiente recurso gubernativo y la oportuna apelación a la Dirección General, ésta dictó su Resolución de 16 de enero de 2002 en la que resumía la que viene siendo su doctrina en los últimos años al respecto. Así en sus Fundamentos de Derecho exponía:

*«Vistos los artículos 33 de la Constitución; 348, 396 y 400 del Código Civil; 12, 13, 14, 95 y 96 del Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del Suelo y Valoraciones; 30, 5, 38,*

39, 48.1.c), 53, 143 y 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de la Comunidad de Madrid; la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, 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; y las Resoluciones de 18 de julio de 1996 y 7 de octubre de 1999.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad copia autorizada de una escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal de un edificio chalé de cuatro plantas, de la que resultan dos elementos privativos (dos viviendas unifamiliares independientes, situadas una a la izquierda y otra a la derecha del edificio), que llevan como anejo inseparable el uso y disfrute exclusivo de una parte de la parcela no ocupada por la edificación dedicada a jardín.

El Registrador rechaza la inscripción por estimar que, al tratarse de una vivienda unifamiliar, según la licencia municipal unida a la escritura calificada, no puede inscribirse la división en régimen de propiedad horizontal sin que se acompañe nueva licencia que, conforme a lo establecido en el artículo 53.a) del Real Decreto 1092/1997, de 4 de julio, acredite que se permite constituir como elementos independientes más de una vivienda.

2. Este Centro Directivo abordó ya una cuestión análoga a la presente mediante Resolución de 18 de junio de 1996, según la cual las exigencias de la ordenación urbanística no pueden llevarse al extremo de determinar el grado de ocupación material de cada una de las viviendas permitidas en la zona de actuación; si bien es cierto que corresponde al planeamiento la determinación de la intensidad edificatoria de cada zona de suelo, ello debe agotarse en el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea de terreno [véanse arts. 12, 13, 14, 95 y 96 del Decreto 1346/1976, de 9 de abril, vigente al tiempo del otorgamiento de la escritura calificada como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo; y 30, 4, 38, 39, 48.1.c), 53, 143, 146 y 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de la Comunidad de Madrid, si bien, esta Ley, por su fecha, no resulta aplicable al presente supuesto], pero, en modo alguno, implican la determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas de conformidad con el planeamiento urbanístico, so pena de agudizar un problema ya de por sí, grave; por ello, si el número de personas que residen en una edificación urbanísticamente regularizada, es ajeno a la normativa urbanística, igualmente ajeno debe ser a tal normativa la configuración jurídica que sus ocupantes den a la titularidad de la vivienda ocupada, si no se altera con ello el uso residencial asignado o su estructura y aspecto exterior, como ocurre en el caso de la división horizontal, habida cuenta de su significación jurídica (confróntense arts. 396 y 400 de la Ley de Propiedad Horizontal).

Ciertamente, el precepto invocado por el Registrador en su nota de calificación [art. 53.a)] del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, es posterior a la mencionada Resolución; mas, si se tiene en cuenta que falta una norma con rango de Ley que imponga una restricción como la debatida y que, dado el principio de libertad que rige el dominio, las limitaciones al mismo han de resultar de la Ley y ser interpretadas restrictivamente (cfr. arts. 33 de la Constitución y 348 del Código Civil), debe concluirse que en el presente caso —en el que conforme a dicha regla hermenéutica ha de estimarse que la mera indicación en la licencia de que se refiere a una vivienda, sin mayor especificación en las prescripciones generales y particulares de aquélla, no puede implicar prohibición

*de que sobre dicha casa aislada se configure un régimen jurídico adecuado para que pueda ser utilizada por más de una familia— debe accederse a la inscripción solicitada».*

Como se ve, era un caso típico y frecuente que permite analizar de nuevo la cuestión, a la luz de una nueva regulación legal que parece contradecir la línea mantenida por la Dirección General en esta materia.

## II. COMENTARIOS

### 1. RESUMEN DE LA POSICIÓN CRÍTICA QUE HEMOS MANTENIDO EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA CITADA

Como consta en distintos artículos publicados en esta Revista, desde LASO & ASOCIADOS venimos sosteniendo una posición crítica con la doctrina de la Dirección General en relación con la aplicación, o no, del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 a estas divisiones horizontales. Así lo planteó José Luis LASO MARTÍNEZ, en el artículo de titulado «Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral», página 893 y siguientes, publicado en el número 657, más tarde, se defendía por mí en el publicado en el número 678 citado al comienzo del presente y, finalmente, aunque de manera incidental también se ha planteado en el artículo de Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN, publicado en el número 697 de esta Revista, página 2116 y siguientes.

Nuestra posición se ha basado siempre en la evidencia de que en el actual Estado de Derecho español, frente a la consideración romana del dominio como un derecho prácticamente sin límites que se constituye desde el cielo hasta el infierno, la Constitución informa y delimita su contenido a través de principios como el de la función social de la propiedad que recoge el artículo 33 de la Constitución Española y la legislación urbanística ha trascendido el ámbito de la emisión de una serie de normas de policía urbana para ser la auténtica delimitadora del derecho de propiedad urbana.

Esta función delimitadora, que no meramente limitadora del dominio, somete el haz de facultades dominicales del titular del suelo y las construcciones a que éstas se ejerciten de acuerdo con las determinaciones del planeamiento urbanístico. El marco jurídico en el que se desenvuelve la actividad del propietario en relación con la propiedad urbana es, en consecuencia, sólo el que define la Legislación urbanística y, por remisión de ésta, el Plan.

La Dirección General se pronunciaba en las Resoluciones comentadas inicialmente bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, que en su artículo 3 advertía que la competencia urbanística comprendía la intervención en la construcción y en el uso de las fincas [art. 3.4.f)] así como la garantía del «uso racional del suelo en cuanto al mantenimiento de una densidad adecuada al bienestar de la población» [art. 3.2.e)]. Posteriormente, se manifestó bajo la vigencia de la Ley 6/1998, de 13 de abril.

La Dirección General, no obstante, como hemos visto, negó, bajo la vigencia de dichas Leyes, la aplicación de la necesidad de la autorización administrativa para la división horizontal en casos como el señalado, relativos a viviendas unifamiliares, cuya licencia así lo especificaba.

Invocando el derogado artículo 134 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, hemos sostenido en nuestros anteriores trabajos que el Plan no sólo determina la configuración física de las edificaciones, sino que incide en el derecho de su titular asignando a dichas edificaciones un régimen jurídico específico y concreto y que garantizar que éste no se pervierte o tergiversa es una función propia de la Administración y los Poderes Públicos.

También hemos señalado la existencia de un principio urbanístico imperativo de control de la densidad de población, al que obedece el requisito de acreditación de la licencia previsto en el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que pretende garantizar, entre otros aspectos, no la preservación de la configuración jurídica de una vivienda, como indica la Resolución que comentamos, sino que no se creen propiedades separadas que constituyan viviendas o unidades independientes con evidentes consecuencias urbanísticas más allá de las autorizadas cuando el número de éstas figuran en la licencia.

Con base en estos fundamentos venimos denunciando que cuando se admite la inscripción de una división horizontal sobre una vivienda unifamiliar sin la respectiva licencia o autorización administrativa, se permite la alteración de dos parámetros urbanísticos fijados por el planeamiento de gran importancia:

a) En primer lugar, el que se refiere a la tipología edificatoria, que hoy suele constituir un uso urbanístico diferente, puesto que el planeamiento urbanístico distingue en el régimen de usos pormenorizados el que constituye una vivienda unifamiliar de lo que son viviendas colectivas y diferencia, a su vez, entre las viviendas unifamiliares las que son aisladas, adosadas o pareadas, circunstancia que puede conducir a la anulación de la licencia cuando no se cumplen los requisitos establecidos por el Plan al efecto.

En este sentido, como ya dijéramos en el artículo antes citado: «No se trata, en contra de lo que argumenta la Dirección General, de que ello simplemente permita alojarse en el edificio a más o menos personas, sino que lo que constituía una sola vivienda unifamiliar se convierte en dos viviendas de tipología colectiva para las que no se otorgó la licencia».

Esta alteración ha llevado a los Tribunales a anular licencias por no respetar el destino unifamiliar del solar sobre el que se edificaba, como, por ejemplo, el caso que mencionábamos de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada por su Sección 2.ª el 28 de enero de 1997, confirmada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo mediante su sentencia de 17 de enero de 2002.

b) El segundo de los parámetros fundamentales que se alteran con la constitución en régimen de propiedad horizontal de una vivienda unifamiliar es el de la densidad o número de viviendas.

Frente a lo que afirma la Dirección General, la legislación urbanística considera esencial la densidad y ésta opera como un parámetro urbanístico esencial en el desarrollo urbano. La densidad, que se define como un parámetro global en el Plan, referido al sector o unidad de ejecución, cuando se refiere al uso pormenorizado de vivienda unifamiliar, es un parámetro específico para el solar concreto y no menos importante que la edificabilidad máxima o la altura de coronación.

En definitiva, desde la perspectiva global del Planeamiento existe una densidad directa o indirectamente prevista, que predetermina o configura la red pública de dotaciones, equipamientos o servicios necesaria para el normal desenvolvimiento de la vida ciudadana. Pero desde la realidad del solar, cuan-

do el uso al que está destinado es el de vivienda unifamiliar, la densidad se configura como un uso urbanístico concreto, de manera que es tan ilegal destinar el inmueble a un uso terciario como al de residencial colectivo, incrementando el número de viviendas construidas en él.

Evidentemente, el control de los usos es urbanístico y no le compete al Registrador, pero ese argumento es precisamente el que se opone a la postura de la Dirección General que ha decidido interpretar la legalidad urbanística en términos de oportunidad, como si se tratara de su función. Así lo hace cuando dice: «si bien es cierto que corresponde al planeamiento la determinación de la intensidad edificatoria de cada zona de suelo, ello debe agotarse en el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea de terreno ... pero, en modo alguno, implican la determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas de conformidad con el planeamiento urbanístico, so pena de agudizar un problema ya de por sí, grave».

Lo primero que cabe resaltar es que el problema grave hoy día no es precisamente la insuficiencia del parque de viviendas (los últimos estudios cifran en un millón aproximadamente el stock de viviendas nuevas que no se venden en este momento de crisis inmobiliaria), sino el hacinamiento que vuelve a aparecer en las ciudades vinculado normalmente al fenómeno de la inmigración y las difíciles condiciones de vida de los inmigrantes. Lo segundo, y más importante, es que corresponde al planificador urbanístico y nunca al particular o al Registrador definir la configuración de las edificaciones y su capacidad para albergar una o más familias de acuerdo con las ordenanzas. Eso es lo que pretende garantizar el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997.

A ello se une, como venimos defendiendo hace años, el mandato constitucional del artículo 47, que proclama el derecho a una vivienda digna, aspecto que requiere una definición técnica y el necesario control administrativo derivado del principio de desarrollo sostenible al que no es ajeno en absoluto el control de los asentamientos de población y su eventual crecimiento, con los efectos que ello tiene sobre la huella ecológica y el consumo y depuración de agua.

Estos son los principales argumentos que hemos apuntado en los últimos años en contra de la doctrina reiterada de la Dirección General en esta materia, puesto que no parece conforme con la obligada comprobación de la legalidad de los actos que tienen acceso al Registro de la Propiedad impuesta por el principio de calificación registral y que alcanza a los límites ontológicos del derecho que se pretende inscribir. Nos oponemos a la doctrina de la Dirección General porque supone permitir en el sistema hipotecario lo que el ordenamiento urbanístico y los Tribunales repudian y califican como una infracción urbanística, admitiendo la inscripción de derechos que, en realidad, la Ley no reconoce cuando define y delimita el régimen jurídico de la propiedad urbana.

2. EL ARGUMENTO DE LA RESERVA DE LEY Y SU CONTESTACIÓN EN LA NUEVA NORMATIVA QUE SOSTIENE LA VINCULACIÓN DE LA DIVISIÓN HORIZONTAL A LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA

La Dirección General, en las Resoluciones que comentamos, argumenta su decisión de no aplicar el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, conside-

rando que éste vulnera el principio de reserva de Ley porque vendría a delimitar el contenido de un derecho, como el de la propiedad, que está consagrado legal y constitucionalmente, sin contar para ello con habilitación suficiente.

Como hemos defendido en nuestros anteriores trabajos, en realidad, el Real Decreto no limita el contenido de ese derecho, sino que únicamente establece un requisito formal para el acceso al Registro de la Propiedad de determinados actos jurídicos que, por afectar a determinaciones urbanísticas que forman parte de la configuración legal del dominio, requieren la conformidad con el planeamiento en base al cual fue concedida la licencia.

A su vez, el concepto de la reserva de Ley responde a un concepto abierto deducido de la titularidad del ordenamiento jurídico y susceptible de complementarse con normas de rango reglamentario. En ese sentido, el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, cuando exige licencia para el incremento de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente que se hayan hecho constar en la licencia que determinó la inscripción de la declaración de obra nueva, ni altera el régimen de la propiedad, ni infringe la Ley o la Constitución. Únicamente establece que, cuando en el Registro de la Propiedad consta un determinado hecho con trascendencia civil y urbanística, que ha sido objeto de la correspondiente autorización administrativa, no cabe alterar esa determinación sin la correspondiente autorización.

La Dirección General no lo entiende así y sostiene que el citado precepto reglamentario no se apoya en un texto legal vulnerando el principio de reserva de Ley. Sin embargo, publicada la nueva legislación estatal, el vigente artículo 17 determina la absoluta vinculación a la ordenación territorial y urbanística de la división y segregación de fincas, incluida la división en régimen de propiedad horizontal, lo que armoniza plenamente con el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997. El apartado 2 del artículo 17 del Texto Refundido de la Ley se expresa así:

*«2. La división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva.*

*En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción.*

*Los Notarios y Registradores de la Propiedad harán constar en la descripción de las fincas, en su caso, su cualidad de indivisibles».*

La nueva regulación legal es suficientemente expresiva y no deja lugar a dudas: la división horizontal sólo es posible si cada una de las participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de finca reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. ¿Cómo se puede entonces comprobar que ello es así?; sólo mediante la acreditación a través de

la oportuna certificación administrativa que demuestre bien la concesión de la licencia, bien su innecesariedad.

Por eso la Ley impone la obligación de que en las escrituras se incorpore «para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable». Este requisito, además, es imprescindible para la inscripción. La exigencia legal vincula de tal manera a Notarios y Registradores que se les impone la constancia en la descripción de las fincas, en su caso, de la cualidad de indivisibles.

La conexión entre esta norma y el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 conduce a considerar que la objeción de la reserva de Ley planteada por la Dirección General en este tipo de divisiones horizontales carece, desde luego, de todo fundamento en el momento presente.

El artículo 53.a) citado, titulado «Requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal», lo que dice es lo siguiente:

*«... Para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas:*

*a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión».*

La legislación estatal, que determina el régimen jurídico básico de los derechos de la propiedad urbana, establece que la división de fincas, incluida la división horizontal, exige su sometimiento al régimen urbanístico derivado de la ordenación territorial y urbanística, así como la comprobación mediante testimonio de la legalidad de tales divisiones. En consecuencia, cuando el Real Decreto 1093/1997, que desarrolla la normativa hipotecaria a los efectos de la inscripción de los actos de naturaleza urbanística, impone específicamente la licencia para la división horizontal en los casos en que se pretende incrementar el número de viviendas o locales, no hace sino especificar el modo de atender el mandato legal establecido.

La ordenación territorial y urbanística, de acuerdo con el artículo 3 del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, «son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste».

La exigencia de la licencia en el artículo 53.a) del Real Decreto no supone una intromisión ilegítima en las facultades dominicales del propietario del suelo, sino un requisito razonable y legalmente previsto de comprobación del legítimo ejercicio de los derechos del propietario, que están definidos sólo por esa ordenación urbanística y sometidos *ex lege* al planeamiento, incluso en el caso de la división horizontal.

El artículo 7 del Texto Refundido de la Ley, por su parte, determina que «el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística». En conexión con él, el artículo 8

vincula el ejercicio de las facultades del propietario del suelo al «estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento» y limita la facultad de disposición al respeto al «régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 17».

En el apartado 1.b) del artículo 8, el ejercicio de la facultad de edificación se permite sólo en la «unidad apta para ello» cuando la ordenación territorial y urbanística atribuya a aquella edificabilidad y uso «y se cumplan los demás requisitos y condiciones establecidos para edificar». Por su parte, el artículo 6.d) también impone cumplir «las condiciones previstas por la ordenación territorial y urbanística» en los actos de instalación, construcción o edificación.

Finalmente, el artículo 9.1 determina que «el derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones, comprende, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística».

La Dirección General considera que lo único que corresponde al planeamiento en cuanto a «la determinación de la intensidad edificatoria de cada zona de suelo», es «el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea de terreno», añadiendo que «las exigencias de la ordenación urbanística no pueden llevarse al extremo de determinar el grado de ocupación material de cada una de las viviendas permitidas en la zona de actuación»; y rechazando que, en modo alguno, las determinaciones de la ordenación urbanística «implican la determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas de conformidad con el planeamiento urbanístico, so pena de agudizar un problema, ya de por sí, grave; finalmente, culmina su argumentación declarando que, si el número de personas que residen en una edificación urbanísticamente regularizada, es ajeno a la normativa urbanística, igualmente ajeno debe ser a tal normativa la configuración jurídica que sus ocupantes den a la titularidad de la vivienda ocupada, si no se altera con ello el uso residencial asignado o su estructura y aspecto exterior, como ocurre en el caso de la división horizontal».

Como hemos visto, la Ley de Suelo lo que dice es que ni la edificación, ni la utilización, ni la división, incluso la horizontal, de las fincas es ajena a la ordenación urbanística o queda liberada de su cumplimiento. Es decir, que no se trata de una mera comprobación del uso global o de la estructura y aspecto exterior, sino de circunstancias del máximo detalle propias de la ordenación más pormenorizada. A la vista de ello, teniendo en cuenta que la Dirección General de los Registros y el Notariado no ejerce la competencia urbanística y tampoco le corresponde la jurisdicción contencioso-administrativa, su interpretación es claramente discutible, pero cuando la Legislación vigente exige reiteradamente el cumplimiento de todas las condiciones y requisitos exigidos por la ordenación urbanística para edificar, utilizar el suelo y las construcciones, y sólo permite la división horizontal cuando se reúnen las características exigidas, no sólo por la legislación aplicable, sino por la ordenación territorial y urbanística, su doctrina resulta claramente superada.

La única conclusión posible es que no existe ya argumento alguno para pretender la inaplicación del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, que no ha sido modificado o derogado por la nueva legislación de suelo estatal, sino que ha sido confirmado y se soporta en los artículos que vinculan claramente la división horizontal y el ejercicio de los derechos y deberes de la propiedad urbana al cumplimiento de la ordenación urbanística, es decir, el Planeamiento.

RESUMEN

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

*En el número 678, página 2452 y siguientes de esta Revista ya tuvimos ocasión de comentar la Resolución de 16 de enero de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativa a la negativa del Registrador a inscribir una escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal, en virtud de que no constaba la licencia urbanística del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Publicada la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo del Estado, y posteriormente el vigente Texto Refundido de 20 de junio de 2008, algunas de las objeciones que la Dirección General ha venido planteando en relación con la exigibilidad de licencia en las divisiones horizontales de viviendas unifamiliares parece que quedarían sin fundamento. Esta cuestión es la que se aborda en el presente artículo.*

SUMMARY

DECLARATION OF NEW CONSTRUCTION

*In an article on page 2452 of issue 678 of this journal, we had the occasion to offer some commentary on the Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 16 January 2002 concerning a registrar's refusal to register a deed declaring new construction and the creation of a horizontal property scheme because the development license required by Royal Decree 1093/1997 of 4 July, article 53.a), was not a matter of record. After the publication of Act 8/2007 of 28 May on state land and the subsequent revision that is now the law in force, it appears that some of the objections the Directorate-General has been raising in connection with whether licences are required for horizontal divisions of single-family homes may become unfounded. This is the issue addressed in this article.*

# ACTUALIDAD JURÍDICA



## I. Información legislativa

### **NORMAS ESTATALES**

#### **CORTES GENERALES**

— Resolución de 26-3-2009. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 2/2009, de 6-3-2009, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

— Resolución de 23-4-2009. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2009, de 29-3-2009, por el que se autoriza la concesión de garantías derivadas de la financiación que pueda otorgar el Banco de España a favor de la Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha.

— Resolución de 23-4-2009. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2009, de 27-3-2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

#### **JEFATURA DEL ESTADO**

— Ley 1/2009. 25-3-2009. Reforma de la Ley 8-6-1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18-11-2003, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de LEC de la normativa tributaria con esta finalidad.

— Ley 2/2009. 31-3-2009. Regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

— Ley 3/2009. 3-4-2009. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

— Real Decreto-ley 2/2009. 6-3-2009. Medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

— Real Decreto-ley 3/2009. 27-3-2009. Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

— Real Decreto-ley 4/2009. 29-3-2009. Autoriza la concesión de garantías derivadas de la financiación que pueda otorgar el Banco de España a favor de la Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha.

— Real Decreto-ley 5/2009. 24-4-2009. Medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las Entidades Locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos.

— Corrección de errores. Ley Orgánica 1/2008. 30-7-2008. Autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la UE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13-12-2007.

— Corrección de errores y erratas. Ley 2/2008. 23-12-2008. Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

— Corrección de erratas. Ley 4/2008. 23-12-2008. Suprime el gravamen del IP, se generaliza el sistema de devolución mensual en el IVA, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria.

## PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 482/2009. 3-4-2009. Convoca elecciones de diputados al Parlamento Europeo.

— Real Decreto 542/2009. 7-4-2009. Reestructura los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 543/2009. 7-4-2009. Vicepresidencias del Gobierno.

— Real Decreto 637/2009. 17-4-2009. Modifica el Real Decreto 542/2009, de 7-4-2009, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 639/2009. 17-4-2009. Establece las Comisiones Delegadas del Gobierno.

— Real Decreto 640/2009. 17-4-2009. Desarrolla el Real Decreto 542/2009, de 7-4-2009, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14-4-2008, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Real Decreto 710/2009. 17-4-2009. Desarrolla las previsiones de la Ley 2/2008, de 23-12-2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, en materia de pensiones de Clases Pasivas y de determinadas indemnizaciones sociales.

— Orden 824/2009. 30-3-2009. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueban medidas de austeridad y eficiencia en materia de empleo público.

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 245/2009. 27-2-2009. Modifica el Real Decreto 230/2008, de 15-2-2008, que regula el Consejo General de la ciudadanía española en el exterior.

— Real Decreto 297/2009. 6-3-2009. Titularidad compartida en las explotaciones agrarias.

— Real Decreto 298/2009. 6-3-2009. Modifica el Real Decreto 39/1997, de 17-1-1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

## MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 167/2009. 13-2-2009. Dispone la creación y constitución de quince juzgados para la mejora de la jurisdicción mercantil, dentro de la programación del año 2009.

— Real Decreto 255/2009. 27-2-2009. Dispone el cese de don Julio Pérez Hernández como Secretario de Estado de Justicia.

— Real Decreto 256/2009. 27-2-2009. Dispone el cese de doña Susana Peri Gómez como Subsecretaria de Justicia.

— Real Decreto 257/2009. 27-2-2009. Cese de don Julio Martínez Meño como Secretario General de Modernización y Relaciones con la Administración de Justicia.

— Real Decreto 258/2009. 27-2-2009. Cese de don Luis Pedro Villameriel Presencio como Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia.

— Real Decreto 259/2009. 27-2-2009. Cese de don José Francisco García Gumiel como Director del Gabinete del Ministro de Justicia.

— Real Decreto 260/2009. 27-2-2009. Nombra Secretario de Estado de Justicia a don Juan Carlos Campo Moreno.

— Real Decreto 261/2009. 27-2-2009. Nombra Subsecretaria de Justicia a doña Purificación Morandeira Carreira.

— Real Decreto 262/2009. 27-2-2009. Nombra Secretario General de Modernización y Relaciones con la Administración de Justicia a don Ignacio Sánchez Guiu.

— Real Decreto 263/2009. 27-2-2009. Nombra Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia a don Santiago Hurtado Iglesias.

— Real Decreto 264/2009. 27-2-2009. Nombra Director del Gabinete del Ministro de Justicia a don José Luis Rodríguez Álvarez.

— Real Decreto 373/2009. 20-3-2009. Cese de doña Pilar Blanco-Morales Limones como Directora General de los Registros y del Notariado.

— Real Decreto 376/2009. 20-3-2009. Nombra Directora General de los Registros y del Notariado a doña María Ángeles Alcalá Díaz.

— Orden 830/2009. 27-3-2009. Dispone que no estarán abiertas al público las oficinas de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles el día siguiente a Viernes Santo, a todos los efectos.

— Orden 1022/2009. 23-4-2009. Nombran los miembros de los Tribunales calificadores de las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocadas por Orden Jus/3293/2008, de 16-10-2008.

— Resolución de 19-2-2009. Anuncian Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario número 276.

— Resolución de 12-3-2009. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes convocado por Resolución de 2-2-2009, y se dispone su publicación y comunicación a las CC.AA. para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 30-3-2009. Publica la lista de opositores aprobados en la oposición para obtener el título de Notario convocada por Resolución de 12-7-2007.

— Resolución de 6-4-2009. Eleva a definitiva la lista provisional de solicitantes admitidos y excluidos a las Oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, se corrigen errores y se señala lugar y fecha del sorteo.

— Resolución de 21-4-2009. Resuelve el concurso ordinario número 276 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 19-2-2009, y se dispone su comunicación a las CC.AA. para que se proceda a los nombramientos.

## MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Orden 566/2009. 3-3-2009. Aprueba el modelo de autoliquidación y pago de la Tasa prevista en el artículo 23 de la Ley 19/1988, de 12-7-1988, de Auditoría de Cuentas.

— Orden 580/2009. 5-3-2009. Modifica la Orden 672/2007, de 19-3-2007, por la que se aprueban los modelos 130 y 131 para la autoliquidación

de los pagos fraccionados a cuenta del IRPF correspondientes, respectivamente, a actividades económicas en estimación directa y a actividades económicas en estimación objetiva, el modelo 310 de declaración ordinaria para la autoliquidación del régimen simplificado del IVA, se determina el lugar y forma de presentación de los mismos y se modifica en materia de domiciliación bancaria la Orden 3398/2006, de 26-10-2006.

— Orden 614/2009. 3-3-2009. Regula el contenido del informe al que hace mención el artículo 129.3 de la Ley 47/2003, de 26-11-2003, General Presupuestaria.

— Orden 818/2009. 27-3-2009. Modifica la Orden 1-2-1996, que aprueba los documentos contables a utilizar por la Administración General del Estado.

— Orden 1030/2009. 23-4-2009. Eleva el límite exento de la obligación de aportar garantía en las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a 18.000 euros.

— Resolución de 4-3-2009. Regula el registro electrónico.

— Resolución de 16-3-2009. Publica la revocación de los números de identificación fiscal que figuran en el anexo.

## COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 2/2009. 25-3-2009. Normas contables, cuentas anuales, estados financieros públicos y estados reservados de información estadística de los Fondos de Titulización.

## BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 2-3-2009. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 28-3-2009. Hace público el Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la misma fecha, en relación a la entidad Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha.

— Resolución de 1-4-2009. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 17-4-2009. Mensualmente hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

## MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Real Decreto 366/2009. 20-3-2009. Modifica el Real Decreto 1472/2007, de 2-11-2007, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

— Orden 984/2009. 15-4-2009. Modifica determinados documentos básicos del Código Técnico de la Edificación aprobados por el Real Decreto 314/2006, de 17-3-2006, y el Real Decreto 1371/2007, de 19-10-2007.

## MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 197/2009. 23-2-2009. Desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro, y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.

— Real Decreto 295/2009. 6-3-2009. Regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

— Real Decreto 296/2009. 6-3-2009. Modifica determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia.

— Real Decreto 327/2009. 13-3-2009. Modifica el Real Decreto 1109/2007, de 24-8-2007, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18-10-2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

— Real Decreto 328/2009. 13-3-2009. Modifica el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26-1-1996; el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22-12-1995; y el Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7-12-1995.

— Real Decreto 359/2009. 20-3-2009. Modifica el Real Decreto 148/1996, de 5-2-1996, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas.

— Resolución de 18-3-2009. Establece el procedimiento para el registro de los contratos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

## MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN

— Aplicación Provisional del Acuerdo especial entre la Organización Europea de Patentes y el Gobierno del Reino de España relativo a la coope-

ración en cuestiones relacionadas con el Tratado de Cooperación en materia de Patentes, hecho en Munich y Madrid los días 2-7-2008 y 18-12-2008.

— Modificaciones del Reglamento del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) («Boletín Oficial del Estado» de 7-11-1989), adoptadas en la 32.<sup>a</sup> Sesión de la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en materia de Patentes, Ginebra, 5-10-2004.

#### MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE

— Orden 480/2009. 13-2-2009. Modifica la Orden Tas/2455/2007, de 7-8-2007, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo en el año 2007, de los Reales Decretos que desarrollan la Ley 39/2006, de 14-12-2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia en las ciudades de Ceuta y de Melilla.

— Corrección de errores. Real Decreto 74/2009. 30-1-2009. Determina el nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia para el ejercicio 2009.

#### MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, MEDIO RURAL Y MARINO

— Corrección de errores. Real Decreto 2090/2008. 22-12-2008. Aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23-10-2007, de Responsabilidad Medioambiental.

#### MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 248/2009. 27-2-2009. Aprueba la oferta de empleo público para el año 2009.

#### MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 329/2009. 13-3-2009. Modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15-4-2005, y el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por Real Decreto 2296/2004, de 10-12-2004.

## MINISTERIO DE IGUALDAD

— Orden 985/2009. 17-4-2009. Crea la Comisión Ministerial de Administración Electrónica del Ministerio de Igualdad y se regula su composición y funciones.

## TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia de 16-12-2008. Sala Tercera. Declara la nulidad del apartado tres del artículo 14.1 del Real Decreto 1331/2006, de 17-11-2006, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

— Sentencia de 23-12-2008. Sala Tercera. Declara la nulidad del apartado tres del artículo 14.1, sobre jornada y horarios de trabajo, que dispone: «No se computará a efectos de la duración máxima de la jornada de trabajo, sin perjuicio de su compensación económica, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos realicen actividades propias de su profesión. En los convenios colectivos se determinarán los supuestos concretos de desplazamientos y esperas que no se computarán a efectos de la duración máxima de la jornada» del Real Decreto 1331/2006, de 17-11-2006, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

— Sentencia de 21-1-2009. Sala Tercera. Anula el Real Decreto 351/2006, de 24-3-2006, por el que se modifica el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5-12-2002.

— Sentencia de 28-1-2009. Sala Tercera. Fija como doctrina legal que el artículo 242.6 del TR de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26-6-1992, y el artículo 8.1.b), último párrafo, del TR de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20-6-2008, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13-1-1999, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

## **COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

### **ANDALUCÍA**

— Ley 1/2009. 27-2-2009. Reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Decreto 59/2009. 10-3-2009. Modifica el Decreto 137/2002, de 30-4-2002, de apoyo a las familias andaluzas, y el Decreto 18/2003, de 4-2-2003, de ampliación de las medidas de apoyo a las familias andaluzas.

— Orden 23-2-2009. Modifica la de 13-3-2007, por la que se crea el Observatorio Territorial de Andalucía y se regula su organización y funcionamiento.

— Resolución de 12-3-2009. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 8-09/DL-000001, por el que se adoptan medidas urgentes de carácter administrativo.

### **ARAGÓN**

— Ley 1/2009. 30-3-2009. Consejo Consultivo de Aragón.

### **BALEARES**

— Ley 1/2009. 25-2-2009. Medidas tributarias para impulsar la actividad económica en las Illes Balears.

— Resolución que convalida el Decreto-ley 1/2009, de 30-1-2009, de medidas urgentes para el impulso de la inversión en las Illes Balears.

— Corrección de errores. Ley 9/2008. 19-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2009.

### **CANARIAS**

— Ley 2/2009. 3-4-2009. Modificación del artículo 64 de la Ley 5/2008, de 23-12-2008, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2009.

— Corrección de errores. Ley 5/2008. 23-12-2008. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2009.

## CASTILLA Y LEÓN

— Ley 2/2009. 30-3-2009. Concesión de un crédito extraordinario y un suplemento de crédito para financiar medidas de apoyo a trabajadores desempleados e incentivos a la inversión.

— Ley 3/2009. 6-4-2009. Montes de Castilla y León.

— Decreto 23/2009. 26-3-2009. Medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos.

— Orden 444/2009. 23-2-2009. Modifica el Anexo de la Orden Pat/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 912/2009. 13-4-2009. Modifica el Anexo de la Orden Pat/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 941/2009. 2-5-2009. Desarrolla el Decreto 23/2009, de 26-3-2009, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos.

## CATALUÑA

— Ley 1/2009. 12-2-2009. Autoridad Catalana de la Competencia.

— Ley 2/2009. 12-2-2009. Consejo de Garantías Estatutarias.

— Ley 3/2009. 10-3-2009. Regularización y mejora de urbanizaciones con déficits urbanísticos.

— Decreto 56/2009. 7-4-2009. Impulso y desarrollo de los medios electrónicos en la Administración de la Generalidad.

— Resolución 560/2009. 23-2-2009. Resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles convocado por la Resolución Jus/4014/2008, de 30-12-2008, y se dispone su publicación.

— Resolución de 727/2009. 12-3-2009. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Corrección de errores. Ley 15/2008. 23-12-2009. Presupuestos de la Generalidad de Cataluña.

— Corrección de errores. Ley 16/2008. 23-12-2009. Medidas fiscales y financieras.

## EXTREMADURA

— Ley 2/2009. 2-3-2009. Puesta en marcha de un Plan Extraordinario de Apoyo al Empleo Local.

— Decreto 64/2009. 27-3-2009. Establece un programa de ayudas para la reestructuración financiera de las Pymes en Extremadura.

— Orden de 20-4-2009. Hace públicos los criterios para la determinación, en la Comunidad Autónoma de Extremadura, de la prestación económica a los beneficiarios que tengan reconocida la condición de persona en situación de dependencia.

— Corrección de errores. Decreto 25/2009. 20-2-2009. Modifica el Decreto 114/2008, de 6-6-2008, de ayudas para el fomento del autoempleo.

## GALICIA

— Real Decreto 629/2009. 17-4-2009. Dispone el cese de Emilio Pérez Touriño como Presidente de la Xunta de Galicia.

— Real Decreto 630/2009. 17-4-2009. Nombra Presidente de la Xunta de Galicia a Alberto Núñez Feijóo.

— Decreto 38/2009. 19-2-2009. Modifica el Decreto 164/2005, de 16-6-2005, por el que se regulan y determinan las oficinas de registro propias o concertadas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, se crea el Registro Telemático de la Xunta de Galicia y se regula la atención al ciudadano.

— Decreto 46/2009. 26-2-2009. Sobre los archivos judiciales territoriales y la Junta de Expurgación de la Documentación Judicial de Galicia.

— Orden 20-3-2009. Aprueba el Catálogo de medios y recursos de la Comunidad Autónoma de Galicia disponibles para la protección civil.

— Corrección de errores. Decreto 11/2009. 8-1-2009. Aprueba el Reglamento de la Ley 9/2007, de 13-6-2007, de subvenciones de Galicia.

## MADRID

— Orden 1-4-2009. Modifica los Anexos de la Orden de 2-4-2004, de la Consejera de Hacienda, por la que se regula el funcionamiento del Registro Informático de Apoderados de Entidades de Crédito, Sociedades de Garantía Recíproca y Entidades Aseguradoras que presten garantías ante la Comunidad de Madrid.

## NAVARRA

— Ley Foral 2/2009. 20-3-2009. Declara de utilidad pública y se aprueba la desafectación de 135.738,22 m<sup>2</sup> de terreno comunal pertenecientes al Ayuntamiento de Sesma.

— Ley Foral 3/2009. 8-4-2009. Cuentas Generales de Navarra de 2007.

— Orden Foral 40/2009. 18-3-2009. Aprueba el modelo 130, de Autoliquidación de pagos fraccionados a cuenta del IRPF.

— Orden Foral 41/2009. 18-3-2009. Regula el envío y la domiciliación bancaria de las propuestas de autoliquidación del pago fraccionado en concepto de pago a cuenta de IRPF.

— Orden Foral 45/2009. 30-3-2009. Dicta las normas para la presentación de las declaraciones del IRPF correspondientes al año 2008.

— Orden Foral 46/2009. 30-3-2009. Regula la presentación telemática de declaraciones del IRPF correspondientes al periodo impositivo 2008.

— Orden Foral 47/2009. 30-3-2009. Aprueba el modelo de declaración correspondiente al IRPF del ejercicio 2008.

## PAÍS VASCO

— Norma Foral 8/2008. 23-12-2008. Modifica la Norma Foral 7/1996, de 4-7-1996, del IS.

— Decreto 77/2009. 7-4-2009. Oficina Vasca de Cambio Climático.

— Orden de 24-3-2009. Procede al nombramiento de Notarios en Resolución de Concurso Ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Resolución de 5-2-2009. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto Foral. Norma de urgencia fiscal 1/2009, de 13-1-2009, por el que se modifican el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, el IVA, el ITP y AJD, los Impuestos Especiales y el Impuesto sobre las Primas de Seguros.

## VALENCIA

— Ley 1/2009. 26-3-2009. Creación del Colegio Oficial de Técnicos Superiores en Prevención de Riesgos Laborales de la Comunitat Valenciana.

— Ley 2/2009. 14-4-2009. Coordinación del Sistema Valenciano de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico.

— Ley 3/2009. 14-4-2009. Modificación de la Ley 1/2004, de 24-3-2004, de la Generalitat, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo.

- Decreto 55/2009. 17-4-2009. Aprueba el certificado final de obra.
- Corrección de errores. Decreto 55/2009. 17-4-2009. Aprueba el certificado final de obra.
- Reforma del Reglamento de Les Corts Valencianes aprobado por el Pleno en sesión de 19-2-2009.

## II. Información de actividades

### ARAGÓN

El día 5 de marzo tuvo lugar la presentación de la II EDICIÓN DEL PROGRAMA DE DIRECCIÓN Y GESTIÓN DE COLEGIOS PROFESIONALES, en el que intervinieron: Carlos CARNICER Díez, Presidente de Unión Profesional; Manuel ACERO, Presidente del Instituto de la Ingeniería de España, y Tomás GONZÁLEZ CUETO, Director Académico del Programa.

El día 27 de marzo, en el Salón de Actos del Real e Ilustre Colegio de Abogados, el Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, don Carlos CARNICER Díez, impondrá la GRAN CRUZ AL MÉRITO EN EL SERVICIO A LA ABOGACÍA a don Francisco Javier HERNÁNDEZ.

El día 28 de marzo, el Ilustre Colegio de Procuradores de los Tribunales, con motivo de la festividad de su Patrono, Santo Tomás de Aquino, celebra los siguientes actos:

- Entrega de la Insignia y Diploma del Consejo General a doña M.<sup>a</sup> Pilar BALDUQUE MARTÍN, doña Carmen BARINGO GINER, doña M.<sup>a</sup> Josefina CABEZA IRIGOYEN, doña M.<sup>a</sup> Isabel FABRO BARRACHINA, doña M.<sup>a</sup> Carmen IBÁÑEZ GÓMEZ, don Luis GALLEGU CORDAS y doña M.<sup>a</sup> de los Ángeles TOMÁS DE LA CRUZ.
- Celebración de la Eucaristía en la Iglesia de San Felipe (Plaza Ecce Homo) con la actuación de la Coral del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

El día 1 de abril tuvo lugar la PRESENTACIÓN DEL LIBRO: *EL PENSAMIENTO JURÍDICO. PASADO, PRESENTE Y PERSPECTIVA*. Libro homenaje al Profesor Juan José GIL CREMADES, en la sede del Palacio de Armijo.

El día 20 de abril se celebraron, en la Facultad de Derecho, el IV CICLO DE CONFERENCIAS: *ECONOMÍA, EMPRESA Y DERECHO*, coordinado por Reyes PALÁ LAGUNA, con la conferencia *La transformación de la supervisión financiera*, impartida por el Excmo. Señor don Blas CALZADA TERRADOS, Presidente del Comité Asesor del Ibex 35, ex Presidente de la CNMV.

## MADRID

El pasado 17 de marzo de 2009, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo —patrocinada por el Colegio de Registradores— tuvo lugar un nuevo SEMINARIO bajo el título: *ABORTION JURISPRUDENCE IN THE U.S. ADJUDICATION AND DEMOCRACY*.

La ponencia principal, dividida en mañana y tarde, corrió a cargo del profesor Ian SHAPIRO, Sterling Professor of Political Science & Henry LUCE, Director of the MacMillan Center for International and Area Studies at Yale University.

El ponente se centró en la evolución histórica del derecho al aborto, exponiendo las líneas seguidas por la Corte Suprema de Estados Unidos, y en un examen de los asuntos jurídicos que están en juego en la controversia sobre el aborto.

En cuanto a la historia del derecho constitucional a abortar, la idea de que el Gobierno debería regular o limitar el acceso de las mujeres al aborto para proteger al feto es relativamente reciente en Estados Unidos.

El caso más importante es *Roe v. Wade* (1973), en el cual una ley de Texas que había transformado en un delito «practicar un aborto» a menos que la vida de la madre estuviese amenazada por la continuación del embarazo, fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema. Se sostuvo que tal ley violaba la Cláusula del Proceso con todas las garantías de la Enmienda Decimocuarta.

En esta sentencia se trata al aborto de modo diferente durante los tres trimestres de un embarazo. Este test, basado en trimestres, limitó enormemente la facultad de los estados para regular el aborto.

En muchos aspectos, el derecho reconocido en *Roe* fue protegido y expandido. Sin embargo, la Corte Suprema había comenzado también a limitar este derecho de diversos modos.

En la decisión en *Webster v. Reproductive Health Services* (1990) se respaldó una ley de Missouri referida a la viabilidad. En esta sentencia se lanzó un ataque frontal sobre la estructura de análisis basada en trimestres de *Roe*. La mayoría en la Corte abrazó la idea de que el Estado puede afirmar un interés en proteger la vida humana «potencial», aun antes del punto en el cual un feto es viable. Ahora todo giraría en torno a lo que resultaría ser la naturaleza del interés estatal en la vida potencial.

En retrospectiva podemos decir que había indicios que existían desde la década de los setenta cuando nació la noción de «carga indebida»: la Corte había sostenido en diversas ocasiones que ningún Estado puede «indebidamente gravar el derecho a buscar un aborto», o que cuando la regulación estatal impone una «carga indebida» sobre la capacidad de una mujer para tomar la decisión de abortar, el poder del Estado penetra el corazón de la libertad protegida por la Cláusula del Proceso con todas las garantías.

En el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992), la Corte Suprema se separó del esquema trimestral ya en desuso, y se adhirió en cambio a la noción de cargas indebidas.

La decisión de *Casey* significaba un rechazo a la lógica subyacente de *Roe*, no sólo porque fue abandonado explícitamente el análisis basado en trimestres, sino también porque se sostuvo inequívocamente que el interés del estado en la vida potencial empieza después del momento en el cual el feto es viable. El interés estatal es visto como dotado de mayor fuerza a medida que el feto se desarrolla. En *Casey* se afirma que en la medida en que las regulaciones en cuestión no tengan el propósito ni el efecto de colocar una «carga indebida» sobre las mujeres al imponerles un «obstáculo sustancial» sobre sus decisiones a favor del aborto, el Estado puede tratar de lograr que éstas reflexionen sobre esa decisión.

Durante los siguientes ocho años la Corte Suprema se mantuvo en silencio sobre el problema del aborto. Luego, los jueces de la corte suprema revisaron el tema en *Stenberg v. Carhart*, analizando el cuestionado procedimiento llamado «aborto por nacimiento parcial». Este procedimiento fue convertido en delito por una ley de Nebraska, que la Corte Suprema consideró inconstitucional, ya que no contemplaba una excepción para la salud de la madre, sino sólo para la vida de ésta.

Analizando estas y otras sentencias, se observa, en primer lugar, que los cambios de criterio fueron, en muchos casos, consecuencia de los cambios en la composición de la Corte.

Por otro lado, se puede afirmar que en muchas ocasiones el poder judicial se erigió en una especie de superlegislatura. En *Roe*, hizo mucho más que derribar una ley; presentó un test detallado para determinar las condiciones bajo las cuales cualquier ley sobre aborto podría considerarse aceptable.

En conclusión, al afirmar la existencia del derecho constitucional fundamental de una mujer al aborto, al reconocer la legitimidad del interés estatal en la vida potencial, y al insistir en que los estados no pueden perseguir la reivindicación de este interés de un modo que sea indebidamente gravoso para las mujeres, la Corte Suprema estableció algunos parámetros básicos dentro de los cuales las legislaturas deben ahora diseñar reglas que reglamenten el aborto.

Carmen TOMÁS Y VALIENTE, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, se encargó, por su parte, de exponer una comparación entre la jurisprudencia del TS norteamericano y la elaborada por nuestro Tribunal Constitucional. Además, se refirió al nuevo texto que instituirá en nuestro ordenamiento un sistema de plazos en combinación con uno de indicaciones.

En cuanto a las diferencias entre la jurisprudencia constitucional norteamericana y la española, son profundas y evidentes: en Estados Unidos el

objeto de enjuiciamiento viene dado por normas estatales que restringen las posibilidades de una mujer de interrumpir su embarazo, una vez establecido que el aborto constituye un derecho fundamental de la mujer.

En el caso español, el foco del análisis constitucional se ha dirigido sobre las reformas despenalizadoras de la interrupción del embarazo.

El TC se ha pronunciado en muy pocas ocasiones sobre el tema del aborto; y en la sentencia fundamental 53/1985, lo que se enjuicia es una norma de características inversas a las leyes estatales abordadas por el TS estadounidense: una ley que partiendo de una prohibición total de la interrupción del embarazo, la despenalizaba en los concretos supuestos de las indicaciones. De este modo, el núcleo central de la sentencia estriba en si el *nasciturus* ostenta la consideración de persona y por tanto de titular del derecho fundamental a la vida, lo que es negado por la sentencia. Ahora bien, en la medida en que la vida en cuanto realidad biológica, germen de la futura persona, se encuentra presente ya desde el inicio del embarazo, es merecedora también en esta fase de protección constitucional, entiende la sentencia que nos encontramos ante un bien constitucional, que debe ser eficazmente protegido por el Estado.

En cuanto a la futura ley, encontramos la polémica sobre la compatibilidad de la jurisprudencia del TC con una ley de plazos. La cuestión clave reside ahora en el estándar de la «protección suficiente», es decir, en dilucidar hasta qué punto una ley de plazos dejaría la vida prenatal por debajo del umbral del deber positivo de protección que la sentencia asignaba al Estado. En opinión de la profesora, de la propia lógica interna de la sentencia pueden extraerse argumentos que abundarían en la perfecta adecuación constitucional del modelo de plazos.

La contraponencia de la tarde corrió a cargo de Pablo DE LORA DELTORO, Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Tuvo por título: «Aborto, democracia y justicia constitucional».

Comenzó el ponente evidenciando que el control judicial de constitucionalidad, en la forma en la que se desarrolla en los Estados Unidos, es difícilmente compatible con el ideal democrático, ya que no se garantiza del mejor modo el derecho de todos a tomar parte en las decisiones que nos afectan. Una concepción de la justicia basada en los derechos básicos no exige un diseño institucional que disponga de una Constitución escrita de difícil reforma y un poder judicial menos representativo que el legislador que cuente con la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley.

Cabe identificar tres grandes modelos que contestan a la pregunta de cómo debe ejercerse el control de constitucionalidad. Son el intencionalismo, el minimalismo y el coherentismo.

Según el intencionalismo, la única cuestión constitucional que suscita el aborto es si tal conducta es una libertad protegida por la Constitución de

los Estados Unidos. Y la respuesta es no, ya que nada dice la Constitución al respecto. Pero no haber devuelto la pelota del aborto a la ciudadanía suscitó una nueva pregunta: si la prohibición del aborto por nacimiento parcial supone una «carga indebida» en el derecho de la mujer a abortar. En este caso la Corte considera que debe devolver esta materia al pueblo y dejar que él decida, Estado por Estado, si esta práctica debe permitirse.

Para el minimalismo, el intencionalismo parece insostenible: o bien hace de la constitución un documento poco provechoso, o bien ignora su naturaleza principalista. La actitud minimalista es de modestia por parte de la Corte Suprema. Se eliminan en el debate público aquellos argumentos propios de doctrinas morales, filosóficas o religiosas «comprehensivas». De lo que se trata es de que los jueces no se embarquen en grandes teorías generales para resolver los casos. El problema de esta tesis es que puede resultar impracticable, ya que, en palabras de DWORKIN, cualquier solución al conflicto del aborto presupone una toma de posición.

Por último, tenemos el coherentismo, propugnado por DWORKIN, que trata de lograr la coherencia en el Derecho cuando nos enfrentamos a un caso. «Lo que gobierna la comunidad política estadounidense —señala DWORKIN— no es una lista *ad hoc* de reglas de detalle, sino un ideal». Esta postura es, en opinión del ponente, la más acertada, pero ni siquiera el coherentismo de DWORKIN es suficientemente coherente, y la controversia del aborto ofrece algunas pruebas de ello.

Concluyó el profesor diciendo que la cuestión del aborto sería cuasi-religiosa, pues compromete la concepción que cada cual alberga sobre el valor de la vida humana, y visto así, el Estado debe dejar en manos de los individuos si poner o no fin a un embarazo asegurándose de que han considerado previamente el asunto con la reflexión que merece.

Ana COLOMER SEGURA

El día 13 de mayo de 2009 se celebraron, en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, unas JORNADAS SOBRE LA LEY 2/2009, POR LA QUE SE REGULA LA CONTRATACIÓN CON LOS CONSUMIDORES DE PRÉSTAMOS O CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRÉSTAMO O CRÉDITO.

Ponencias:

- «Tramitación parlamentaria de la Ley 2/2009», por José Tomás BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, Director de Relaciones Institucionales del Colegio de Registradores.

- «Origen de la norma: una ley impulsada por los consumidores», por Manuel PARDOS VICENTE, Presidente de ADICAE.
- «La calificación del Registrador en el ámbito de la Ley 2/2009», por Luis María CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Registrador de la Propiedad de Molina de Segura, Ex-Director General de los Registros y del Notariado.
- «Información contractual e integración de los contratos en la Ley 2/2009», por Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil de la UNED, Vicepresidente de la Comisión Internacional del Estado Civil.
- «Condiciones generales y negociación en los contratos regulados en la Ley 2/2009», por Carlos BALLUGERA GÓMEZ, Registrador de la Propiedad de Bilbao, Director del Servicio de Estudios Registrales del País Vasco.

El día 13 de mayo de 2009 se celebraron, en el Salón de Actos del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, unas JORNADAS DE ESTUDIO DE LA NUEVA LEY SOBRE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

Inauguración: M.<sup>a</sup> Ángeles ALCALÁ DÍAZ, Directora General de los Registros y del Notariado.

Presentación: *El proceso de elaboración de la Ley*, por Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid.

Conferencia de introducción: *El Registro Mercantil ante la nueva Ley*, por Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil XIV de Barcelona.

Primera jornada:

#### *Transformación de Sociedades Mercantiles*

- «Transformación: Concepto. Caracteres. Distinción de figuras afines. Función económica. Evolución de su regulación. La transformación en la Ley de 2008. Supuestos de transformación: consideraciones generales; especial referencia a la existencia o no de *numerus clausus*», por Francisco José LEÓN SANZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Huelva.

- «Transformación de Sociedad Anónima (incluida la transformación de SE) en otros tipos sociales», por Marcos SACRISTÁN REPRESA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid.
- «Transformación de Sociedad Limitada en otros tipos sociales», por Cristóbal ESPÍN GUTIÉRREZ, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.
- «Modificaciones estructurales de la sociedad en liquidación y en situación concursal», por Juana PULGAR EZQUERRA, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

Mesa Redonda:

Coordinador: Miguel SEOANE DE LA PARRA, Registrador Mercantil XIV de Madrid.

Segunda jornada:

*Fusiones de Sociedades Mercantiles*

- «La fase previa y el proyecto de fusión», por Rita LARGO GIL, Catedrática acreditada de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza.
- «La fase decisoria (derecho de información; desarrollo de la junta; publicación)», por Maite MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.
- «La inscripción de la fusión en el Registro Mercantil», por Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.
- «Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente (art. 35 de la Ley)», por Antonio RONCERO SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- «Fusiones especiales», por Javier JUSTE MENCÍA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- «Fusiones transfronterizas intracomunitarias», por Alberto TAPIA HERMIDA, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.
- «La implicación de los trabajadores en fusiones transfronterizas», por Gaudencio ESTEBAN VELASCO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

Mesa Redonda:

Coordinador: José Ángel GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, Registrador Mercantil de Granada.

Tercera jornada:

*Traslado internacional del domicilio social*

- «Delimitación de supuestos y régimen jurídico aplicable. Evolución y estado actual del Derecho Comunitario. Supuestos y régimen del traslado extracomunitario», por Francisco GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Rey Juan Carlos.

*Escisión*

- «Concepto. Función. Clases. Requisitos. Régimen legal», por Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

*Cesión global de activo y pasivo*

- «Concepto. Caracteres. Distinción de otras figuras. Régimen jurídico aplicable. Clases o modalidades», por Alberto ALONSO UREBA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos.

Mesa Redonda:

Coordinador: Mariano ÁLVAREZ PÉREZ, Director del Servicio de Coordinación de Registros Mercantiles del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

Clausura: Eugenio RODRÍGUEZ-CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

# INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA



Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, 233 págs.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Consejero-Secretario de la Revista Crítica  
de Derecho Inmobiliario*

Pocas veces se tiene la oportunidad de ser coetáneo a la aparición de una obra decisiva en el pensamiento jurídico. Pueden ser obras de envergadura, meros opúsculos o libros intermedios, pero tienen la característica común de que son publicaciones llamadas a ser referentes de la doctrina por muchos años y a ser valoradas como definitivas en la construcción dogmática. Es el caso del libro de Fernando MÉNDEZ, *De la publicidad contractual a la titulación registral*, con el que la Editorial Thomson-Reuters-Civitas nos ha sorprendido a finales del año 2008.

Tradicionalmente se han venido aceptando en el Derecho Inmobiliario Registral o Derecho Hipotecario determinados axiomas, sobre los que se ha asentado la construcción de esta disciplina, que transversalmente atañe a otras muchas (Derecho Civil, Administrativo, Mercantil, Procesal, Urbanístico). Ocurre así con los llamados «principios hipotecarios», precisamente desde que don Jerónimo GONZÁLEZ, a principios de siglo XX, los construyera y publicara —una obra también «revolucionaria»— que lleva el nombre de aquéllos.

Una de esas verdades oficiales, incontestadas, asumidas sin discusión, es el principio de publicidad, según el cual el Registro tiene como finalidad esencial la de publicar situaciones jurídico reales sobre bienes inmuebles con efectos frente a terceros. Partiría este principio de que la transmisión de la propiedad y demás derechos reales se produce al margen del Registro, conforme a la doctrina tradicional recogida con el nombre de «teoría del título y el modo», según la cual la transmisión tiene lugar en Derecho español en virtud de un contrato válido de finalidad traslativa seguido o acompañado de la tradición o entrega del bien. El Registro de la Propiedad se limitaría a hacer oponible a terceros esa relación jurídica.

F. MÉNDEZ desmonta valientemente esta premisa falsa, demostrando que la inscripción es mucho más que publicidad, y que tiene un valor esencial en el proceso transmisivo. Lo hace con argumentación jurídica y económica —basada en la teoría de los juegos y en la aportación dentro de ella de las teorías de Douglas NORTH— que es indiscutible. El Registro de la Propiedad —defiende el autor— no está ligado con la idea de publicidad (ya que ni siquiera existe una

posibilidad de acceso indiscriminado a su contenido), sino con la de creación de titularidades inatacables, con la finalidad de facilitar el comercio de los derechos reales sobre inmuebles y su utilización como activos económicos.

El proceso de creación del Registro es la historia de la superación de las insuficiencias funcionales de la posesión y del Derecho común, pues el Estado moderno exige aumentar el grado de seguridad en relación al hecho de estar adquiriendo del *verus dominus*. La derogación del Derecho Común se realiza mediante el reforzamiento de la posición del adquirente a título oneroso y de buena fe, como medio de potenciación y reforzamiento de la seguridad del tráfico. Mientras que el Derecho Común se basa en que nadie puede transmitir más derechos de los que él mismo tiene —*nemo dat quod non habet*— y es propio de ámbitos en los que no se ha generalizado la economía de mercado, la Ley Hipotecaria —fundamentalmente tras la reforma de 1944— introduce un nuevo esquema o paradigma, basado en la inscripción como medio de desarrollo del mercado inmobiliario, y que no va dirigida a publicar una transmisión ni a dar plena eficacia al título contractual, sino a ser título adquisitivo mismo del derecho. La inscripción es de naturaleza inmunizadora y funcionalmente constitutiva.

Esta propiedad normativa derivada de lo que F. MÉNDEZ denomina «literalidad registral», encuentra su consagración en la denominada fe pública registral proclamada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y significa —en términos similares a la autonomía del derecho incorporado al título cambiario— que la posición jurídica del segundo y tercer adquirentes viene delimitada por el tenor literal de la inscripción, como si su adquisición fuera originaria, y sin subrogarse en la posición personal del transmitente. La inscripción determina que no sean oponibles al adquirente excepciones que un *tradens* anterior pudiera oponer a su propio *tradens*, y que sin embargo son eficaces entre partes, en virtud de lo que el autor denomina abstracción registral, similar a la abstracción cambiaria. A diferencia de la escritura pública, con valor probatorio *inter partes*, la inscripción en el Registro de la Propiedad dirime el conflicto de titularidades; por eso la inscripción no publica el derecho, sino que es el derecho mismo.

En la medida en que el ordenamiento jurídico admita excepciones al principio de fe pública registral, disminuye el grado de incorporación del derecho al folio registral y aumentan las incertidumbres para adquirentes, propietarios y acreedores en el mercado inmobiliario. Y como señala MÉNDEZ, basándose en NORTH, cuanto mayor sea la incertidumbre del comprador menor será el valor del bien. Dentro de este contexto, este valor será menor cuando la estructura institucional permita que terceras personas influyan en el valor de los atributos del bien que son una función de utilidad para el comprador.

Destaca el autor la paradoja (que genera una ilusión óptica generadora de equívocos), de que este sistema transmisivo nuevo instaurado por la legislación hipotecaria, basado en el Derecho de seguridad en el tráfico, está recogido en leyes especiales, mientras que el sistema residual, aplicable únicamente a la propiedad no inscrita, quede recogida en el cuerpo legal por excelencia del Derecho Privado que el Código Civil. Pero hoy en día, la plena aplicación de este sistema y de la virtualidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria ha sido sancionado por el Tribunal Supremo en las SSTs de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007.

En conclusión, se trata de una obra importante, original y de referencia futura, de fácil y ágil lectura, en la que se combinan argumentaciones jurídicas y económicas, así como sólidos conocimientos históricos y cuya aportación

fundamental es centrar adecuadamente un tema tradicionalmente desenfocado, situando el sistema registral como eje del proceso transmissivo de la propiedad y demás derechos reales.

FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan, y ATIENZA, Manuel, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, 216 págs.

por

IGNACIO TORRES MURO

La Fundación Coloquio Jurídico Europeo, auspiciada por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, viene realizando una importante labor en la organización de debates sobre temas jurídicos, en los que han intervenido primeros espadas de la ciencia y la práctica del Derecho a nivel mundial. Completa esta dedicación, en los últimos tiempos, publicando los resultados de dichos encuentros (por ejemplo, el libro de Robert ALEXY y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, 2007).

El volumen del que nos vamos a ocupar aquí es producto de una de esas sesiones, la que estuvo centrada en la obra de L. FERRAJOLI, uno de los juristas italianos más interesantes de los últimos tiempos, y que goza de una gran influencia en España, como lo demuestra la frecuente traducción de sus obras y la publicación de trabajos sobre el mismo. Estamos precisamente a la espera de que su último esfuerzo editorial de carácter enciclopédico (nos referimos al libro *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007) sea vertido al español, pero ya cabe avanzar que se trata de un trabajo ambiciosísimo y muy completo, que probablemente suscite fuertes discusiones cuando sea definitivamente asimilado.

Ahora los lectores españoles tenemos, sin embargo, ya en nuestras manos un libro, mucho menos extenso, pero también muy interesante, en el que se apuntan algunas de las tesis de su obra magna. Es aquél al que vamos a dedicar esta noticia, en la que a las aportaciones de FERRAJOLI se unen las de otros filósofos del Derecho que reflexionan sobre las mismas, lo que añade calidad al volumen.

El mismo se abre con un trabajo introductorio de G. PISARELLO y R. GARCÍA MANRIQUE (*Ferrajoli y las tareas del garantismo: claves de una pasión razonada*), en el que se resume el contenido del libro con una buena exposición de las principales tesis que allí desarrollan el autor italiano y sus comentaristas (MORESO y ATIENZA), para concluir resaltando que la tarea del jurista ferrajoliano debe (pág. 23), por un lado, mantener viva la crítica política, externa al Derecho, frente al positivismo ideológico, incluido el de cariz constitucionalista; y, por otro, mantener viva la crítica jurídica, interna, dentro del propio Derecho, frente a todos los tipos de positivismo legalista que ignoran o reducen el valor normativo de la Constitución. El adversario sería el poder que se quiere «salvaje» y absoluto, sin límites ni vínculo alguno. Los fines a los que se sirve la paz, la igualdad y la libertad de todos, comenzando por los más débiles. Por ello, el programa ilustrado de FERRAJOLI no es, para estos autores, un ejercicio analítico estéril, ni artificioso, sino, por el contrario, una pasión razonada con coherencia.

La primera de las aportaciones del autor italiano al libro se titula «La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos», y en ella trata de explicar qué es para él «aquello de lo que habla y... aquello para lo que sirve una teoría del Derecho» (pág. 26). Tras unas agudas distinciones entre los diversos aspectos de la misma, con la diferenciación clara entre dogmática y sociología jurídicas, puede destacarse de todo el discurso de FERRAJOLI la afirmación de que «respecto de sistemas complejos como los de los actuales estados constitucionales de Derecho, no basta una aproximación puramente normativista o una aproximación puramente realista» (pág. 42).

Identifica, a continuación, tres tipos de discursos sobre el Derecho (págs. 49-50): la aproximación de la filosofía política, crítica y propositiva en relación con el ser del Derecho en su conjunto, la de las disciplinas jurídicas positivas y la de la sociología del Derecho. En otro nivel completamente diferente se sitúa la teoría del Derecho, que es una teoría formal que se limita al análisis de los conceptos técnico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas (pág. 50). En todo este modelo, sin embargo, hay que tener en cuenta que, en lo que FERRAJOLI denomina paradigma constitucional, la dogmática y la teoría del Derecho no pueden limitarse a decir lo que el Derecho es. Y es que no pueden no decir también, por un lado, lo que el Derecho debería ser, ya que esto forma igualmente parte, en un nivel normativo superior, del Derecho que es; y, por otro lado, lo que el Derecho no debería ser y, sin embargo, es, aunque de manera ilegítima (pág. 62). La conclusión sería que el carácter formal de la teoría del Derecho permite un modelo integrado de ciencia jurídica. Este modelo recoge, por un lado, la pluralidad de interpretaciones semánticas que ofrecen las distintas aproximaciones disciplinarias, e introduce, por otro, las dimensiones pragmáticas que comportan los correspondientes puntos de vista críticos y normativos (pág. 68).

El segundo texto de FERRAJOLI que se incorpora al libro, más interesante aún para los constitucionalistas, es uno titulado «Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías». Comienza en el mismo por señalar la insuficiencia de una concepción meramente formal de la democracia, pues ésta no puede identificar todas las condiciones en presencia de las cuales un sistema político es calificable como democrático y, en particular, como una democracia constitucional (pág. 75). Y ello por cuatro razones principales. La primera, que el poder legislativo se encuentra jurídicamente limitado y regulado, tanto en las formas como en la sustancia de su ejercicio (pág. 77). La segunda, que algún límite sustancial es necesario para la supervivencia de cualquier democracia (pág. 78). La tercera, que la democracia formal ignora el nexo entre soberanía popular, democracia política y los derechos sustanciales que operan como límites o vínculos a la voluntad de otro modo absoluta de la mayoría (pág. 80). La cuarta, que la ecuación entre autonomía y método de decisión basado en los principios de mayoría y representación encierra una concepción comunitarista, organicista y holista de la representación y de la democracia basada en la idea de que el pueblo es un cuerpo político, idea que a FERRAJOLI le parece rechazable (págs. 81-82).

De estas críticas se parte para llegar a una redefinición de la soberanía popular, compatible con el paradigma de la democracia constitucional, que empieza por reconocer que cualquier concepción de la soberanía como *potestas legibus soluta* está en contradicción no sólo con la idea de democracia constitucional, sino con la idea misma de democracia (pág. 84). Hay, sin

embargo, dos sentidos en los que aún puede hablarse de soberanía popular. Aquel en el que equivale a la prohibición de usurparla por ningún poder constituido (pág. 87), y aquel en el que no es otra cosa que la suma de poderes y contrapoderes de todos que la constitución estipula como derechos fundamentales. Estos derechos son fragmentos de la soberanía de todo el pueblo y cualquier violación de ellos es una violación de la propia soberanía popular (pág. 89).

Aborda, a continuación, el autor italiano el tema de la rigidez de la Constitución y las garantías constitucionales. Para él, el garantismo es la otra cara del constitucionalismo, y constituye el presupuesto jurídico de la democracia (pág. 91), y la rigidez constitucional no es, propiamente, una garantía, sino más bien un rasgo estructural de la Constitución (pág. 91), que, contra lo que suelen expresar algunas teorías clásicas, es justamente expresión y garantía de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los propios poderes de la futuras mayorías. La rigidez, dice con brillantez, ata las manos de las generaciones presentes para impedir que éstas amputen las manos de las generaciones futuras (pág. 95-96).

Entrando en el tema de las garantías de la rigidez, distingue (pág. 97) entre las negativas, que consisten en la prohibición de derogar, y las positivas, que tienen que ver con la obligación de aplicar lo que las normas constitucionales disponen. Las primeras pueden dividirse, a su vez, en primarias (normas sobre la reforma) y secundarias (normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad). En el análisis de las mismas que se hace en el texto cabe destacar la idea de que una ciencia de la Constitución debería teorizar, y proponer, diferentes grados de rigidez para las diferentes normas constitucionales, justificados por su diferente relevancia democrática (pág. 100).

Termina el texto con un apartado que se dedica a las que FERRAJOLI llama garantías constitucionales positivas y a las lagunas de garantías. Aquéllas consisten en la obligación que tiene el legislador, como correlato de la estipulación de los derechos, de desarrollar una legislación de aplicación de los mismos. Aquí muestra el jurista italiano su mayor originalidad, pues, en crítica de las concepciones clásicas de las relaciones entre derechos y garantías, como la de Kelsen, sostiene que todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren una legislación de desarrollo que estipule sus garantías, ya que éstas no se producen, como sucede con los derechos patrimoniales, al mismo tiempo que los derechos garantizados (pág. 112). Para FERRAJOLI las democracias constitucionales están incompletas, pues faltan en muchos ordenamientos las garantías primarias de muchos derechos sociales. Y, sobre todo, faltan técnicas jurídicas idóneas para obligar a los poderes públicos a introducirlas (pág. 113). En su opinión (págs. 114-115), podemos identificar el grado de legitimidad del ordenamiento de una democracia constitucional con el grado de eficacia de las garantías de los derechos constitucionales que se reconocen en ella. Y podemos, también, identificar su ilegitimidad con sus vulneraciones, o peor, con su laguna. Precisamente, sigue el autor italiano, la identificación de estos rasgos de ilegitimidad es la tarea más relevante, tanto científica como política, que el constitucionalismo confiere hoy a la ciencia jurídica. Ésta no resulta ni concebible ni practicable como mera contemplación y descripción del Derecho vigente, según el viejo método técnico-jurídico. Por el contrario, la propia estructura jerárquica del ordenamiento la inviste de un papel crítico respecto de las antinomias y de las lagunas que

los diferentes desniveles generan en éste, así como de un papel propositivo respecto de las técnicas de garantía idóneas para superarlas o al menos para reducirlas.

Tras esta aportación de FERRAJOLI, viene en el libro el comentario de José Juan MORESO a la primera, comentario en el que, tras reconocer la importancia y coherencia de la obra del jurista italiano, se formulan algunas críticas a la misma, centradas en considerar que los elementos conceptuales de la distinción entre validez y vigencia estaban ya presentes en el viejo Estado legislativo de Derecho (pág. 122), que vicios y violaciones no son expresiones sinónimas, contra lo que sostiene FERRAJOLI (pág. 124), y que para identificar aquello que algunas normas jurídicas establecen sería preciso formular juicios morales críticos, embarcarse en una argumentación moral (pág. 131). Concluye MORESO (pág. 132) afirmando que la posición escéptica en materia moral del jurista italiano produce algún tipo de inestabilidad en su concepción global, por lo que en la teoría jurídica del garantismo debería habilitarse un espacio para la objetividad de la moral y de la política.

La misma función crítica cumple el texto que aporta Manuel ATIENZA («Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico»), en el que, tras subrayar aquello en lo que coincide con el autor italiano, se apuntan las diferencias, que son en las que nos vamos a fijar. Fundamentalmente, ATIENZA se muestra crítico con los postulados positivistas de los que FERRAJOLI no se aparta, y subraya que los fines que éste persigue se alcanzan también con concepciones valorativas del derecho. Así, por ejemplo, considera insatisfactorio que al ocuparse de los derechos fundamentales no lo haya hecho de su fundamentación moral (pág. 151), siendo éste un problema que no se puede esquivar. La combinación de relativismo axiológico, intuicionismo moral, e historicismo, que, según él, puede rastrearse, aquí y allá, en los escritos de FERRAJOLI, no es para ATIENZA la mejor opción en materia de teoría ética (pág. 161). En síntesis, la opinión del profesor de Alicante (pág. 165) es que la teoría del autor italiano sería más completa, y más coherente, si también FERRAJOLI se decidiese a dejar atrás el positivismo jurídico, lo que (conviene insistir en ello) no significa situar por delante al (o situarse al lado del) derecho natural. Echa en falta en su obra, sobre todo, una teoría moral que se integre con (y reequilibre) sus pensamientos jurídicos y políticos. Esa teoría moral no tendría que constituirse sobre bases absolutistas, pero sí tendría que ser una teoría objetivista de la moral, entre otras cosas porque ésa es la que resulta más coherente con su concepción de los derechos fundamentales y con su visión del Derecho como un instrumento indispensable (puesto que no tenemos otro) para luchar por los valores de la igualdad y de la solidaridad.

El libro se cierra con la respuesta, bastante larga y compleja, de FERRAJOLI a estas observaciones. En primer lugar, se confiesa positivista (pág. 169) en el sentido del positivismo jurídico como aproximación al estudio del Derecho que es, el Derecho puesto, si bien con la complejidad de los ordenamientos actuales, en los que la Constitución representa un papel fundamental.

A continuación (pág. 173) sostiene que nunca ha infravalorado ni menos aún ignorado el punto de vista de la moral y de la política, y de su importancia para cualquier teoría del Derecho. Es más, considera que precisamente el planteamiento iuspositivista pone de relieve el carácter «positivo», es decir, artificial, del Derecho moderno. Para él, la justificación moral y la connotación en términos de valor de los derechos fundamentales y, más en general, del Derecho, de las normas jurídicas y de la democracia, no pertenecen a la teoría

del Derecho, sino a un discurso diferente, y no menos importante, el de la filosofía política y moral (pág. 175).

Rechazando las argumentaciones de sus críticos nos dirá (pág. 186) que la idea según la cual los derechos fundamentales sólo admiten una definición sustancial de tipo axiológico o valorativo equivale a la exclusión de dicho concepto del universo del discurso de la teoría del derecho, en tanto que concepto no jurídico sino filosófico-político; y, por tanto, comporta una abdicación de la teoría de su papel cognitivo específico en relación con un tema jurídico trascendental. Insistiendo en esta línea, y al analizar la separación entre derecho y moral, FERRAJOLI (pág. 189) deja claro que, en su manera de ver las cosas, la exterioridad conceptual del punto de vista de la justicia, en relación al punto de vista del Derecho, representa el presupuesto de la principal conquista de la modernidad: la certeza del Derecho como presupuesto de igualdad y libertad, la laicidad de las instituciones públicas y, por otro lado, el papel crítico, proyectivo y reformador de la política respecto del Derecho positivo. En el mismo apartado se refiere a las que llama tres divergencias deónticas (justicia-validez, validez-vigencia y normatividad-efectividad) a las que aplica los criterios del paradigma constitucional, que supone un nuevo modo de ver dichas relaciones superador de los clásicos.

Muy crítico se muestra (pág. 204) con las doctrinas que reducen la normatividad de los derechos fundamentales, aunque tengan rango constitucional, a genérica normatividad ético-política, como si las normas que establecen dichos derechos fueran, antes que normas de Derecho positivo de rango jerárquico superior a cualquier otra, simples principios ético-políticos externos al propio Derecho.

De nuevo, en tono polémico con MORESO, afirma FERRAJOLI (pág. 215) que la diferencia radical entre las antinomias generadas por la existencia de diversos niveles normativos y las vinculadas a la sucesión de normas en el tiempo y a la relación entre género y especie consiste en que sólo en el primer caso podemos hablar de la ley inferior como de una violación (de la norma superior).

La conclusión de todas estas reflexiones es (pág. 216) que el sistema de categorías que nos ha proporcionado el paleo-iuspositivismo —los conceptos de validez, de positividad, de antinomia, de nulidad, de derechos subjetivos— no supera la prueba de su aplicación en el paradigma constitucional. Contrastado con éste, carece de adecuada capacidad explicativa. No capta su complejidad estructural. Acaba por eliminar de nuestro horizonte teórico sus aspectos más innovadores y progresivos. Si no queremos incurrir en contradicciones y, a la vez, vaciar al constitucionalismo de su alcance garantista, el paleo-iuspositivismo debe ser radicalmente revisado.

Hasta aquí las torpes referencias a las principales tesis del libro, que esperamos orienten al lector de esta noticia sobre su contenido. Debemos ahora cerrar con unas palabras sobre la importancia de la obra. No sustituye la misma, está claro, a la lectura de la ya abundante bibliografía ferrajoliana en español, ni, desde luego, a la de su obra más ambiciosa, a la que ya hicimos referencia (*Principia iuris*, cit.), pero puede servir para introducir en las ideas más importantes del jurista italiano, tal y como las formula de una manera mucho más completa en este segundo libro, cuya extensión y complejidad técnica requieren del lector un esfuerzo que el volumen del que damos noticia no exige. Quizá por ello sea muy recomendable abordar el análisis de esos postulados mediante el manejo de este último, también porque el contraste de

las tesis del autor con las de MORESO y ATIENZA permite comprenderlas mejor, y el diálogo que en él se establece es particularmente útil para asimilar las exigentes formulaciones de FERRAJOLI.

Sobre las mismas sólo cabe decir que son muy sugestivas, y que su revisión del positivismo jurídico en clave constitucionalista resulta muy atractiva, pues parece un paso más en una dirección que ha sido sometida a críticas, aparentemente superadoras, pero que no han conseguido minar sus fundamentos, en los que se sigue moviendo el autor italiano, si bien procede a someterlos a una nueva manera de ver las cosas que podría servir para adaptarlos al momento presente. Pasado el momento álgido del positivismo clásico en el siglo pasado, con la obra de Kelsen y de Hart, hacía falta que se insuflara nueva sangre en las venas de aquél, y ésta parece ser la función de la obra de FERRAJOLI, que deberá ser estudiada por todos con cuidado.

Para los constitucionalistas, además, no pueden ser indiferentes unos planteamientos que hablan precisamente de «paradigma constitucional» y de las consecuencias de la existencia de constituciones rígidas. Y lo hacen con una indudable originalidad, planteando soluciones interesantes a problemas clásicos. Está claro que algunas de sus tesis son discutibles, y discutidas, pero es en esa discusión en donde se puede continuar avanzando en el camino de ir, poco a poco, mejorando la efectividad de las normas constitucionales y su influencia sobre el ordenamiento en su conjunto.

La conclusión ha de ser, por ello, que tanto para los que se aproximen por primera vez a las ideas de FERRAJOLI como para los que ya hayan tenido alguna noticia de ellas, este es un libro interesante, y cuya lectura puede recomendarse, en el bien entendido de que se tratará de un ejercicio útil para filósofos del Derecho, constitucionalistas y juristas en general.

# REVISTA DE REVISTAS



## ACTUALIDAD JURÍDICA

### Número 771 (Marzo 2009)

«La calificación registral (Tomos I, II y III)», por Jaime VEGAS TORRES, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Rey Juan Carlos, pág. 16.

Por iniciativa del Colegio de Registradores se ha publicado la segunda edición de *La calificación registral*. Se trata de una singular obra que reúne en tres volúmenes una cuidada selección de trabajos sobre diversos aspectos de la calificación registral, guiada por el propósito de recopilar, como dice en el prólogo el Decano RODRÍGUEZ CEPEDA, «las más valiosas aportaciones doctrinales sobre la principal de todas las tareas encomendadas por la ley al registrador».

Basta un vistazo al índice para comprobar no sólo la extraordinaria calidad de los estudios que la obra pone al alcance del lector, con la firma de los más prestigiosos hipotecaristas de distintas épocas, sino también la cuidadosa y acertada labor de sistematización que ha realizado Javier GÓMEZ GÁLLIGO, presentando los trabajos ordenados en grandes bloques temáticos y dotando así al conjunto de una notable armonía.

Nos hallamos, sin duda, ante una obra de enorme utilidad para los registradores, a quienes bastará tenerla a mano para encontrar en ella, en la inmensa mayoría de los casos, sólido apoyo doctrinal para sus decisiones de calificación. Pero más allá de este reducido y selecto círculo, los tres volúmenes de *La calificación registral*, no sólo pueden ser igualmente útiles a cuantos profesionales del Derecho se enfrentan a asuntos que requieren la práctica de algún asiento registral, sino que tienen un valor muy especial en cuanto ponen al alcance de cualquier jurista, evitándole arduas búsquedas en un vasto repertorio de publicaciones más o menos especializadas, los conocimientos esenciales para comprender el significado de la calificación y el papel central que desempeña en nuestro sistema de publicidad registral.

No me entretendré en ponderar lo útil que puede ser *La calificación registral* para el abogado (o el notario) que prepara un recurso frente a una calificación negativa de un registrador, o para el juez que se pregunta cómo proceder ante la calificación negativa de un mandamiento. El tiempo es un bien escaso, tanto para abogados como para jueces, y tener cerca una obra de consulta tan sólida y completa, como la que nos ocupa, asegura un rapidísimo acceso a la información relevante.

Más interés puede tener, en mi opinión, alguna reflexión sobre las lecciones que pueden extraerse de los estudios reunidos en *La calificación registral* en relación con el debate abierto desde hace ya algunos años sobre el control de la legalidad de los actos que pueden generar inscripciones o anotaciones.

Creo que somos muchos los juristas que presenciamos este debate y experimentamos cierta perplejidad, especialmente ante la aspereza de algunos de sus episodios. También porque quienes se muestran insatisfechos con el alcance del control de legalidad que se lleva a cabo mediante la calificación y propugnan que ese control desaparezca o quede reducido al mínimo no consiguen —tal vez ni siquiera pretendan— explicar de manera mínimamente convincente los perjuicios que para el interés general derivan de que el registrador califique los actos documentados notarialmente controlando con amplitud el cumplimiento de todos los requisitos que la ley establece para autorizar el acceso al registro de los derechos que resulten de dichos actos. Y apenas poco más se explican los beneficios que para el interés general derivarían de optar por reducir el alcance de la calificación registral impidiendo que ésta se extienda a cuestiones cuya legalidad haya sido enjuiciada por el notario.

En lugar de razones y argumentos, lo que predomina en este debate son afirmaciones más o menos apodícticas sobre la alta cualificación jurídica y recta disposición de los notarios en el ejercicio de sus funciones —cualificación y disposición que, por lo demás, nadie niega cuando se atribuyen a los notarios de modo general—, así como predicciones —cuya única base suele ser la más o menos fina intuición de quien las hace, pues no se aporta elemento objetivo alguno que las avale— de situaciones futuras de grave quebranto para la seguridad jurídica si no se fortalece el juicio de legalidad de los notarios al tiempo que se debilita la calificación registral. Ante esta situación, los estudios reunidos en la obra que nos ocupa, por la variedad y calidad de sus autores, la diversidad de perspectivas que ofrecen y el rigor intelectual que los preside, constituyen un refugio seguro —y, por tanto, muy recomendable— para cualquier lector interesado en comprender y valorar el papel que desempeña la calificación registral en nuestro sistema de seguridad jurídica.

Ficha técnica:

Colección: Estudios y Comentarios de Civitas.

Coordinador: Francisco Javier GÓMEZ GÁLIGO.

Edición: 2.<sup>a</sup> (mayo de 2008).

Páginas: 2.876.

ISBN: 978-84-470-2960-0.

**DESCRIPCIÓN:** Se recogen las principales aportaciones doctrinales sobre la función calificadora en el ámbito inmobiliario y societario, que el ordenamiento jurídico atribuye al Registrador de la Propiedad y Mercantil, estudiadas y sistematizadas por Javier GÓMEZ GÁLIGO, letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, quien incorpora también numerosos estudios personales suyos sobre la materia.

Calificar, en Derecho Hipotecario o Registral, es determinar si el acto o contrato, presentado al Registro de la Propiedad, reúne o no los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez y para su eficacia frente a terceros, con la finalidad de que sólo tengan acceso los títulos válidos y perfectos.

En un sistema en el que los asientos registrales se presumen exactos o concordantes con la realidad jurídica, y en el que la inscripción dota de efectos frente a terceros de aquello que publica el Registro, resulta imprescindible la realización de un juicio por parte de un jurista, independiente de las partes que han otorgado el documento y de quienes lo han autorizado, en quien el Estado delega esa competencia, que examine la corrección técnica de los títulos que pretenden acceder al Registro.

Mediante la calificación, los títulos defectuosos son rechazados del Registro, bien de manera definitiva, bien con carácter provisional; y si se juzgan válidos, el registrador va a proceder a la inscripción de su contenido que tenga trascendencia real.

La calificación es esencial para que exista un sistema eficiente de seguridad jurídica preventiva que, a su vez, es presupuesto necesario para el desarrollo económico. No cabe inversión ni desarrollo sostenido en aquellos países donde no exista un eficaz sistema registral que garantice la contratación inmobiliaria y mercantil sobre los derechos de propiedad, hipotecas y demás *property rights* o derechos reales; y eso exige una depuración jurídica previa de la validez sustantiva y formal de los títulos que pretenden su inscripción, para que el Estado pueda confiadamente amparar los derechos inscritos que van a ser puestos en negociación en el tráfico jurídico y mercantil.

## ELRA EUROPEAN LAND REGISTRY ASSOCIATION ANNUAL PUBLICATION

(Editorial Aranzadi, Bruselas, 2009)

Número 1 (110 págs.) y número 2 (86 págs.)

La Asociación de Registradores Europeos (ELRA), con sede en Bruselas, acaba de publicar el segundo número de su revista especializada en materias registrales, escrita íntegramente en inglés. El primer número de esta revista anual fue el correspondiente al año 2008, y el segundo es este número del año en curso 2009. Forman parte de la Asociación 23 entidades, entre miembros y observadores (\*). En el año 2008 presidía la Asociación Fernando DE LA

---

### (\*) LIST OF ELRA MEMBERS

- FEDERATION ROYALE DES CONSERVATEURS DES HIPOTHEQUES DE BELGIQUE.
- DEPARTMENT OF LANDS AND SURVEYS OF CYPRUS.
- HM LAND REGISTRY OF ENGLAND AND WALES.
- ASSOCIATION DES CONSERVATEURS D'HYPOTHEQUES DE FRANCE.
- BUND DEUTSCHER RECHTSPFLEGER OF GERMANY.
- LAND REGISTRARS ASSOCIATION OF GREECE.
- LAND REGISTRY AND CADASTRE AGENCY OF HOLLAND.
- LAND REGISTRY OF IRELAND.
- STATE ENTERPRISE CENTRE OF REGISTERS OF LITHUANIA.
- CENTRAL MORTGAGE OFFICE OF LITHUANIA.
- ADMINISTRATION DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES DE LUXEMBOURG.
- LAND REGISTRIES OF NORTHERN IRELAND.
- ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS CONSERVADORES DOS REGISTOS OF PORTUGAL.
- ASOCIATIA NATIONALA CARTEA FUNCIARA OF ROMANIA.
- NATIONAL AGENCY FOR CADASTRE AND LAND REGISTRATION OF ROMANIA.
- REGISTERS OF SCOTLAND.
- COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y BIENES MUEBLES DE ESPAÑA.

PUENTE ALFARO, quien ostenta la Vocalía de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. En el año 2009 presidía José Simeón RODRÍGUEZ, que además de Registrador de la Propiedad une su condición de diplomático de carrera, hoy excedente. En el momento de escribir estas líneas acaba de pasar a ostentar la presidencia Gabriel ALONSO, también Registrador de la Propiedad de España, que ha tomado posesión de la presidencia en el Consejo del pasado 27 de abril de 2009. Aunque la presidencia la ostente coyunturalmente España, forman parte del Consejo de Directores, Susan McInnes, de Escocia; Harald Wilsch, de Alemania, y Wim Lowman, de Holanda.

Como Presidente del Comité de Redacción de la revista anual de ELRA debo destacar la labor realizada por los Presidentes de la Asociación y en general por los responsables de la política internacional del Colegio de Registradores. Todos ellos son destacados juristas, de sólida formación y cultura, con grandes conocimientos en idiomas (siendo que el dominio de idiomas extranjeros lamentablemente no es frecuente entre profesionales ejercientes de funciones públicas).

La *European Land Registry Association (ELRA)* es el emblema, a mi juicio, de la excepcional labor realizada por el Colegio de Registradores en los últimos años, en el ámbito internacional. Las especiales relaciones de España con Iberoamérica y la circunstancia de que su legislación civil, mercantil y registral esté basada en la española, hace inevitable la presencia permanente en esos países, bien directamente a través de cursos de formación y desarrollo tecnológico organizados por el Colegio, bien a través de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), donde la importancia del Registro como instrumento para el desarrollo económico es sumamente valorado y divulgado en cursos y conferencias. A su vez, la demanda —avidez podría decirse— de formación por parte de registradores americanos en España, en orden a incrementar su formación, ha hecho del curso de formación para registradores iberoamericanos uno de los más demandados del mercado. En sus primeros formatos, organizados por Nicolás NOGUEROLES —anterior responsable de Relaciones Internacionales y que ostentó la primera vocalía exclusivamente dedicada a esta materia— tuvieron su sede en Barcelona; después, bajo la responsabilidad de Fernando DE LA PUENTE —con la ayuda en su coordinación de Francisco PALACIOS—, se ubicaron en Córdoba; en sus próximas ediciones tendrá lugar en Madrid, coordinados por Ángel VALERO, Director del Centro de Estudios Registrales de ese Decanato.

Fernando DE LA PUENTE —ejemplo de persona trabajadora y mejor formada, del Colegio de Registradores— impulsó extraordinariamente la presencia registral española en las instituciones europeas. Consideró que América Latina no puede ser el único objetivo de las relaciones externas del Colegio de Registradores y orientó decididamente la política internacional del Colegio hacia Europa, en particular hacia las instituciones de la Unión. En esta línea consideró decisiva la presencia institucional de los registradores ante la Comisión

---

#### OBSERVER MEMBERS

- CENTRE OF REGISTERS AND INFOSYSTEMS OF ESTONIE.
- NATIONAL LAND SURVEY OF FINLAND.
- DEPARTMENT OF LAND BOOK MINISTRY OF JUSTICE OF LATVIA.
- SUPREME COURT OF THE REPUBLIC OF SLOVENIA.

Europea y el Consejo, participando en la elaboración de documentos de trabajo que sirviesen de base a la normativa comunitaria. Y entendió que un instrumento fundamental de divulgación de estos trabajos, así como de conocimiento recíproco de los sistemas jurídicos, civiles y registrales, de los países europeos, podría ser la fundación de una revista especializada y escrita únicamente en inglés, proyecto que se culminó bajo la presidencia de José Simeón RODRÍGUEZ.

El fruto de ello fue el ejemplar número 1 de la revista ELRA, cuyo índice de estudios incluyó los siguientes trabajos: *Benchmarking Land Registration in Ireland*, de Clancy DIARMUID, Registrador de Irlanda; *Mortgage in Portugal*, por Luisa CLODE, de la Asociación Portuguesa de Registradores; *Grounds for ELRA'S position rejecting the so called euromortgage* y *The Elra alternative to the euro-mortgage model*, escritos por Fernando DE LA PUENTE; *Reform of the mortgage market in Spain*, por Javier GÓMEZ GÁLLIGO; *The estonian land registration experiences in electronic conveyancing*, por Heidi RATSEP, de Estonia; *White paper on EU mortgage credit markets and property registration*, escrito por José Simeón RODRÍGUEZ; *The electronic deed in German Law*, por Harald WILSCH, Rechtspfleger en Munich, Alemania, quien también escribió en el mismo número otro estudio sobre *The european order for payment procedure*.

En el número 2 se ofrecen igualmente interesantísimos estudios sobre normativa registral en Europa: Wim LOWMAN escribe sobre contratación electrónica en Holanda, en su artículo *New developments on e-conveyancing in the Netherlands*; José Simeón RODRÍGUEZ, sobre la repercusión en los Registros de la Propiedad del espacio judicial europeo, en su trabajo *European Land Registries in the european civil space of freedom, security and justice*. Harald WILSCH participa con dos estudios, uno sobre el control de legalidad de los registradores en Alemania, *Legality checks in attributing of real rights* y sobre los trust en su país, *The German real estate investment trust*. Yo mismo colaboro con un estudio sobre los sistemas registrales y del mercado hipotecario (*Registration systems in the real state and mortgage market*).

En la revista se publican también los *green papers* o libros verdes sobre eurohipoteca y ejecución judicial de resoluciones europeas, así como las recomendaciones sobre hipoteca, sistemas registrales y procedimientos de ejecución del grupo de trabajo en el área del mercado hipotecario europeo. Merece también destacarse el documento sobre los principios comunes a los registradores europeos, en el que ha participado decisivamente Mihai TAUS, registrador de Rumania.

Este resumen de los estudios y trabajos publicados por la revista anual de ELRA, pone de manifiesto la importancia de la divulgación entre los países de la Unión Europea de material especializado en Derecho Registral y la contribución que ello puede significar en la construcción de un mercado único. La prueba de la importancia de la nueva revista es el interés manifestado en su edición por la editorial Thomson-Reutters-Aranzadi, la más importante editorial jurídica española, quien suscribió el pasado mes de abril un contrato de edición y distribución con la Asociación, de manera que la editorial asume la distribución de la revista entre los países miembros a cambio de la exclusividad en la edición a su favor.

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Consejero-Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario  
Presidente Comité de Redacción ELRA*

## REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

### Número 247 (Enero-Febrero 2009)

«Planeamiento de nivel supramunicipal. El caso de Galicia como testigo», por José Luis MEILÁN GIL, pág. 17.

**SUMARIO:** I. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO.—II. ENTRECruzAMIENTO DE INTERESES: 1. ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2. COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y MUNICIPIOS.—III. COMUNIDAD AUTÓNOMA Y PLANEAMIENTO MUNICIPAL.—IV. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO.—V. INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.—VI. APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: 1. PLAN SECTORIAL DE ORDENACIÓN DEL LITORAL. 2. PLAN SECTORIAL DE ORDENACIÓN DE ÁREAS EMPRESARIALES. 3. PLAN SECTORIAL EÓLICO. 4. PLAN SECTORIAL DE SUELO RESIDENCIAL.—VII. REFLEXIÓN CONCLUSIVA SOBRE LOS MODELOS DE PLANEAMIENTO SUPRAMUNICIPAL.

«Los nuevos paradigmas del urbanismo europeo», por Marc PUCHALT RUIZ, pág. 49.

**SUMARIO:** I. URBANISMO Y DERECHO: A) LA CIENCIA DEL URBANISMO. B) LOS PARADIGMAS.—II. GOBIERNOS LOCALES, GOBERNANZA Y PARTICIPACIÓN PÚBLICA.—III. LA CIUDAD HUMANISTA: A) LA TERCERA REVOLUCIÓN URBANA. LA CRISIS DEL FUNCIONALISMO. B) LOS NECESARIOS LÍMITES AL CRECIMIENTO URBANO. C) PLANES ESPACIALES Y PLANES ESTRATÉGICOS. D) LA CIUDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL CONOCIMIENTO. HACIA UNA ECONOMÍA COGNITIVA.—IV. FINAL.

«Intervenciones arqueológicas en actuaciones urbanísticas: supuestos difíciles (excavaciones en áreas no declaradas derivadas de evaluación de impacto ambiental, participación pública en las excavaciones preventivas y obligaciones arqueológicas en conjuntos históricos)», por Javier BERMÚDEZ SÁNCHEZ, pág. 67.

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO.—2. ÁREAS NO DECLARADAS: RÉGIMEN RESIDUAL DE SUSPENSIÓN Y HALLAZGOS CASUALES. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: a) HALLAZGOS CASUALES; b) EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.—3. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN EN LAS ZONAS ARQUEOLÓGICAS DECLARADAS. SUPUESTOS DE ESTUDIO ARQUEOLÓGICO PREVIO. EJEMPLOS DE MADRID Y CATALUÑA: a) LA LPHMA. b) LA LPCCAT.—4. ¿ESTUDIOS PREVIOS EN CONJUNTOS HISTÓRICOS?

«El régimen de fuera de ordenación y de volumen disconforme en la legislación urbanística catalana», por Jaume MARGARIT CABALLÉ, pág. 87.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—3. CUESTIONES PREVIAS EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE FUERA

DE ORDENACIÓN.—4. EL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN Y DE VOLUMEN DISCONFORME EN CATALUÑA.—5. USOS.—6. CONCLUSIONES.

«Algunas reflexiones sobre la relación entre instrumentos de planeamiento con incidencia territorial: desajustes, carencias y debilidades para la ordenación integral del territorio en México», por Manuel JIMÉNEZ DORANTES, pág. 155.

SUMARIO: A) PLANTEAMIENTO.—B) INFLUENCIA DIRECTA DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES CON INCIDENCIA TERRITORIAL. RÉGIMEN DE CONCURRENCIA, IGUALDAD FORMAL DE LAS COMPETENCIAS Y LEALTAD FEDERAL: 1. Régimen de concurrencia en el sistema federal mexicano. 2. Igualdad formal de las competencias. 3. Lealtad federal.—C) DESCOORDINACIÓN EN LA ORDENACIÓN TERRITORIAL. DESAJUSTES Y DEBILIDADES DE LOS SISTEMAS DE PLANIFICACIÓN CON INCIDENCIA TERRITORIAL. D) BIBLIOGRAFÍA.

«La regulación de las actividades calificadas en la Comunidad Valenciana tras la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental», por María DE MIGUEL MOLINA y Francisca RAMÓN FERNÁNDEZ, pág. 173.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES CALIFICADAS HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 2/2006.—III. ASPECTOS RELEVANTES DE LA LEY 2/2006 Y DEL DECRETO 127/2006 QUE LA DESARROLLA.—IV. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES CALIFICADAS EN LA COMUNIDAD VALENCIANA.—V. INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN.—VI. PROCEDIMIENTO Y CONTROL EN LOS MUNICIPIOS.—VII. CONCLUSIONES.

## Número 248 (Marzo 2009)

«Normativa comunitaria y actuaciones de la Unión Europea de vigilancia y control del urbanismo español tras el Informe Fourtou de 2005», por Augusto GONZÁLEZ ALONSO, pág. 13.

SUMARIO: I. EL INFORME FOURTOU Y EL CASO CONCRETO DEL URBANISMO VALENCIANO.—II. ACTUACIONES COMUNITARIAS POSTERIORES DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL URBANISMO ESPAÑOL.—III. COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL Y URBANÍSTICA: A) COMPETENCIAS COMUNITARIAS. B) COMPETENCIAS NACIONALES.—IV. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.—V. ACCIONES COMUNITARIAS EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL Y URBANÍSTICA.—VI. NORMATIVA COMUNITARIA MÁS RELEVANTE

EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL Y URBANÍSTICA.—VII. DISPOSICIONES NORMATIVAS COMUNITARIAS Y NACIONALES RELATIVAS AL IMPACTO AMBIENTAL: A) NORMATIVA COMUNITARIA. B) NORMATIVA NACIONAL.—VIII. REGULACIÓN PENAL Y SANCIONADORA DE LOS DELITOS E INFRACCIONES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA.—IX. LA NORMATIVA URBANÍSTICA ESPAÑOLA TRAS EL INFORME FOURTOU: A) NORMATIVA ESTATAL. B) NORMATIVA AUTONÓMICA: EL CASO CONCRETO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.

«Los Planes Generales de Ordenación como paradigmas del urbanismo español», por Manuel J. SARMIENTO ACOSTA, pág. 53.

SUMARIO: I. LAS BASES DEL MODELO DE PLANEAMIENTO: LA LEY DEL SUELO DE 1956.—II. CARACTERES GENERALES DE LOS PLANES.—III. LOS PLANES GENERALES DE ORDENACIÓN EN EL TR'76 Y EN EL TR'92.—IV. LA PLASMACIÓN DEL MODELO EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN. 2. TENDENCIAS DE LAS LEYES AUTONÓMICAS: a) *Andalucía*; b) *Aragón*; c) *Asturias*; d) *Canarias*; e) *Cantabria*; f) *Castilla-La Mancha*; g) *Castilla y León*; h) *Cataluña*; i) *Extremadura*; j) *Galicia*; k) *Islas Baleares*; l) *La Rioja*; ll) *Madrid*; m) *Murcia*; n) *Navarra*; o) *País Vasco*; p) *Comunidad Valenciana*; q) *El caso particular de Ceuta y Melilla*. 3. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES.—V. LA CUESTIÓN DE LA APROBACIÓN DEFINITIVA.—VI. LA APROBACIÓN DEFINITIVA POR DELEGACIÓN.—VII. INCIDENCIA DEL TR'08, DE LA LEY DE SUELO SOBRE LA POTESTAD DE PLANEAMIENTO.—VIII. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

«Toda construcción a implantar, en cualquier clase de suelo, habrá de estar conectada a la malla urbana», por Ángel CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, pág. 121.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LAS CARGAS DE CONEXIÓN A LA MALLA URBANA EN LAS ACTUACIONES DE TRANSFORMACIÓN URBANÍSTICA.—3. LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN PREVISTAS EN UNA ACTUACIÓN DE TRANSFORMACIÓN URBANÍSTICA.—4. EL DEBER GENÉRICO DE CONEXIÓN A LAS REDES GENERALES.—5. EL DERECHO DE REINTEGRO A LAS EMPRESAS PRESTADORAS.—6. EL SUPUESTO CONCRETO DE LAS OBRAS DE CONEXIÓN EN SUELO NO URBANIZABLE.

«El silencio positivo *contra legem* en el Derecho Urbanístico, punto crítico de encuentro entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima», por Alina del Carmen NETTEL BARRERA, pág. 151.

SUMARIO: I. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES TRADICIONALES RESPECTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO *CONTRA LEGEM*.—II. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL ABIERTA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (SALA DE LO

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN 2.ª) 821/2004, DE 20 DE MAYO: 1. LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA, CONFIANZA LEGÍTIMA E IGUALDAD DE TRATO. 2. UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO NO PUEDE SER APLICADO *CONTRA LEGEM*. 3. BREVES CONSIDERACIONES A LA NULIDAD, ANULABILIDAD Y ACERCAMIENTO A LA INEXISTENCIA COMO TEORÍAS DE INVALIDEZ: 3.1. *La inexistencia en la jurisprudencia y el Ordenamiento Jurídico español*. 3.2. *La invalidez de los actos presuntos en la Ley 30/1992 reformada por la Ley 4/1999 [arts. 43.4.a), 62.1.f) y 63]*. 4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PROCEDIMIENTOS SECTORIALES, EL CASO DEL URBANISMO.—III. LA RESISTENCIA AL CAMBIO JURISPRUDENCIAL.—IV. CONCLUSIÓN: UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIANZA LEGÍTIMA.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

### Número 270 (Octubre-Diciembre 2008)

«La exclusión del socio mayoritario en las sociedades de responsabilidad limitada bipersonales», por Javier PAGADOR LÓPEZ y Manuel PINO ABAD, pág. 1273.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO, ANTECEDENTES Y PROPÓSITO DE ESTE ESTUDIO.—II. LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES DE LA SRL: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA. 3. ÁMBITO OBJETIVO DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA: a) *El objeto social como referencia para determinar el ámbito material de la prohibición*; b) *Actividades análogas o complementarias al género de actividad que constituye el objeto social*. 4. LA DESAPLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN EN VIRTUD DE AUTORIZACIÓN EXPRESA CONFERIDA POR LA SOCIEDAD. 5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES.—III. EL DEBER DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE EJERCITAR LA ACCIÓN JUDICIAL DE EXCLUSIÓN EX ARTÍCULO 99.2 LSRL: NATURALEZA, FUNDAMENTO, CONTENIDO, EJERCICIO Y LÍMITES: 1. NATURALEZA Y FUNDAMENTO: EL DEBER GENÉRICO DE LOS ADMINISTRADORES DE ACATAR Y EJECUTAR LOS ACUERDOS VÁLIDOS ADOPTADOS POR LA JUNTA GENERAL DE SOCIOS. 2. CONTENIDO. 3. EJERCICIO. 4. LÍMITES.—IV. CONSECUENCIAS DE LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO MAYORITARIO DE «A, SRL» SOBRE LA LIQUIDEZ PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD: EL REEMBOLSO DE LAS PARTICIPACIONES Y LA PREVISIBLE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN SOCIAL Y DESAPARICIÓN DE LA EMPRESA.—V. ANÁLISIS DE LA POSIBLE CONDUCTA DESLEAL Y EL PROCEDER INFIEL DEL SOCIO MINORITARIO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS SOBRE LA VALIDEZ DEL ACUERDO SOCIAL DE EXCLUSIÓN DEL SOCIO MAYORITARIO (DE 3 DE JUNIO DE 2005) Y SOBRE LA PROCEDENCIA DE EJECUCIÓN DEL MISMO Y, EN SU CASO, SOBRE LA PROCEDENCIA DE SU RATIFICACIÓN JUDICIAL: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL DEBER DE LEALTAD DE LOS SOCIOS EN LA SRL: ANÁLISIS DE LA POSIBLE CONDUCTA DESLEAL Y SITUACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES DEL SOCIO MINORITARIO DE «A, SRL». 3. ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL CONFLICTO DE INTERESES SOBRE EL PROCEDER INFIEL Y DESLEAL DEL SOCIO MINORITARIO DE «A, SRL»;

a) *Impugnabilidad del acuerdo social de exclusión del socio mayoritario adoptado por la Junta General de «A, SRL»*; b) *Comportamiento exigible a la administradora de «A, SRL» en el expediente de exclusión del socio mayoritario (y padre): entre el deber de accionar, en ejecución del acuerdo social, la exclusión judicial de éste y el deber de inhibirse y abstenerse de demandar al Juez dicha exclusión*; c) *Oposición del socio mayoritario a la demanda de exclusión interpuesta por el socio minoritario*.

«La Sociedad Privada Europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada. Consideraciones a propósito de la publicación de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea [COM (2008) 396 final]», por A. Jorge VIERA GONZÁLEZ, pág. 1331.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS DE POLÍTICA JURÍDICA.—III. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA SPE: 1. SOCIEDAD DE CARÁCTER EUROPEO EN COMPETENCIA CON LOS TIPOS SOCIETARIOS NACIONALES, EN ESPECIAL CON LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. 2. LA PREEMINENCIA DE LA FLEXIBILIDAD DE RÉGIMEN (AMPLIA AUTONOMÍA ESTATUTARIA) EN LA CONFIGURACIÓN DE LA SPE. 3. CARÁCTER POLIFUNCIONAL DENTRO DEL ÁMBITO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL CERRADAS.—IV. PRINCIPALES ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SPE: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONSTITUCIÓN: 2.1. *Formas de constitución y requisitos formales para constituir una SPE en España*. 2.2. *Libertad para el establecimiento de sede social*. 3. POSICIÓN JURÍDICA DEL SOCIO: 3.1. *Derecho de información*. 3.2. *Derecho al dividendo*. 3.3. *Derecho de separación y exclusión de socios*. 4. PARTICIPACIONES SOCIALES. 5. ESTRUCTURA FINANCIERA. 6. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA: 6.1. *Órganos sociales necesarios*. 6.2. *El órgano de administración*. 6.3. *Competencias atribuidas al conjunto de socios y régimen de adopción de acuerdos: el problema de la unanimidad y el derecho de la minoría a solicitar una propuesta de acuerdo de socios*. 7. TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL A OTRO ESTADO MIEMBRO.—V. CONCLUSIONES PROVISIONALES Y PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN.

«La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», por M.<sup>a</sup> Ángeles CALZADA CONDE, pág. 1393.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—I. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO CONTRA DAÑOS: 1. LA SUBROGACIÓN COMO MEDIO TENDENTE A EVITAR QUE LOS ASEGURADOS-DAÑADOS FINANCIEN LA LIBERACIÓN DE LOS RESPONSABLES. 2. LA POSICIÓN DEL ASEGURADOR.—II. EXCLUSIÓN LEGAL DE LA SUBROGACIÓN FRENTE A DETERMINADAS PERSONAS: 1. LA EXCLUSIÓN DE LA SUBROGACIÓN FRENTE A LAS PERSONAS CUYOS ACTOS U OMISIONES DEN ORIGEN A LA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO DE ACUERDO CON LA LEY. 2. LA EXCLUSIÓN DE LA SUBROGACIÓN FRENTE A DETERMINADOS PARIENTES DEL ASEGURADO. 3. POSICIÓN DEL TOMADOR POR CUENTA AJENA. 4. POSICIÓN DEL ASEGURADOR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL RESPONSABLE.—III. LÍMITES A LA EXCLUSIÓN LEGAL DE LA SUBROGACIÓN.—IV. EXCLUSIÓN CONTRACTUAL DE LA SUBROGACIÓN. SUBROGACIÓN *IPSO IURE* O SUBROGACIÓN VOLUNTARIA.—V. DEBER DE NO PERJUDICAR LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR:

1. ALCANCE DEL DEBER. GENERALIDADES. 2. SANCIÓN.—VI. CONCURRENCIA DE ASEGURADOR Y ASEGURADO FRENTE AL TERCERO RESPONSABLE.

## REVISTA DE DERECHO CANÓNICO

### Número 164 (Enero-Junio 2008)

(Sin sumarios)

- «Unos *statuta synodalia* de Guadix de 1474 que son Constituciones Episcopales de Cádiz de 1474», por F. CANTELAR RODRÍGUEZ y F. J. BUIDE DEL REAL, págs. 13-35.
- «Osservazioni critiche circa la giurisdizione penale inquisitoria nel diritto canonico medievale e le innovazioni sull'istituto previste dal Concilio di Vienne (1311-1312)», por C. TAMMARO, págs. 37-56.
- «La interpretación de las leyes en el Derecho Romano, en el Derecho Civil y en el Derecho Canónico: consideraciones sobre sus principios y doctrinas», por M. CORTÉS DIÉGUEZ, págs. 57-107.
- «L'ufficio della defensio sacramenti nella legislazione processuale canonica previgente e la conseguente natura accusatoria del giudizio di nullita matrimoniale», por G. CASERTA, págs. 109-126.
- «El principio de reciprocidad y las relaciones internacionales de la Santa Sede», por M. J. ROCA, págs. 127-138.
- «El impacto de la inmigración religiosa en la sociedad y en la jurisprudencia de los Estados Unidos», por I. M. BRIONES MARTÍNEZ, págs. 139-173.
- «El régimen jurídico del Servicio de Asistencia Religiosa de las Fuerzas Armadas», por J. L. MARTÍN DELPÓN, págs. 175-208.
- «Libertad de conciencia y obligatoriedad de la clase de religión en el seno de la escuela católica», por J. M. MURGOITIO, págs. 209-222.
- «Apontamento sobre o artigo 16 da Concordata de 18 de maio de 2004 entre a Santa Sé e Portugal», por J. P. MENDONÇA CORREIA, págs. 223-241.
- «Garantías dos bens patrimoniais da Igreja Católica em Portugal», por J. J. ALMEIDA LOPES, págs. 243-271.

## REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

### Número 1 (2009)

- «El nou règim jurídic de la successió contractual», por Joan EGEA FERNÁNDEZ, pág. 9.

**SUMARI:** 1. L'ADEQUACIÓ DE LA REGULACIÓ DE LA SUCCESSIÓ CONTRACTUAL A LA REALITAT SOCIOECONÒMICA DEL PAÍS.—2. ELS TRETS BÀSICS DE LA NOVA REGULACIÓ DELS PACTES SUCCESSORIS: 2.1. EL SISTEMA CAUSAL. 2.2. L'ABAST SUBJECTIU. ESPECIAL REFERÈNCIA ALS PACTES SUCCESSORIS A FAVOR DE TERCERES PERSONES NO ATORGANTS.—3. CAPACITAT.—4. FORMA. PACTES SUCCESSORIS I PROTOCOL FAMILIAR.—5. CONTINGUT. ELS PACTES SUCCESSORIS I LES SEVES ESTIPULACIONS.—6. INTERPRETACIÓ.—7. CLASSIFICACIÓ I NOVA TIPOLOGIA: 7.1. ELS HERETAMENTS O PACTES SUCCESSORIS D'INSTITUCIÓ D'HEREU: 7.1.1. *L'heretament simple*. 7.1.2. *L'heretament cumulatiu*. 7.1.3. *L'heretament mutual*. 7.2. ELS PACTES D'ATRIBUCIÓ PARTICULAR. 7.3. ELS PACTES DE RENUNCIA O PACTES DE *NON SUCCEDENDO*.—8. L'EFICÀCIA DELS PACTES SUCCESSORIS EN VIDA DEL CAUSANT: 8.1. LA POSICIÓ JURÍDICA DE L'ATORGANT QUE ÉS CAUSANT DE LA SUCCESSIÓ. 8.1.1. *En els pactes successoris d'institució*. 8.2.2. *En els pactes successoris d'atribució particular*. 8.2. LA POSICIÓ DE L'AFAVORIT: L'ATRIBUCIÓ, EN VIDA DEL CAUSANT, D'UN TÍTOL SUCCESSORI IRREVOCABLE: 8.2.1. *L'afavorit atorgant del pacte*. 8.2.2. *L'afavorit tercer*. 8.3. LA POSSIBILITAT DE LIMITAR ELS ACTES DE DISPOSICIÓ A TÍTOL ONERÓS QUE AFECTEN L'EMPRESA, LES ACCIONS I LES PARTICIPACIONS SOCIALS, I LA DE FIXAR REGLES SOBRE L'ESTRUCTURA I COMPOSICIÓ DE L'ÒRGAN D'ADMINISTRACIÓ. 8.4. LA TRANSMISSIBILITAT DE LA QUALITAT D'HEREU CONTRACTUAL. 8.5. RESPONSABILITAT PER DEUTES DEL CAUSANT: 8.5.1. *En els pactes d'institució d'hereu*. 8.5.2. *En els pactes d'atribució particular*. 8.6. LA POSICIÓ JURÍDICA DELS LEGITIMARIS I L'ASSIGNACIÓ EN PAGAMENT DE LA SEVA ILEGÍTIMA.—9. INVALIDESA I INEFICÀCIA DELS PACTES SUCCESSORIS: 9.1. PACTES I ESTIPULACIONS NULS I ANUL·LABLES: 9.1.1. *Pactes nuls*. 9.1.2. *Pactes anul·lables*. 9.2. MODIFICACIÓ I RESOLUCIÓ DE MUTU ACORD. 9.3. REVOCACIÓ: 9.3.1. *La revocació per causa d'indignitat successòria*. 9.3.2. *Les altres causes de revocació*. 9.4. INEFICÀCIA PER CRISI MATRIMONIAL O DE PARELLA. 9.5. INEFICÀCIA DEL PACTES ATORGATS PELS FUTURS CÒNJUGES SI EL MATRIMONI NO S'ARRIBA A CELEBRAR. 9.6. EL PACTE REVERSIONAL.—10. EFICÀCIA REVOCATORIA DELS PACTES SUCCESSORIS.—11. LA PUBLICITAT DELS PACTES SUCCESSORIS: 11.1. REGISTRE GENERAL D'ACTES DE DARRERA VOLUNTAT. 11.2. EL REGISTRE DE LA PROPIETAT. 11.3. EL REGISTRE MERCANTIL. 11.4. EL LLIBRE REGISTRE D'ACCIONS NOMINATIVES I EL LLIBRE REGISTRE DE SOCIS.

«Llei del dret a l'habitatge i el seu vessant d'habitatges destinats a polítiques socials», por Ramón CONTIJOCH PRATDESABA, pág. 59.

**SUMARI:** I. INTRODÚCELO.—II. TÍTOL V DE LA LLEI DEL DRET A L'HABITATGE.—III. ÀMBITS I FORMES DE L'ACTUACIÓ PÚBLICA: PRIMER: ELS PLANS DE L'HABITATGE. SEGON: ACTUACIONS SUSCEPTIBLES D'ÉSSER PROTEGIDES. TERCER: MEDIACIÓ SOCIAL EN EL LLOGUER D'HABITATGES: 1.º *Ajuts a la propietat pel lloguer d'habitatges*: a) Avalloguer (Decret 54/2008 d'11 de març); b) Ajuts per fomentar el lloguer. 2.º *Ajuts als inquilins*: a) Ajuts als inquilins segons Decret 255/2005; b) El ED 1472/2007 de 2 de novembre; c) Convocatoria any 2008. QUART: CONTRACTES DE COPROPIETAT.—IV. SOLIDARITAT URBANA: PRIMER: FONS DE SOLIDARITAT URBANA. SEGON: OBJECTIU DE SOLIDARITAT URBANA. TERCER: DEFINICIÓ D'HABITATGES DESTINATS A POLÍTIQUES SOCIALS.—V. RÈGIM GENERAL D'HABITATGES AMB PROTECCIÓ OFICIAL (HPO): PRIMER: DEFINICIÓ D'HABITATGE AMB PROTECCIÓ OFICIAL. SEGON: RÈGIM JURÍDIC COMÚ. TER-

CER: TERMINI DE QUALIFICACIÓ. QUART: PROMOCIÓ D'HABITATGES AMB PROTECCIÓ OFICIAL: 1.º *Diferents promocions dels HPO*. 2.º *Qui són els promotors*. 3.º *Promotors dels HPO d'iniciativa pública*. 4.º *Promotors dels HPO d'iniciativa privada*. 5.º *Abast de les promocions dels HPO*. 6.º *Constitució i transmissió de drets de superfície i d'altres drets similars*. 7.º *Menció dels habitatges promoguts en règim cooperatiu*. CINQUÈ: ELS TITULARS DELS HPO: 1.º *Propietaris dels HPO*. 2.º *Beneficiaris dels HPO*. SISÈ: FORMES DE TRANSMISSIÓ I CESSIÓ D'ÚS DELS HPO. SETÈ: PREU MÀXIM I CONDICIONS DE LA TRANSMISSIÓ DELS HPO. VUITÈ: PROHIBICIÓ DE SOBREPREU. NOVÈ: OBLIGACIÓ DE SOTMETRE ELS ACTES I ELS CONTRACTES A VISAT PÚBLIC: 1.º *Norma general*. 2.º *Supòsit d'execució forçosa*.—VI. ADJUDICACIÓ I TRANSMISSIÓ DEIS HPO: PRIMER: ELS DRETS D'ADQUISICIÓ EN FAVOR DE L'ADMINISTRACIÓ: 1.º *El dret d'opció de l'Administració*. 2.º *Supòsits en què l'Administració no té dret a l'opció (tanteig)*. 3.º *Exercici del dret de retracte*. SEGON: EL REGISTRE DE SOL·LICITANTS DELS HPO: 1.º *Caràcter del Registre*. 2.º *Àmbit i gestió del Registre*. 3.º *Funcions del Registre*. 4.º *Requisits dels sol·licitants*. TERCER: ELS PROCEDIMENTS D'ADJUDICACIÓ D'HABITATGE. QUART: CONTINGENTS ESPECIALS DE RESERVA I CONTINGENT GENERAL. CINQUÈ: SISTEMA DE SELECCIÓ DELS ADJUDICATARIS DELS HPO. SISÈ: SUPÒSITS EXCLOSOS DEL PROCEDIMENT D'ADJUDICACIÓ.—VII. DESNONAMENT ADMINISTRATIU DELS HPO I POSSIBLE CONTRADICCIÓ AMB LA LAU.—VIII. ADMINISTRACIÓ DELS HPO.

«La concreción de la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares. La judicialización de una cuestión mal resuelta», por Alberto PASTOR MARTÍNEZ, pág. 99.

SUMARIO: 1. DELIMITACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS. LOS CONTORNOS DEL CONFLICTO.—2. LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS O FAMILIARES.—3. LA CONCRECIÓN DE LA REDUCCIÓN. EL EJERCICIO DEL DERECHO: 3.1. EL SUJETO COMPETENTE PARA DETERMINAR LA FORMA Y CONDICIONES DE EJERCICIO DEL DERECHO. 3.2. EL DEBATE EN TORNO AL ALCANCE DE LA REDUCCIÓN. 3.3. LOS LÍMITES INTERNOS DEL DERECHO A LA REDUCCIÓN: EL ALCANCE DEL DERECHO: 3.3.1. *La supuesta vaguedad del artículo 37.1 del TRLET en lo que a la forma de reducir la jornada se refiere*. 3.3.2. *Alcance y aplicación del artículo 37.6 del TRLET a la luz de la STC 3/2007, de 15 de enero*.—4. A PROPÓSITO DEL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 34.8 DEL TRLET.

## REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA

### Número 45 (Enero-Junio 2008)

«La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio: situación en navarra», por M.ª Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RESUMEN DE LA SITUACIÓN NORMATIVA ANTECEDENTE: 1. LA REGULACIÓN CIVIL Y ADMINISTRATIVA DEL DERECHO

DE SUPERFICIE: LA CONTROVERSIA SOBRE LA DUALIDAD DE RÉGIMENES. 2. VICISITUDES DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA NORMATIVA REGISTRAL.—III. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO DE 2/2008, DE 20 DE JUNIO: 1. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO DE 2008: ¿TRIUNFO DE LA TESIS UNITARIA? 2. LA APLICACIÓN TERRITORIAL DE LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO.—IV. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN NAVARRA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO, Y DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO DE 2/2008, DE 20 DE JUNIO: 1. COMPETENCIAS DE NAVARRA SOBRE LA DISCIPLINA DEL DERECHO DE SUPERFICIE. 2. RÉGIMEN NORMATIVO DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN NAVARRA.—V. BIBLIOGRAFÍA.

«Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de Contratos del Sector Público», por José Antonio MORENO MOLINA, pág. 45.

SUMARIO: 1. LA GARANTÍA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ES EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.—II. EL RIESGO DE HUIDA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.—III. EL CARÁCTER BÁSICO DE LAS NORMAS SOBRE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS. JURISDICCIÓN COMPETENTE.—IV. LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA LCSP: 1. LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS POR LA NORMA: ABIERTO, RESTRINGIDO, NEGOCIADO Y DIÁLOGO COMPETITIVO. 2. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO CON Y SIN PUBLICIDAD: A) *Procedimiento negociado sin publicidad. Supuestos para su utilización y tramitación.* B) *El nuevo procedimiento negociado con publicidad.* 3. LOS CONTRATOS MENORES.—V. EL NUEVO RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

«Las excepciones de prescripción y caducidad (Leyes 26 y 27 del Fuero Nuevo)», por Faustino CORDÓN MORENO, pág. 77.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESCRIPCIÓN.—III. CADUCIDAD.—IV. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD.

«La liquidación de la sociedad conyugal de conquistas: el pasivo y la posición jurídica de los acreedores de la sociedad», por M.<sup>a</sup> Belén CILVETI GUBIA, pág. 103.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS, COMUNIDAD POSTMATRIMONIAL Y LIQUIDACIÓN.—III. LA LIQUIDACIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL EN LOS TEXTOS HISTÓRICOS Y EN EL FUERO NUEVO DE NAVARRA: 1. DERECHO HISTÓRICO. 2. EL FUERO NUEVO EN SU REDACCIÓN PRIMITIVA. 3. LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LA LEY FORAL 5/1987, DE 1 DE ABRIL: A) *Alcance de*

la reforma. B) *Derecho transitorio*.—IV. EL PASIVO DE LA SOCIEDAD: 1. DEUDAS QUE INTEGRAN EL PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE CONQUISTAS: A) *Deudas de la sociedad*. B) *Deudas pendientes*. C) *No son deudas de la sociedad las que los copartícipes contraen tras la disolución del régimen de conquistas*. 2. DEUDAS FRENTE A TERCEROS: A) *¿Deudas de responsabilidad interna, externa o ambas?* B) *Las deudas que son de responsabilidad externa de la sociedad pero no de su cargo*. C) *El derecho de alimentos de la Ley 84.6 FN*. D) *Prueba del carácter consorcial de las deudas*. 3. DEUDAS FRENTE A LOS CÓNYUGES. 4. DISTINTO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS CON LOS TERCEROS Y LOS CÓNYUGES.—V. POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD: 1. ORDEN EN QUE SE HAN DE PAGAR SUS CRÉDITOS CON LOS BIENES DE CONQUISTA. 2. LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD Y EL DERECHO DE AVENTAJAS. 3. LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD Y EL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE. 4. LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD Y LOS DERECHOS QUE CORRESPONDEN A LOS HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO AL AMPARO DE LA LEY 106 FN. 5. FACULTADES DE LOS ACREEDORES POR LA REMISIÓN DE LA LEY 89 FN A LA NORMATIVA SOBRE LIQUIDACIÓN Y PARTICIÓN DE LA HERENCIA: A) *Consideraciones generales*. B) *El beneficio de separación de patrimonios de la Ley 319 FN*. C) *La responsabilidad pro viribus del cónyuge no deudor tras la partición: la Ley 318 FN*. D) *La responsabilidad del cedente y del cesionario de la cuota de la comunidad postmatrimonial: la Ley 325 FN*. E) *Aplicación a los acreedores de la sociedad de las facultades que la Ley de Enjuiciamiento Civil confiere a los acreedores hereditarios*. F) *Aplicación a los acreedores de la sociedad de las facultades que a los acreedores hereditarios confiere la legislación hipotecaria*.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

«Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», por Francisco Javier VÁZQUEZ MATILLA, pág. 149.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DIRECTIVA 89/665/CEE.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 3 DE ABRIL DE 2008: 1. ORIGEN DEL LITIGIO. 2. LA IMPOSIBILIDAD DE INTERPONER EFICAZMENTE UN RECURSO CONTRA LA DECISIÓN DE ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO ANTES DE LA PROPIA CELEBRACIÓN DE ÉSTE: A) *Argumentación de la Comisión*. B) *Defensa del Reino de España*. C) *El fallo del Tribunal de Justicia en lo referente a los dos primeros argumentos de la Comisión*. 3. EL TERCER ARGUMENTO: LA PERMISIÓN DE CONTINUACIÓN DE EFECTOS DE UN CONTRATO ANULADO: A) *Argumentación de la Comisión*. B) *Defensa del Reino de España*. C) *Fallo del Tribunal en relación con el tercer argumento de la Comisión*.—IV. LA REGULACIÓN DE LAS CUESTIONES ALUDIDAS EN LA SENTENCIA CONTENIDAS EN EL TRLCAP Y EN LA LCSP: 1. LA REGULACIÓN EN EL TRLCAP: A) *Un error de concepto: creencia de innecesariedad de transposición*. B) *La normativa nacional tomada en cuenta en la sentencia de 3 de abril de 2008*. 2. LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: REGULACIÓN DE LOS RECURSOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.—V. LA REGULACIÓN EN NAVARRA DE LOS RECURSOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN Y SU NECESARIA ADAPTACIÓN A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 3 DE ABRIL DE 2008:

1. INTRODUCCIÓN. EL SISTEMA DE RECURSOS EN LA LFCP. 2. LA REGULACIÓN EN LA LFAL. 3. LA NECESARIA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN FORAL: A) *La competencia histórica y exclusiva de Navarra en materia de contratación administrativa y la aplicación de la LCSP*. B) *La incidencia de la sentencia en la LFCP y la LFAL*. C) *La incidencia en la LFCP*. D) *La incidencia en la LFAL*. E) *Propuesta de modificación de la LFCP y la LFAL*. F) *La posibilidad de adecuación a la Directiva 2007/66 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, con carácter anticipado*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

«La deducción del IVA en los vehículos utilizados en los desplazamientos profesionales de los representantes o agentes comerciales (a propósito de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Foral, de 5 de junio de 2008)», por Arancha YUSTE JORDÁN, pág. 183.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA «LITIS» ORIGEN DE LA RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA.—III. RESOLUCIÓN DENEGATORIA DE LA DEDUCCIÓN DEL 100 POR 100 DE LA CUOTA DE IVA SOPORTADA.

«El obligado al pago del impuesto municipal de plusvalía en Navarra: ¿comprador o vendedor?», por M.<sup>a</sup> Asunción ERICE ECHEGARAY, pág. 193.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—III. EXAMEN DE LA NORMATIVA ESTATAL.—IV. EXAMEN DE LA NORMATIVA NAVARRA: 1. NOCIÓN DE CONTRIBUYENTE Y DE SUSTITUTO DEL CONTRIBUYENTE. 2. EL PAPEL DEL SUSTITUTO DEL CONTRIBUYENTE EN RELACIÓN CON EL PAGO DEL IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL A LA LUZ DE LA NORMATIVA ESTATAL ANTERIOR A LA LEY DE HACIENDAS LOCALES. 3. *MODUS OPERANDI* DE LA SUSTITUCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE EXENCIÓN TRIBUTARIA. 4. PAGO POR UN TERCERO.—V. VALIDEZ Y EFECTOS DE LOS PACTOS PRIVADOS SOBRE EL PAGO DEL IMPUESTO.—VI. EXAMEN DE TALES PACTOS A LA LUZ DE LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.—VII. CONCLUSIONES.

## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (Enero-Junio 2008)

«Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura», por Ángel SÁNCHEZ LEGIDO, pág. 11.

SUMARIO: I. LAS GARANTÍAS DE TRATO HUMANO EN CASO DE EXPULSIÓN O EXTRADICIÓN EN EL ESCENARIO POST 11-S.—II. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN CASO DE RIESGO DE TORTURA: 1. LA PROCLAMACIÓN DEL PRINCIPIO. 2. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA OBLIGACIÓN DE NO DEVOLUCIÓN. 3. FECHA CRÍTICA Y MEDIDAS PROVISIONALES. 4. CRITERIOS Y ESTÁNDARES

DE EVALUACIÓN DEL RIESGO. 5. LA PROYECCIÓN DEL CARÁCTER ABSOLUTO DE LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA EN EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN.—III. LA REAFIRMACIÓN DEL CARÁCTER ABSOLUTO DEL DERECHO A NO SER EXPUESTO AL RIESGO DE TORTURA EN EL EXTERIOR: 1. LA IMPUGNACIÓN POR REINO UNIDO DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TEDH EN EL ASUNTO CHAHAL. 2. LA RESPUESTA DEL TEDH EN EL ASUNTO SAADI C. ITALIA.—IV. ENTONCES, ¿SON ADMISIBLES LAS GARANTÍAS DIPLOMÁTICAS?: 1. LA PRÁCTICA NACIONAL RELATIVA A LAS GARANTÍAS DIPLOMÁTICAS. 2. EL DEBATE EN TORNO A LA ADMISIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS DIPLOMÁTICAS EN CASO DE RIESGO DE TORTURA. 3. LA VIRTUALIDAD DE LAS GARANTÍAS DIPLOMÁTICAS EN LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS INTERNACIONALES DE SUPERVISIÓN Y SALVAGUARDIA. 4. FACTORES DETERMINANTES DE LA RELEVANCIA DE LAS GARANTÍAS.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

«La “europeización” de decisiones de Derecho Privado», por Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN A LA TÉCNICA DEL TÍTULO EUROPEO.—II. DIMENSIÓN SISTEMÁTICA DEL TÍTULO EUROPEO: 1. IMBRICACIÓN CON EL SISTEMA DE LIBERTADES DE LA UNIÓN: A) *Esfera económica*. B) *Esfera personal*. 2. RELACIÓN CON LOS SISTEMAS ESTATALES: A) *Los sistemas constitucionales y la supresión del control del orden público*. B) *Controles de constitucionalidad*.—III. DIMENSIÓN AXIOLÓGICA DEL TÍTULO EUROPEO: 1. ORIENTACIÓN HACIA UN RESULTADO PROCESAL: A) *Tutela europea ejecutiva*. B) *Incidencia en la tutela declarativa*. 2. «PRIVATIZACIÓN» DE LA CIRCULACIÓN: A) *Circulación de acuerdos privados*. B) *Principio dispositivo en el régimen de circulación*.—IV. DIMENSIÓN ESPACIAL DEL TÍTULO EUROPEO: 1. CIRCULACIÓN EUROPEA: A) *Relación «jurisdicción europea-libre circulación europea»*. B) *Supuestos de no circulación*. 2. TÍTULO EUROPEO Y TERCEROS ESTADOS: A) *Incidencia de los ordenamientos de terceros Estados*. B) *Un replanteamiento de la competencia externa*.—V. CONCLUSIONES.

«Prevención y control de la contaminación causada por buques en el mar territorial: competencias del Estado ribereño y contribución de las organizaciones internacionales», por Julio Jorge URBINA, pág. 71.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO Y NAVEGACIÓN DE BUQUES EXTRANJEROS POR EL MAR TERRITORIAL: EL DERECHO DE PASO INOCENTE: 1. ALCANCE DE LA NOCIÓN DE PASO INOCENTE EN EL CONTEXTO DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO. 2. FORTALECIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO RIBEREÑO A TRAVÉS DE LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA NOCIÓN DE PASO INOCENTE.—III. LA REGLAMENTACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE PASO INOCENTE COMO MEDIO PARA PREVENIR LA CONTAMINACIÓN CAUSADA POR BUQUES EN EL MAR TERRITORIAL: 1. COMPETENCIA DEL ESTADO RIBEREÑO PARA ORDENAR LA NAVEGACIÓN EN EL MAR TERRITORIAL Y SU INCIDENCIA SOBRE LA PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN CAUSADA POR BUQUES; 2. PODERES DEL ESTADO RIBEREÑO PARA HACER CUMPLIR SU LEGISLACIÓN Y LAS REGLAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE SEGURIDAD MARÍTIMA Y PRESERVACIÓN DEL MEDIO MARINO; 3. IDENTIFICACIÓN DE LOS BUQUES QUE REPRESENTEN UN RIESGO PARA EL MEDIO MARINO COMO PRESUPUESTO PARA LA PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN. CONTRIBUCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTER-

NACIONALES EN LOS PLANOS UNIVERSAL Y EUROPEO.—IV. EXPANSIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE EJECUCIÓN Y CONTROL DEL ESTADO RIBEREÑO MÁS ALLÁ DEL MAR TERRITORIAL. UN REPASO DE LA PRÁCTICA.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

«La reactivación de los Consulados Honorarios en la práctica española de las últimas décadas», por María Isabel TORRES CAZORLA, pág. 97.

SUMARIO: I. LOS CÓNSULES HONORARIOS: SU CONSIDERACIÓN COMO FIGURA SECUNDARIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DIPLOMÁTICO.—II. DE FIGURA SOMETIDA A UN FUTURO INCIERTO A RECURSO PRIORITARIO EN LA PRÁCTICA ESPAÑOLA RECIENTE.—III. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE ESTA INSTITUCIÓN: EVOLUCIÓN NORMATIVA EXPERIMENTADA TRAS LA ADOPCIÓN DEL NUEVO REGLAMENTO DE LOS AGENTES CONSULARES DE ESPAÑA EN EL EXTRANJERO (REAL DECRETO 1390/2007, DE 29 DE OCTUBRE).—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE EXTENDER LA RED DE CONSULADOS HONORARIOS DE ESPAÑA EN EL EXTERIOR.

«La Segunda Conferencia de Paz de La Haya (1907) y la posición de España», por Elena CRESPO NAVARRO, pág. 113.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO HISTÓRICO.—II. PRELIMINARES: 1. LA CONVOCATORIA DE LA CONFERENCIA. 2. EL PROGRAMA RUSO.—III. EL DESARROLLO DE LOS TRABAJOS: 1. LA SESIÓN INAUGURAL Y LA DISTRIBUCIÓN DEL TRABAJO. 2. LA DELEGACIÓN ESPAÑOLA: A) *Composición*. B) *Instrucciones*.—IV. LOS FRUTOS DE LA SEGUNDA CONFERENCIA: 1. EL PROBLEMA DEL DESARME Y LA REDUCCIÓN DE GASTOS MILITARES. 2. EL DERECHO DE LA GUERRA. 3. EL ARREGLO PACÍFICO DE LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES.—IV. CONCLUSIONES.

«Adopción internacional: relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del Derecho extranjero», por Ángeles LARA AGUADO, pág. 129.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. INTERPRETACIÓN POR LA DGRN DE LOS EFECTOS DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES CONFORME AL DERECHO EXTRANJERO PARA SU RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA.—III. ¿ES UN REQUISITO *SINE QUA NON* LA EQUIVALENCIA DE EFECTOS COMO CONDICIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE ADOPCIONES INTERNACIONALES?—IV. ¿INFLUYE EL REGISTRO CIVIL EN EL QUE SE PRACTIQUE LA INSCRIPCIÓN O, EN SU CASO, ANOTACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN LA FORMA DE ENTRADA DEL MENOR EN TERRITORIO ESPAÑOL?—V. ¿DE VERDAD SON ESPAÑOLES LOS MENORES ADOPTADOS POR ESPAÑOLES?

«¿Un derecho de paso “inocente” por el mar territorial de los buques extranjeros que transportan sustancias altamente contaminantes?», por Carlos ESPALIÚ BERDUD, pág. 147.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXAMEN DE LA PRÁCTICA SUBSIGUIENTE A LA CNUDM: 1. LA NEGACIÓN DEL DERECHO DE PASO INOCENTE POR PARTE DEL ESTADO RIBEREÑO O LAS RESTRICCIONES IMPUESTAS AL MISMO MANIFESTADAS POR LA EXIGENCIA DE UNA NOTIFICACIÓN O AUTORIZACIÓN PREVIA AL PASO POR EL MAR TERRITORIAL: A) *Convenios internacionales*. B) *Organizaciones internacionales*. C) *Legislación estatal y otros actos de los Estados*. 2. LA CREACIÓN DE ZONAS MARÍTIMAS PROTEGIDAS: A) *Convenios internacionales y práctica internacional en el marco de las organizaciones internacionales*. B) *Legislación estatal*.—CONCLUSIONES.

«La libre circulación de personas como concepto ambivalente», por Mercedes SOTO MOYA, pág. 163.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS COMO LIBERTAD ECONÓMICA.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS COMO LIBERTAD POLÍTICA.—IV. VALORACIÓN.

## BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO (Vol. LXXXIII/2007)

«O Direito Interrogado pelo Tempo Presente na Perspectiva do Futuro», por A. CASTANHEIRA NEVES, pág. 1.

«Destituição de Administradores de Sociedade», por J. M. COUTINHO DE ABREU, pág. 75.

«Adeus ao Estado Social? O Insustentável Peso do Não Ter», por Joao Carlos LOUREIRO, pág. 99.

«Em Torno do Estatuto da Pessoa Idosa no Direito Português. Obrigação de Alimentos e Segurança Social», por J. P. REMEDIO MARQUES, pág. 183.

«Judicial Policymaking and the Advancement of ESC Rights», por Christopher P. BANKS, pág. 219.

«De la Literatura Jurídica al Código Penal: Causas y circunstancias en el Derecho Histórico español», por Pedro ORTEGO GIL, pág. 241.

«¿Es el Principio de Capacidad Económica inherente al concepto de tributo», por Juan Enrique VARONA ALABERN, pág. 305.

«A Mentalidade Alargada da Justiça (Têmis) para Compreender a Transnacionalização do Direito (Marco Polo) no Esforço de Construir o Cosmopolitismo (Barão nas Árbores)», por Jania Maria LOPES SALDANHA, pág. 347.

«A Segurança Jurídica Gerada pela Publicidade Registral em Portugal e os Credores que Obtêm o Registo de uma Penhora, de um Arresto ou de uma Hipoteca Judicial», por Mónica JARDIM, pág. 383.

«Deambulação em torno do Nascimento de Eça de Queiroz», por Luís CRUCHO DE ALMEIDA, pág. 423.

«Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores», por Maria Elisabete RAMOS, pág. 449.

## REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 116 (Mayo-Agosto 2008)

«Justicia restaurativa y sistema de sanciones alternativas en el Derecho Penal Juvenil», por Olga Marta MENA PACHECO, pág. 13.

«Apuntes sobre el servicio público en tiempos de globalización», por Ronald HIDALGO CUADRA, pág. 37.

«La actividad cautelar en los procesos constitucionales de protección a los derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia», por Rodrigo ARIAS GRILLO, pág. 77.

«Estado: estructura y funciones», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 111.

«Algunas consideraciones sobre la armonización del Derecho Internacional Privado», por Joselyn BERMÚDEZ ABREU, pág. 139.

## Número 117 (Septiembre-Diciembre 2008)

«Los tributos propios de las comunidades como instrumentos de corresponsabilidad», por M.<sup>a</sup> del Mar DE LA PEÑA AMORÓS, pág. 13.

«Las reglas de la globalización: el Derecho económico internacional», por Gustavo RIVERA SIBAJA, pág. 41.

«Derecho societario y normas de orden público», por Gastón CERTAD M., pág. 63.

«Las cartas adjuntas y el acuerdo comercial con los Estados Unidos», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 87.

«El delito de prevaricato en el Derecho Penal costarricense», por Alonso SALAZAR, pág. 119.

## 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.<sup>a</sup> 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.*